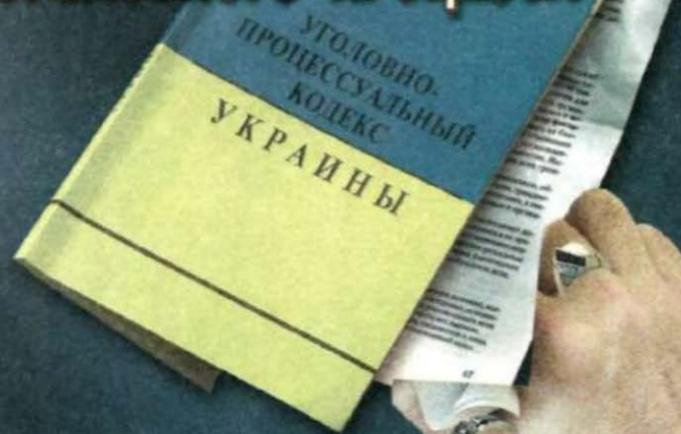


Б.Г. Розовский

Н НАУЧНЫЕ ЗАМЕТКИ
О НЕКОТОРЫХ НАУЧНЫХ ПРОБЛЕМАХ
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА



Б.Г. РОЗОВСКИЙ

**Ненаучные заметки
о некоторых научных проблемах
уголовного процесса**

**ЛУГАНСК
2004**

УДК 343.1:001.38
ББК 67.99(4 Укр)311
Р-65

Розовский Б.Г.

Р-65 Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. – Луганск: РИО ЛАВД, 2004. – 600 с.
ISBN 966-8129-57-1

В украинской науке уголовного процесса и законодательной практике происходит переосмысление идеологических парадигм, переориентация правосудия на первоочередную защиту регламентированных законом прав и свобод человека и гражданина. Реформирование приобрело односторонний характер, что приводит к задушевыванию цели уголовного процесса, подмене ее средствами достижения. Проблема освещается на примере некоторых составляющих стадии досудебного следствия. И хотя такая задача не ставилась и не была решена, по своему духу книга о том, какими быть уголовному процессу XXI века, захочет ли законодатель стать одним из его конструкторов или он превратится в оператора множительной техники, копирующего западные образцы.

Книга адресована научным и практическим работникам, всем тем, кто заинтересован в повышении эффективности борьбы с преступностью.

УДК 343.1:001.38
ББК 67.99(4 Укр)311

ISBN 966-8129-57-1

© Розовский Б.Г., 2004
© Грошевой Ю.М., предисл., 2004
© Гуценко К.Ф., предисл., 2004

Когда о сложном читаешь легко, с удовольствием и пользой для себя

Книга, которую Вы, читатель, берете в руки, необычна по названию и содержанию. Озаглавив ее "Ненаучные заметки...", автор все же лукавил: формально некоторые научные каноны в ней, действительно, отвергнуты. Однако поднятые проблемы проанализированы на вполне научной основе с привлечением современного аппарата исследований.

Самобытна книга, самобытен ее автор – Б.Г. Розовский, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины. Им опубликовано более двухсот научных работ, получивших признание в Украине, ближнем и дальнем зарубежье. За его плечами большой стаж практической работы следователем и прокурором, и этот опыт полноценно использован в исследовании. С гордостью могу сказать, что Б.Г. Розовский – мой сокурсник, Человек многих вершин, Человек и Друг на все времена. Но это не влияет на объективность моей оценки написанной им работы.

Автор не уподобился толкователю известных истин. Неудовлетворительное состояние правосудия, туманные перспективы развития уголовно-процессуального права – это его личная боль, боль души и сердца. В критике он бескомпромиссен, в разрабатываемых предложениях – смел и решителен.

Каким быть уголовному процессу Украины? Как преодолеть существующие барьеры на пути построения эф-

фективного демократического правосудия? На эти и многие другие вопросы сегодня ищет ответы не только украинская, но и европейская наука. На них же стремится ответить в своей книге Б.Г. Розовский.

Перечень поднятых в работе проблем обширен. Их хватило бы на несколько монографий. Б.Г. Розовский сумел в исследовании выделить суть, главное и актуальное, оставив в стороне частности, без которых можно обойтись. Книгу пронизывает основная идея: цель уголовного процесса – предупреждение, пресечение и раскрытие преступления, недопущение осуждения невиновного и назначение справедливого наказания виновному. Данная цель в цивилизованном обществе может быть достигнута только при соблюдении конституционных прав и свобод граждан, но подмена цели средствами и неправомерными ограничениями недопустима.

Надо признать: в Украине отсутствует концепция реформирования правосудия. Что хочет общество получить от УПК – надежную процессуальную систему защиты прав и законных интересов граждан от преступных посягательств или квазинаучные нормативно-казуистические конструкции процессуальных "тупиков" и "закоулков", позволяющие виновному уйти от ответственности? Некритическое заимствование нашими законодателями западных образцов, ненадлежащее осмысление собственного опыта приводят к недопустимой эклектике не только в теории, но и в законопроектных разработках. В книге удачно использовано образное сравнение: "... наша технология законотворчества зачастую может быть приравнена к стилю приглашения к столу одним из героев фильма "Джентльмены удачи": "Кушать подано. Садитесь жрать, пожалуйста" с сохранением предпочтения методов правового регулирования согласно знаменитому "Пасть порву!". Обидно, но очень похоже.

Б.Г. Розовский едко высмеивает любителей отстаивать свои научные позиции путем использования недо-

пустимых приемов. Хочется верить, что настанет время, когда научные проблемы будут решать люди, имеющие достаточный уровень знаний и соответствующий опыт.

Эффективное осуществление правосудия зависит от множества факторов, и оно несовместимо с непрофессиональным, а порою неправомерным вмешательством. Любая судебная реформа, подобно революции, несет разрушение, и потому бесконечное реформирование чревато гибелью правосудия. Как свидетельствует история, судебная система не может быть заимствована из другого государства, где она развивалась в самобытных условиях. Это признают все специалисты, авторитет которых признан в мире.

В Украине судебная реформа еще не завершена, но мы уже получили громоздкий судебный аппарат с длительной и сложной процедурой ведения уголовных дел. Он дорого стоит и для граждан, и для государства. В проекте УПК прогресс в этом направлении не просматривается, напротив, досудебное следствие и судебные процедуры все более усложняются, на что справедливо обращает внимание Б.Г. Розовский. Автор своевременно и остро ставит проблемы, инициирует общественность к их решению с целью действенного повышения эффективности уголовно-процессуальной деятельности.

Нельзя не согласиться с позицией автора, который оценивает как недопустимые отказ от своевременного возбуждения уголовного дела, возможность обжалования постановлений о возбуждении уголовного дела в суд, создание препятствий в использовании тактических приемов допроса обвиняемого и подозреваемого со ссылкой на их право не свидетельствовать против себя, затягивание решения проблемы процессуального статуса оперативно-розыскной деятельности, поиск формальных оснований для оправдания лица, действительно совершившего преступление. Заслуживает одобрения предложение об установлении надзорного порядка пересмотра пригово-

ров, вступивших в законную силу, в случаях вынесения Конституционным судом Украины решения о несоответствии закона, на основании которого разрешено данное уголовное дело, требованиям Конституции Украины, а также когда новыми научными открытиями ставится под сомнение достоверность ранее применявшихся приемов и методов исследования доказательств.

Говорят, пересказывать хорошую книгу – только портить впечатление. Я предлагаю читателю прочесть несколько первых страниц. Все, кто читал рукопись, заявили: остановиться невозможно, дочитывали до последней страницы без остановок. Желаю Вам, читатель, того же.

Вице-президент Академии
правовых наук Украины
Ю.М. Грошевой

Необычная книга о важном

Уже почти полтора десятка лет Украина и Россия разделены тем, что принято называть Государственной границей с таможенными, пограничными постами, мрачными чиновниками, сосредоточенно и неустанно думающими только об интересах державы, и прочими атрибутами, мешающими свободному общению людей или создающими серьезные помехи для этого. Но, оказывается, есть сферы человеческой деятельности, для которых помехи такого рода не являются непреодолимым препятствием. Подтверждением этому вполне может служить книга, написанная профессором-юристом из когда-то близкого, а теперь далекого, "заморского" Луганска – Б.Г. Розовским.

Привлекает, прежде всего, ее название. До сих пор ненаучно писать о науке и ее проблемах удавалось немногим. Во всяком случае, те, кто отваживался на такое, старались тщательно скрывать свои ненаучные "поползновения" по отношению к столь серьезному явлению, каким считается наука. Поэтому, когда берешь эту книгу в руки, невольно начинаешь думать, а не "нарвался" ли еще на одну халтуру, каковой в нынешние времена немало на книжных прилавках...

Но сомнения проходят сразу, как только прочитаешь несколько страниц. Начинаешь понимать, что автор задумал нечто неординарное: ему захотелось, пользуясь нешаблонными приемами, доходчивым и понятным всем языком, порой весело и остроумно высказать свои соображения о серьезных вещах. Именно такими вещами являются "премудрости", касающиеся уголовного судопроизводства, того самого судопроизводства, в ходе которого человек может стать обладателем "клейма" преступника и оказать-

ся перед необходимостью отбывания уголовного наказания, в том числе в высшей степени сурового.

Рассуждения такого рода Б.Г. Розовского опираются на достаточно прочный теоретический фундамент, глубокое знание не только доктринальных изысканий своих украинских коллег, коллег из стран ближнего и дальнего зарубежья, но и истории, а также современного правотворческого и правоприменительного опыта других стран. Особо хотелось бы отметить, что значительное внимание он уделяет тем событиям, которые происходят в интересующей его сфере в соседней России. Здесь не так давно состоялось обновление законодательства, призванного регламентировать производство по уголовным делам. Обновление это оказалось, мягко говоря, не очень удачным. Уже одно то, что за два года, прошедших после подписания нового УПК РФ, в него пришлось внести около 600 изменений и дополнений, в комментариях не нуждается. Будет плохо, если этот опыт не получит критической оценки и будет воспринят в готовящемся проекте УПК Украины.

Ценно то, что автор старается придерживаться широкого подхода к конкретным проблемам. Много у него получилось удачно. Но, как и во всякой творчески выполненной работе, в ней есть, разумеется, ряд крайне спорных положений. Положения такого рода не влияют в целом на ее качество. Главное достоинство книги в том, что она заставляет читателя думать, подталкивает его к нестандартным решениям, настраивает против мифов, иллюзий и догм, которыми весьма богата юриспруденция и которым привыкли безропотно поклоняться юристы многих поколений.

Заведующий кафедрой уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
юридического факультета Московского
государственного университета
имени М.В. Ломоносова
профессор К.Ф. Гуценко

Давая такое название, я не лукавил. Усилиями ВАК Украины наука в публикациях вытесняется наукообразием. Теперь пишущий автор обязан засвидетельствовать свою эрудицию, перечислив легион ученых, сказавших хоть одно слово по исследуемой проблеме, дать оценку их вклада (повторив в очередной раз всем известные доводы), обозначить новизну и актуальность, обстоятельно аргументировать свою позицию и т.д. и т.п.¹. Текст должен быть изложен сугубо научным языком, характеристика которого раскрывается в известном афоризме: "С точки зрения научного редактора, дерево – это хорошо отполированный столб". "Воду" можешь лить, не заботясь о смысле, но если речь пойдет о реальной воде, весомее именовать ее "ащ два о". Эмоций – ноль. Читаешь иной научный опус и засыпаешь на третьей странице.

Впрочем, во время разработки Проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Украины центр

¹ См.: Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України: Постанова Президії Вищої атестаційної комісії України № 7-05/1 від 15.01.2003 р. // Бюлетень ВАК України. – 2003. – № 1.

дискуссий переместился из научных изданий в средства массовой информации, где эмоции бьют фонтаном. Одни заголовки статей чего стоят: от поэтических – "Дорога, ведущая мимо храма", до предельно агрессивных – "Долой...!". Но здесь другая крайность: анализ реальных недостатков и допустимости их устранения отсутствует, эмоции подменяют доводы, идет сдобренное передергиванием и искажением критикуемого текста огульное охаивание тех или иных институтов, отдельных норм уголовного процесса, позиций авторов, и с такой насыщенностью, что создается какая-то черная аура, порой статью нет сил дочитать до конца. Тем не менее, большинство наших парламентариев (судя по телерепортажам из зала заседаний Верховной Рады) читает в основном газеты и получает соответствующий эмоциональный заряд.

Предлагаемая работа – это действительно заметки, если хотите – эссе. Мне нравится определение такого жанра, даваемое в словарях: прозаический этюд, представляющий в непринужденной форме общие или предварительные соображения о каком-либо предмете или по какому-либо поводу, нередко случайному. Все так и есть. Я хотел, не злоупотребляя мнением научных авторитетов и не вступая без необходимости с ними в дискуссии, высказать "непричесанные" мысли, кое-что сознательно утрируя и не стремясь к исчерпывающей аргументации. Думаю, для очага науки полезно и сырое топливо. Неизбежный "дым" заставляет затратить некоторые усилия, чтобы разглядеть проблему, а не получить ее в готовом виде. Так, надеюсь, и полезнее, и инте-

реснее. Недаром говорят: готовые ответы в каком-то смысле закрывают двери, а правильно поставленные вопросы открывают их. (Впрочем, не всем это нравится. Сократа приговорили к смерти именно за то, что он пытался привести людей к самостоятельным поискам ответов на трудные вопросы).

Вопросительный знак – символ настоящей работы. Он присутствует даже там, где изложение ведется в утвердительной форме.

Веками складывались научные традиции, формировались общие тенденции развития. Юриспруденция допускает исключения. Парадоксально, но, как показала практика, в ней некоторые каноны быстро формируются (заимствуются) даже при коренных изменениях социально-экономического устройства. Не скажу, что появилось одноголосье. Дискуссии идут, существуют разные точки зрения, однако в своей основе это всего лишь аранжировки одной или, в лучшем случае, двух мелодий. И считается признаком дурного тона, если в партию скрипок вдруг кто-то влазит с турецким барабаном. При наличии общепризнанных светил науки не каждому хочется, чтобы ему напомнили известный афоризм о быке и Юпитере.

Но наука не железнодорожная одноколейка, а, скорее, автомобильная трасса, где, совершая обгон, неминуемо выезжаешь на полосу встречного движения. Я заведомо иду на конфликт, на эпатаж, выдвигаю предложения, которые многие оценят как ненаучную ересь. Боюсь только одного: эти предложения могут оказаться не настолько безумными, чтобы, согласно знаменитой фразе Нильса Бора,

убеждать в их правильности. Как ни странно, но многие проблемы в теории уголовного процесса искусственно сверхусложнены, заидеологизированы, политологизированы, "занаучены" в худом смысле этого слова, и для обоснования их решения зачастую достаточно тривиальных доводов. Истина, вопреки пословице, бывает, валяется под ногами.

Я не манерничаю. Нормы уголовного процесса в значительной части – компромисс между идеалом и возможностями практики, результирующая различных факторов, неоднозначных теоретических концепций, при хорошем раскладе – все-таки некая золотая середина. Однако чтобы найти эту золотую середину, необходимо исследовать крайности, достаточно точно их обозначить, а это не всегда делается. Нередко берут сразу за основу только видимый, якобы оптимальный вариант, потом, как в старом анекдоте, колеблются вместе с линией партии. Принцип всесторонности исследования оставлен только для процессуальных доказательств, применительно же к научным теориям о нем почему-то не вспоминают.

Мы привыкли считать: в теории уголовного процесса основополагающие проблемы трактуются только так, зиждятся на общепризнанных постулатах, берущих начало в римском праве времен Ульпиана. Как они сегодня отражаются на практике – никого не интересует, идея превыше всего. Возможно, это наследие недавнего прошлого, когда за основу нашего мышления и бытия мы чаще брали не теоремы, а аксиомы, мнение классиков обсуждения не подвергалось. Однако Альфред Норт Уайтхед

в работе "Организация мысли" высказал парадоксальную, но совершенно справедливую мысль: "Наука, которая не решается забыть своих основателей, перестает быть наукой". (Надеюсь, никто не истолкует высказывание прямолинейно). Действительно, вся современная наука построена на фундаменте нарушенных запретов. Я предлагаю посмотреть, что изменится, если произвести корректировку постулатов – рухнет ли от этого мир или, наоборот, путь достижения цели и задач уголовного процесса станет более эффективным. Речь даже не идет о низвержении древних канонов. В физике и механике продолжают пользоваться основополагающими законами, но никто не требует конструировать на их основе только лук и пращу.

Попытаюсь также посмотреть, как выглядят наши законы со стороны, как они оцениваются не только специалистами, а и участниками процесса – свидетелями, потерпевшими, наконец, присутствующими в зале судебного заседания обычными правопослушными гражданами. Чередовать разные очки – задача не из легких, но попытка не пытка.

Признаюсь, кое-где меня заносило далеко в сторону, однако по самому замыслу я не стремился провести цельное, а тем более завершенное исследование. К некоторым тезисам я возвращаюсь по несколько раз в разных разделах работы, используя иную аргументацию в новом, а порой, и в старом контексте. Повторение – мать учения, здесь же – способ убедить оппонентов, что, по опыту, удастся не сразу.

Чтобы облегчить восприятие изложенного, в работе предпринята попытка выделить отдельные фрагменты, не вводя их рубрикации подзаголовками.

Мне повезло учиться в Харьковском юридическом институте (еще носившем имя Л.М. Кагановича), когда значительную часть профессоров и преподавателей составляли известнейшие ученые с дореволюционным стажем. Один из них – профессор Владимир Иванович Сливичкий – был уже более чем в преклонном возрасте. Его рассеянность породила анекдоты, цитируемые по сей день. Но на лекциях профессор преображался. Его любили, слушали затаив дыхание. Нередко он отходил от темы и рассказывал о своих встречах с выдающимися людьми прошлого, о событиях, не попавших на страницы официальной истории. Наряду с курсом теории государства и права, В.И. Сливичкий вел факультатив по ораторскому искусству. И там он преподнес нам урок, которым хочу воспользоваться, предваряя настоящую работу.

– Представьте, – говорил Владимир Иванович, – вам надо охарактеризовать некоего гражданина Н., отличающегося крайней глупостью. Для этого есть два способа. Один заключается в том, что вы последовательно перечисляете поступки, выставляющие его в явно неблагоприятном свете. Аудиторию эти мелочи интересуют мало, слушают невнимательно. Но когда в заключение вы делаете вывод: "Таким образом, есть все основания считать, что Н. дурак", публика захлебывается от возмущения: "Как?". "Почему?". "Это оскорбление!". Второй способ: вы начи-

наете изложение с констатации: "Н. – дурак". Все навострили уши, внимательно слушают приводимые доводы и могут дать в итоге соответствующую оценку.

Прибегнув ко второму приему, сразу изложу свои намерения. Коротко они сводятся к призыву критически осмыслить неограничиваемую либерализацию отечественного уголовного процесса с учетом роста преступности, в том числе международной, и все более усиливающейся неспособности правоохранительных органов активно ей противодействовать.

Сегодня чрезвычайно престижным является вопрос о признании Украины мировой общественностью в качестве правового государства. Ради этого делается многое, в том числе заимствуются западные образцы. Я считаю необходимым обратить внимание на одностороннюю оценку нашими учеными и законодателями западного опыта. Есть такой образ: стрельба по свету угасшей звезды. Звезда, исчерпав ресурс, погасла, но свет ее еще долго идет к Земле. В Украине далеко не все имеют своевременный доступ в полном объеме к новейшим западным (и восточным тоже) научным источникам. Посмотрите ссылки на литературу – запаздывание на десятилетия. (У меня – та же беда). Особенно неблагоприятная ситуация складывается в последние годы. За эталон берутся теория и практика, устаревающие не по дням, а по часам, не учитывается тот факт, что в цивилизованных (и не очень) странах после событий 11 сентября 2001 года в США и 11 марта 2004 года в Испании происходит отрезв-

ление от опьяняющей идеологии, настоянной на абсолютизации естественного права.

Для иллюстрации приведу один сознательно взятый не самый характерный пример. В Катаре, где был убит бывший президент Ичкерии Яндарбиев, принят закон о борьбе с терроризмом, допускающий, в числе других мер, арест любых подозреваемых на основании оперативных данных, не проверенных путем производства следственных действий. Этот закон был принят не после, а до свершившегося теракта, и в стране, где уровень преступности всегда был очень низким. В частности, терактов там не было несколько десятков лет¹. Но именно благодаря данному закону российские разведчики были задержаны "по горячим следам". Прозорливости катарских законодателей можно только позавидовать².

Итак, к делу.

¹ См.: Учимся у Моссада // Эксперт. – 2004. – № 8(409). – С. 8.

² Необходимо подчеркнуть, что такую меру в Катаре смогли законодательно закрепить благодаря скрупулезной, четкой регламентации порядка получения оперативной информации и оценки ее объективности.

Кое-что о цели уголовного процесса и первом закрытом семафоре на пути ее достижения¹

Кто попадает далее цели, тот
так же промахивается, как и тот, кто
не попал в цель.

М. Монтень

Инормотворчество – это, по сути, процесс осмысления накопленного человеческого опыта, порой жестокого, трагического. Например, считается, что правила техники безопасности писаны кровью тысяч поколений тружеников, ставших жертвами ненадлежаще организованных производственных процессов. Уголовный процесс при рассмотрении в таком ракурсе – те же правила производственной безопасности, но в узкой, специфической сфере, именуемой уголовным **судопроизводством**. Пользуясь аналогией, можно с полным основанием утверждать, что и нормы уголовно-процессуального законодательства исторически приобрели современный вид, очищаясь от кро-

¹ Общепринятым считается понятие "задачи уголовного процесса". Здесь используется термин "цель" в рамках метода системного исследования.



ви и мук не меньшего числа поколений, безвинно загубленных во времена рабовладения, инквизиции, всевозможных форм внесудебной расправы и судебного произвола, ошибок, допускаящихся на стадии следствия и судебного разбирательства.

Как и правила производственной безопасности, уголовный процесс становится все более взвешенным, выверенным, в мельчайших деталях согласованным с нормами цивилизованной морали и этики. Прогресс очевиден. Однако он имеет и обратную сторону: по мере приближения к идеалу утрачивается его практичность. Явление закономерное, ибо идеал как философская категория есть нечто, в принципе недостижимое. В сфере регулирования безопасности производства такой результат уже наступил, появилось даже новое понятие – "итальянская забастовка", когда работники пунктуально выполняют все установленные правила и предписания, а в итоге деятельность предприятия парализуется. Но если "итальянские забастовки" – это разовая форма открытого социального протеста, то в уголовном судопроизводстве соблюдение идеализированных, не адекватных современным условиям требований УПК – повседневность, стойкий процесс, результаты которого иногда латентны, но, тем не менее, в массе они уже вылились в ощутимое снижение уровня противостояния правоохранительных органов организованной и прочей преступности.

Трудно объяснить, почему по поводу столь неблагоприятной ситуации нет сколько-нибудь заметных выступлений ни научных авторитетов, ни

практиков. Дружно осудили уголовное судопроизводство советского периода как обеспечивавшее приоритет репрессивной задачи не допустить оправдания виновного и заявили, что в правовом государстве этактические интересы должны уступить место всеохватывающей защите прав и свобод личности, исключающей риск осуждения невиновного и ущемления прав человека¹. Почему-то решили, что эти две задачи – взаимоисключающие, антиподы, хотя не только в теории, но и на практике они должны и могут быть в единстве. Видимо, ничему не научили иллюзии прошлого, если вновь надеемся, что "свобода нас встретит радостно у входа и братья (на сей раз криминальные "братки") меч нам отдадут". Есть все основания полагать, такая политика далеко не случайна.

По совершенно справедливой оценке одного из ведущих российских криминологов В.В. Лунеева, преступность после мировых войн и возможных глобальных катастроф стала главной угрозой современности. Темпы ее прироста выше темпов прироста населения. Преступность качественно совершенствуется, увеличивается общественная опасность и причиненный ею ущерб. Законодательная регламентация процессуальных основ борьбы с преступностью происходит с избирательным запаздыванием. Действенные законопроекты отвергаются, проваливаются по демагогическим мотивам защиты частной жизни и прав человека. Для убедительности

¹ См.: Концепция уголовно-процессуального законодательства РФ // Государство и право. – 1992. – № 8. – С. 52.

они подкрепляются пугалом "37-го года". Общество годами бросает в дискуссии об этом, объективно давая возможность политической, экономической и правящей элите безнаказанно совершать тяжкие преступления.

"Первое, о чем задумались власть имущие после смерти диктатора Сталина, – пишет В.В. Лунеев, – это освобождение от законного контроля правоохранительных органов. Они добились этого, и их разложение еще в советское время стало почти всеобщим. С тех пор они эту привилегию не уступают... Элитарные организованные и коррумпированные преступные группы, формирования и сообщества на пушечный выстрел не подпускают к себе органы правоохраны".

Исповедующие абсолютный либерализм теоретики "противопоставляют гуманность правосудия его эффективности, активную защиту прав преступников насущным правам их жертв, хотя эти понятия в уголовном процессе неразделимы. При таком подходе и при тоталитаризме, и при либерализме общество попадает в криминальный капкан".

В.В. Лунеев приводит, как он называет, школьный пример.

"Предположим, что в нашем зале похищен ценнейший предмет. Есть два крайних подхода к его нахождению: первый – всех обыскать, найти предмет и виновного. Метод эффективен, но незаконен. Второй – после длительной доследственной проверки возбудить уголовное дело, установить основную массу присутствующих в зале, в течение многих месяцев, а иногда и лет подозревать каждого, всех по

несколько раз допросить, для разрешения противоречий провести необходимые очные ставки, следственные эксперименты, экспертизы и завершить дело ничем. Бесплезно, дорого, но законно. Где выход?"¹. Вопросы, вопросы, вопросы.

Постсоветская теория уголовного процесса обладает одним отличительным свойством: ее способность создавать проблемы значительно превосходит возможность их решения. Есть два способа отношения к жизни. Первый – реалистический, основанный на понимании ее принципиального несовершенства. Второй – идеалистический, заключающийся в стремлении непременно достичь совершенства в любом жизненном направлении. Об идеалах пишут в учебниках, довольно часто их помещают в законы. Когда дело доходит до реализации, выясняется, что все не так гладко.

Данная констатация приобретает актуальность в свете снятия былых ограничений на доступ к канонам естественного права в украинской постсоветской юридической науке. Оно ознаменовалось листопадом, шквалом статей, монографий, конференций, симпозиумов, публицистических выступлений. Однако, вопреки законам диалектики, количество не перешло в качество. Юридические издания пестрят материалами о правах и свободах, европейских эталонах, которых мы никак не достигнем. А о том, что отечественный уголовный процесс, все более

¹ Лунеев В.В. Правовое регулирование общественных отношений – важный фактор предупреждения организованной и коррупционной преступности (тезисы доклада) // Государство и право. – 2001. – № 5. – С. 106-109.

адаптируемый к этим эталонам без учета различий в социально-экономических и политических условиях, уровне правопослушания граждан, кадровом и материально-техническом обеспечении правоохранительных органов и многого другого, в результате утрачивает свою целенаправленность на обеспечение активной наступательной борьбы с преступностью, – не сказано почти ни слова. В действующем Уголовно-процессуальном кодексе Украины такая цель по воле законодателя вообще переместилась на второй план. Ст. 2 УПК регламентирует: "Задачами уголовного судопроизводства является охрана прав и законных интересов физических и юридических лиц, участвующих в нем, **а также** (выделено мной. – Б.Р.) быстрое и полное раскрытие преступлений...".

Характерно, что даже западные специалисты, проводившие экспертизу Проекта УПК РФ (Проект направлялся в Совет Европы в соответствии с указом Президента России), первоначально содержавшего формулу, аналогичную ст. 2 УПК Украины, критически восприняли стремление его авторов быть впереди планеты всей. В экспертной оценке отмечалось: "...эта статья преувеличивает добрые намерения авторов Проекта. Не может быть никакого сомнения в том, что в первую очередь задачей уголовного процесса является установление факта преступления, розыск подозреваемого и проведение беспристрастного судебного разбирательства с целью установить виновность подсудимого и назначить ему наказание. Утверждение на первом месте, что задачей уголовного процесса является защита личности, поднимает вопрос, какую личность следу-

ет защищать – обвиняемого от органов государства или потерпевшего от преступника?"¹.

Тем не менее, вопреки сложившейся далеко не бесспорной практике безоговорочного следования западным рекомендациям, в данном случае прошла близкая к первоначальному проекту редакция ст. 6 УПК РФ. Первый заместитель прокурора Москвы Ю. Синильщиков по этому поводу пишет: "В условиях роста преступности в стране вводится такой уголовно-процессуальный закон, который вообще как бы остается в стороне от задач борьбы с преступностью, а своим назначением провозглашает лишь защиту прав потерпевших от преступлений и тех, кто подозревается, обвиняется в их совершении"². А откровения заместителя Генерального прокурора РФ С. Кехлерова о том, что "новый УПК принимался не для того, чтобы следователям, прокурорам и судьям было удобно работать, а для обеспечения реальной защиты прав и свобод наших сограждан"³, просто удивляют: почему одно должно исключать другое?

Проект нового УПК Украины, подготовленный рабочей группой Кабинета Министров Украины, избежал излишней либерализации задач уголовно-

¹ Цит. по: Мишин Г.К. О коллизиях уголовно-правовой и уголовно-процессуальной политики // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 99.

² Синильщиков Ю. В милиции прибавилось оперативности, но не уменьшилась и коррупция // Милиция. – 2003. – № 5. – С. 47.

³ Кехлеров С. Исправленному верить // Российская газета. – 2003. – 10 июля.

процессуального законодательства. В ст. 1 они определялись следующим образом:

1) регулирование процессуального порядка изобличения лиц, виновных в совершении преступлений, привлечения их к ответственности и справедливого их наказания;

2) защита лица от безосновательного привлечения к уголовной ответственности и осуждения невиновных;

3) защита личной свободы лица, его имущества, чести, достоинства, других прав и законных интересов, а также государственных интересов, интересов и прав юридических лиц.

Однако Верховной Радой Украины в первом чтении был принят другой Проект, подготовленный группой народных депутатов. Первоначально статья 2 этого Проекта УПК имела следующую редакцию:

1) определение порядка производства по уголовным делам, изобличения лиц, виновных в совершении преступлений, привлечения их к ответственности и справедливого их наказания;

2) защита лица от безосновательного привлечения к уголовной ответственности и осуждения невиновных;

3) охрана прав и законных интересов граждан, юридических лиц и государства, которым преступлением нанесен ущерб.

Но политологический жулел прав и свобод, воспринимаемых без должного осмысления, вновь вернул все на круги своя. После принятия поправок, на второе чтение предложена слегка модифицирован-

ная и расширенная редакция ст. 2 действующего Кодекса:

1) охрана прав, свобод и законных интересов физических, юридических лиц и государства, которым преступлением причинен ущерб;

2) изобличение лиц, виновных в совершении преступлений, привлечение их к ответственности и назначение им справедливого наказания;

3) защита лица от безосновательного и незаконного привлечения к уголовной ответственности и необоснованного осуждения, освобождение от ответственности в случаях, предусмотренных законом.

Возражения против такой рокировки – глас вопиющего в пустыне: "Сегодня редко говорят и еще реже пишут о неотвратимости наказания за совершенное преступление. Порой создается впечатление, что этот важный, нужный принцип тихо "скончался"¹.

Одна из причин сложившейся ситуации – несовершенство методологии исследований в юридической науке и основанной на их результатах законодательной практики. Возможно, причину следует искать в специфике методологии общественных, в том числе юридических, наук еще советского периода, когда исследователю было достаточно только сослаться на использование всеобъемлющего метода марксистского диалектического материализма. Если исключить описанные в литературе анекдотические

¹ Назаренко В. Предварительное расследование в современном уголовном процессе // Законность. – 2002. – № 8. – С. 42.

примеры типа применения закона единства целого и его частей для обоснования выводов судмедэксперта при исследовании расчлененного трупа, то случаев реального использования в юриспруденции законов диалектики в качестве инструмента исследований даже не вспомнишь. Сегодня перечень методов научного исследования обновлен. На первый план выдвинулся метод системного анализа. Но, как и ранее, его использование зачастую только провозглашается. В итоге некоторые, в том числе основополагающие, научные конструкции, их реализация в законодательстве становятся внутренне противоречивыми. И, что обидно, эти явные противоречия почему-то никому не режут глаз.

В основе системного анализа лежит четкое разграничение цели, подцелей (задач), средств и ресурсов. Цель должна быть одна, и ее нельзя подменять задачами и средствами. Смещение цели с задачами неизбежно приводит к их конкуренции, внутренней противоречивости системы, что мы и имеем в приведенной интерпретации целей уголовного процесса. О какой защите прав и законных интересов физических и юридических лиц может идти речь, если преступление не раскрыто, преступник не изобличен, не наказан, ущерб не возмещен? И о каких еще правах, свободах и законных интересах физических, юридических лиц и государства, которым преступлением причинен ущерб, можно говорить, помимо изобличения и осуждения преступника? Упустили в приведенном перечне задач уголовного процесса возмещение вреда, но из-за этого не стоит изобретать общую формулу с правами и свободами.

Это тавтология и чистой воды популизм. Если речь идет о процессуальных правах обвиняемого, то это не цель, а средства ограничения ее достижения – нельзя применять принуждение к даче показаний и др.

Думаю, причина неразберихи в цели и средствах уголовного процесса – в забвении истории его становления, в искусственном разрыве той исторической нити, которая связывает поколения его участников. Вспомним, что наши далекие предки самостоятельно решали все вопросы, если на их интересы кто-то посягал. На помощь приходило племя, оно вело поиск обидчика, осуществляло расправу над ним. Со временем государство, запретив самосуд, взяло на себя функции розыска и наказания преступника. Это был своего рода общественный договор, и сегодня нельзя о нем не помнить, нельзя его нарушать и исказить, какие бы новые веяния ни появлялись, если суть остается прежней.

В данной главе я умышленно ограничиваюсь рамками приведенного общественного договора. Уверен, сегодня его границы должны быть расширены. Эскалация терроризма и организованной преступности требует взвешенного подхода к ответу на кардинальный вопрос: достаточно ли строить уголовно-процессуальную и правовую политику в целом на выявлении совершенных преступлений и наказании виновных? Не пора ли сместить центр тяжести на предупреждение преступления и пресечение попыток его совершения? Для меня такая цель уголовного процесса однозначна. Но в настоящее время в теории уголовного процесса она не яв-

ляется предметом дискуссии и требует дополнительной аргументации. Поэтому в данной главе я иду в русле устоявшихся точек зрения, обосновываю свою позицию в рамках обсуждаемых проблем. Хорошо, если хоть удастся предотвратить ситуацию, когда раскрытие преступления и изобличение виновного окажется на обочине уголовного процесса. Формулировке общей цели уголовного процесса, включающей предупреждение и пресечение преступлений, уделю место, если смогу, в главе о процессуальном статусе оперативно-розыскной деятельности.

Теперь возвратимся к обсуждению вышеобозначенных проблем.

Сегодня поставлен вопрос о коренном изменении самой идеологии уголовного процесса: права личности – новый приоритет УПК. Но в чем это конкретно выражено? Обоснование, мягко говоря, странное. Российские процессуалисты, которые первыми в СНГ осуществили реформирование, объясняют его суть следующим образом: "УПК РФ говорит о защите прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, и о защите личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Таким образом, в нормативной модели уголовного судопроизводства "защитительная" функция юстиции получила приоритет над "карательной". Другими словами, вечный вопрос – что опаснее для общества: безнаказанность виновного или осуждение невиновного – косвенно решен в пользу последнего варианта. А вопрос этот отнюдь не праздный. От

ответа на него зависят критерии выбора оптимального построения конкретных уголовно-процессуальных институтов. Дело в том, что традиционное представление якобы процессуальные гарантии личности в уголовном судопроизводстве одновременно служат и гарантиями достижения истины, далеко не всегда соответствует реальному положению вещей"¹. Реальное положение, полагают авторы реформы, можно изменить, перейдя к состязательной форме процесса: "В состязательном процессе приоритетными становятся права личности (прежде всего обвиняемого как центральной фигуры уголовного судопроизводства), в розыскном – карательные интересы государственной власти. Ранее он был только на стадии судебного разбирательства, ныне – на всех остальных"².

Я не ставлю задачей анализ результатов реформирования всех стадий уголовного процесса, а попробую фрагментарно показать, что в итоге получается на стадии досудебного расследования. Но прежде хочу задать один принципиально важный для оценки позиции реформаторов вопрос: что мешало в рамках действующего УПК Украины обеспечивать защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления, защиту личности от незаконного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод? Пусть ранее адвокат допускался к защите обвиняемого с момента ознакомле-

¹ Михальская Н. Права личности – новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 2-4.

² Там же. – С. 4.

ния его с материалами дела, но адвокат был. Тем не менее, если обвиняемому избиралось мерой пресечения содержание под стражей, в абсолютном большинстве случаев максимум, на что он мог рассчитывать – на назначение судом наказания в пределах отбытого срока заключения. И разве причина в отсутствии или недостатке процессуальных прав у обвиняемого, адвоката, прокурора или судьи? Прав было у них предостаточно.

Сегодня выработался своеобразный штамп: советскому периоду присвоен титул тоталитарного государства (с этим можно не спорить), и весь его уголовный процесс характеризуется как беспросветное нарушение прав и свобод граждан. Складывается впечатление, что 37-й год длился без перерыва до дня провозглашения независимости Украины. "В тоталитарном государстве, – утверждает В.Т. Маляренко, – осуществлять контроль над преступностью (сегодня в мире все чаще употребляется именно этот термин, а не "борьба с преступностью") было значительно проще, потому что не было такого понятия, как права человека. Без каких-либо проблем представитель правоохранительных органов входил в жилище, снимал информацию с каналов связи, проводил обыски, выемки. В тоталитарном государстве очень остро не стоят вопросы о допустимости доказательств, о презумпции невиновности, независимости суда, праве не свидетельствовать против себя и своих близких и многих других аналогичных вопросах"¹.

¹ См.: Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 7(47). – С. 2.

Странно все это читать. Василий Тимофеевич Маляренко – мой земляк, начинал работать в "тоталитарном государстве", слыл принципиальным судьей и наверняка не дал бы спуску, если бы в рассматриваемом им деле был протокол обыска без санкционированного прокурором постановления о его производстве или без санкции прокурора накладывался арест на почтово-телеграфную корреспонденцию. Можно посмотреть практику Верховных Судов УССР и СССР и убедиться, что далеко не так просто решались вопросы несоблюдения презумпции невиновности, допустимости доказательств и т.д. Да, не гарантировалось право лица не свидетельствовать против себя и своих близких. Но и в США оно было возведено в принцип Верховным Судом только в 1966 г. по делу Миранды и в 1964 г. по делу Эскобедо. Однако автор почему-то на этом основании не относит США к числу тоталитарных государств.

Дело не в идеологии УПК. Как ее ни крути, как ни маскируй приоритетом прав личности, но задача государства раскрыть преступление и наказать виновных была, есть и остается на дальнейшее. Дело в политике государства, в определении предела самостоятельности и независимости субъектов, призванных решать эту задачу, которая может кардинально меняться при неизменности норм УПК и, наоборот, сохраняться в прежнем виде при изменении формулы закона.

Напомню, что в ноябре 1938 г. были приняты Постановления ЦК ВКП(б) "Об учете, проверке и утверждении работников НКВД" и "Об арестах, прокурорском надзоре и ведении следствия" (совместно

с СНК СССР). В постановлениях признавалось наличие фактов нарушения законов, совершения подлогов, фальсификации следственных документов, привлечения к уголовной ответственности невиновных людей. Все это приписывалось неким "врагам народа", которые пробрались в органы НКВД и прокуратуры. НКВД и прокуратуре запрещалось производить какие-либо массовые операции по арестам и выселению. Сами аресты следовало осуществлять только по постановлению суда с санкции прокурора (курсив мой. – Б.Р.). Ликвидировались судебные "тройки", созданные в порядке особых приказов НКВД, а также "тройки" при областных, краевых и республиканских управлениях милиции. Все следственные дела в точном соответствии с действовавшим уголовно-процессуальным законодательством о подсудности впредь следовало передавать на рассмотрение судов или Особого совещания при НКВД.

Некоторая оттепель временно наступила, но кардинально ничего не изменилось. Свидетельство тому – телеграмма Сталина от 10 января 1939 г.:

"Секретарям обкомов, крайкомов, ЦК нацкомпартий, наркомам внутренних дел, начальникам УНКВД.

ЦК ВКП стало известно, что секретари обкомов – крайкомов, проверяя работников УНКВД, ставят им в вину применение физического воздействия к арестованным, как нечто преступное. ЦК ВКП разъясняет, что применение физического воздействия в практике НКВД было допущено с 1937 года с разрешения ЦК ВКП. При этом было указано, что физическое воздействие, как исключение, и притом в

отношении лишь таких явных врагов народа, которые, используя гуманный метод допроса, нагло отказываются выдать заговорщиков, месяцами не дают показаний, стараются затормозить разоблачение оставшихся на воле заговорщиков, следовательно, продолжают борьбу с Советской властью даже и в тюрьме. Опыт показал, что такая установка дала свои результаты, намного ускорив дело разоблачения врагов народа... Известно, что все буржуазные разведки применяют физическое воздействие в отношении представителей пролетариата и притом применяют его в самых безобразных формах. Спрашивается, почему социалистическая разведка должна быть более гуманна в отношении заядлых агентов буржуазии, заклятых врагов рабочего класса и колхозников. ЦК ВКП считает, что метод физического воздействия должен обязательно применяться и впредь, в виде исключения, в отношении явных и неразоружающихся врагов народа, как совершенно правильный и целесообразный метод. ЦК ВКП требует от секретарей обкомов, крайкомов, ЦК нацкомпартии, чтобы они при проверке работников УНКВД руководствовались настоящим разъяснением.

Секретарь ЦК ВКП(б) И. Сталин".

Новый УПК ориентирован на новое государство, на новое общество, но где они? Мы уходим (подчеркиваю, уходим, еще не ушли) от тоталитарного государства, разновидностей которого много, правовое государство пока лишь строим, то же с гражданским обществом. Можно сколько угодно теоретизировать о независимости, скажем, судей. Но, навер-

ное, более показателен рядовой, обыденный пример. По случайному совпадению я навестил к своей бывшей коллеге, а теперь заместителю начальника территориального управления государственной судебной администрации одного из регионов Украины, на следующий день после ее именин. Кабинет был заставлен корзинами с цветами, а в комнате отдыха громоздились коробки с иностранными наклейками. В занимаемой должности она без году неделя, пришла из прокуратуры, большинство председателей судов, а тем более рядовых судей, в глаза не видала. Поэтому комментировать проблему независимости судей с учетом любого сверхидеального УПК не буду. О прокурорах и говорить нечего: почитайте доклады Генерального прокурора Украины Г.А. Васильева – требования справедливые, но механизм исполнения, несмотря на все заверения, трансформировался лишь на словах. Менталитет, традиции быстро не меняются. Нужно время, нужна смена кадров, возможно даже не одного поколения.

Нелепо отрицать идеологию закона, но незачем ее и преувеличивать. Германский уголовный процесс во многом сходен с отечественным советского периода и существенно отличается, скажем, от французского. В ФРГ прокурор, например, действует в соответствии с принципом официальности (не считаясь с позицией потерпевшего). Его отказ от обвинения не обязателен для суда. Судья в первую очередь сам допрашивает подсудимых и свидетелей, стороны лишь с его разрешения задают им вопросы. В отличие от состязательного процесса судья –

активный искатель истины (ч. 2 § 244 УПК ФРГ), а стороны – пассивны. В составе судебной коллегии преобладают судьи (3 судьи и 2 шеффена), суд присяжных был ликвидирован еще в 1924 г. Однако, судя по процентному соотношению дел, рассматриваемых Европейским Судом, проблем с нарушением прав и свобод при отправлении правосудия в ФРГ ничуть не больше, чем во Франции.

Есть еще один существенный момент. Можно сколько угодно говорить о законности, о либерализации уголовного процесса в любых его формах, о правах и свободах, но нельзя игнорировать абсолютно очевидный факт: при любой системе процессуальных гарантий расследование преступления, в силу его объективной природы, не застраховано от ошибок. Типичный пример. В Луганске в собственной квартире обнаружен труп известного предпринимателя. Предприниматель дал объявление о продаже ружья, и, судя по обстановке, убийца пришел к нему под видом покупателя. Убийство совершено выстрелом из предназначенного для продажи охотничьего карабина, с которым убийца затем с места преступления скрылся. Был установлен свидетель, видевший выходящего из подъезда дома мужчину с карабином в руках. Находился этот свидетель от него на значительном удалении и хорошо разглядеть приметы не смог. По данным записей телефонных разговоров удалось определить лицо, откликнувшееся на объявление о продаже оружия. На допросе предполагаемый покупатель не отрицал телефонный звонок и свое намерение купить ружье, но категорически утверждал, что с продавцом не успел

встретиться. Те немногие приметы, названные свидетелем, не исключали предположения, что видел он данного "покупателя". При опознании свидетель уверенно указал на "покупателя". Последнего задержали, произвели освидетельствование, квартирный обыск, допрос родственников и соседей, но дополнительных доказательств не получили. Вскоре установили еще одного свидетеля, видевшего убийцу настолько близко, что он запомнил не только его приметы, но даже украшения на деталях ружья. Добросовестность свидетеля, его зрение, память сомнений не вызывали. При опознании он категорически заявил, что "покупатель" не является тем лицом, которое он видел с ружьем.

Подобных примеров множество. Более того, реализация основополагающего правила криминалистики, обязывающего следователя не ограничиваться одной версией, а параллельно проверять все, основанные на собранных фактах (чья противоречивость не всегда быстро устранима)¹, зачастую приводит к нарушению прав и свобод граждан, причастность к преступлению которых в ходе расследования отпадает. Это неизбежные издержки, их, безус-

¹ В.Е. Коновалова обоснованно рекомендует: "При формировании версий следует исходить не только из очевидного, но и из противоположных представлений... В этом отношении нельзя не отметить положительной роли так называемых *ложных версий*, которые в процессе проверки опровергаются и тем самым ограничивают круг версий, которые с наибольшей степенью вероятности объясняют происшедшее событие преступления либо обстоятельства, носящие частный характер". (См.: Коновалова В.Е. Версия: концепция и функции в судопроизводстве. – Х.: Консум, 2000. – С. 48).

ловно, необходимо минимизировать, но в пределах разумного. Нельзя соблюдение прав и свобод граждан противопоставлять задаче раскрытия преступления и изобличения виновного. Это задачи равнозначные. Поиски решения вне этой – называйте ее диалектической или иной – взаимосвязи заведомо обречены на провал.

Данный тезис должен быть возведен в принцип, концептуальную основу теории уголовного процесса и законодательной практики. Не нужно нагнетать страсти, кричать о том, что это прямая дорога к прокурорско-милиейскому произволу, тоталитаризму и прочая, и прочая. Такова реальность, такова практика, и лучшего пока не изобрели. А односторонний процесс – это путь в никуда.

Не хотелось бы лезть в дебри той самой идеологии уголовного процесса. Однако, как известно, решая практические вопросы, неизбежно будешь вынужден обращаться к теории. Ограничусь пока констатацией одного факта: мнения о "смерти" инквизиционного процесса в Проекте УПК Украины, как и в действующем УПК РФ, явно преувеличены. Не знаю, можно ли вообще создать уголовный процесс, полностью исключающий все ранее существовавшее, но пока и действующий УПК, и Проект нового сохраняют рудименты прошлого, что, впрочем, вполне естественно.

В частно-исковом производстве, берущем начало в Древней Греции и Древнем Риме (в России оно существовало в XV – XVII вв.), потерпевший от преступления обращался к лицу, наделенному властными полномочиями, и получал от него разрешение на

проведение собственного расследования. Данные этого расследования передавались в суд. Стороны имели право на примирение. Ныне УПК также наделяет не только потерпевшего, но и обвиняемого и их представителей правом самостоятельно собирать доказательства и представлять их следователю и суду. По определенной категории дел стороны имеют право на примирение. В более полном объеме эти права реализуются по делам частного и частно-публичного обвинения. Даже такая форма из раннего обвинительного процесса, как ордалии, в современной интерпретации имеет место – это испытание на детекторе лжи, психиатрическая и ряд экспертиз по оценке правдивости показаний. А современные судебные прения – тот же поединок, та же дуэль, только словесная.

Активное неприятие розыскного процесса объясняется ошибочным отождествлением его с инквизиционным, хотя последний – одна из его форм, существовавшая в определенной части Европы в конкретное время. О поверхностном понимании свидетельствует уже тот факт, что инквизицию относят к средневековью, хотя разгул ее был в эпоху Ренессанса. Более того, исследование, проведенное с благословения и по поручению Папы Римского, показало, что крайние формы инквизиция принимала не повсеместно. Тем не менее, что было, то было. Однако розыскной процесс был до – и в преобладающей части – после инквизиции, доказав тем самым свою эффективность и без применения крайних мер.

Парадокс в том, что сколько бы в теории ни отвергали розыскной процесс, противопоставляя его состязательному, он и сегодня лежит в самой основе последнего: порождение розыскного процесса – письменная форма производства. Более того, жизнь объективно заставляет вернуться к использованию некоторых отвергнутых институтов розыскного, в том числе инквизиционного, процесса, лишней раз подтверждая недопустимость отношения к предкам, как к недоумкам.

Характерная черта инквизиции – утаивание от обвиняемого имен свидетелей, якобы изобличающих его в совершении преступления, недопущение очной ставки между ними. Ныне потерпевшие и свидетели нередко подвергаются угрозам, шантажу, подкупу со стороны преступного мира. Поэтому в УПК предусмотрены меры, похожие на инквизицию: к подлинным данным о потерпевших и свидетелях стороны не имеют доступа, им присваиваются псевдонимы, они допрашиваются в суде "вне визуального наблюдения", судебное разбирательство проводится закрыто, существует возможность вообще не вызывать этих лиц в суд и ограничиваться оглашением их показаний, данных на досудебном следствии. Тем самым существенно ограничивается гласность судопроизводства, право обвиняемого на защиту и непосредственность исследования доказательств. О необходимости запрета допроса на очной ставке в связи с правом обвиняемого не свидетельствовать против себя поднимался вопрос еще два века тому назад, инициируется он и сейчас. Организационные формы участия адвоката, объем его права на сви-

дание с обвиняемым и подозреваемым в некоторых государствах стали предметом критического рассмотрения. Известная шутка: "В отличие от англичан, которые, как известно, уходят не прощаясь, одесситы прощаются, но не уходят" – очень точно характеризует наши заверения о расставании с розыскным процессом.

Сегодня общепризнанно, что нынешний уголовный процесс, именуемый состязательным, на деле является "смешанным", да и состязательность во многих государствах реализуется по-разному¹. Однако как бы мы ни теоретизировали, исторически уголовный процесс был создан, получал развитие в разных типах и формах для реализации цели борьбы с преступностью. Не изменилась цель уголовного процесса и сегодня. Если ныне мы будем относить к задаче уголовного процесса только защиту прав кого бы то ни было – потерпевших, обвиняемых и других, то возникает вопрос: какая же тогда деятельность направлена на раскрытие преступления и осуждение виновного и какой отраслью права она регулируется?

Вопрос отнюдь не схоластический, и право задать его дают сами идеологи и комментаторы новаций: "Как неоспоримое достоинство нового УПК

¹ См.: Гуценко К.Ф., Головки А.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2001; Лупинская П.А. Типы (формы) уголовного процесса // Уголовное процессуальное право Российской Федерации. – М., 2001; Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. – СПб., 2000; Петрухин И.А. От инквизиции – к состязательности // Государство и право. – 2003. – № 7. – С. 28-36.

следует отметить то, что он ознаменовал собой смену идеологии всей правоохранительной системы. Одним из подтверждений того является отсутствие в нем нормы, аналогичной той, которая была в УПК 1960 года, провозглашавшей задачами уголовного судопроизводства "быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных" (ст. 2). Отказ от этой нормы означает отказ от обвинительного уклона в правосудии. Иными словами, *отныне правосудие не отождествляется с выявлением и раскрытием преступления*¹ (курсив мой. – Б.Р.). Думаю, криминал должен поставить золотой памятник за эти слова, если они, не дай Бог, будут реализованы.

Но прокукарекать мало, надо, чтобы все же наступило утро. Для этого сплошь подменяются понятия, искажается их смысл: "принцип публичности в уголовном процессе приобретает несколько иное содержание. По УПК РФ публичный интерес уже не противопоставляется интересам частных лиц. Даже более того, права человека ставятся выше публичного интереса. В настоящее время данный принцип предполагает защиту не только публичного интереса, но и частного. Так, уголовное преследование осуществляется не только в связи с совершением преступлений, от которых пострадали государство и общество, но и отдельные граждане. Не случайно в ст. 6 УПК РФ сказано, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением защиту прав и за-

¹ Подольный Н. Новый УПК – новая идеология уголовного процесса // Российская юстиция. – 2002. – № 11. – С. 2.

конных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений"¹. Хотелось бы знать, ранее интересы государства и общества страдали только, скажем, при разглашении государственной тайны, а гражданин, у которого вытащили кошелек с тремя рублями или гривнами, оставался один на один с карманником? А сейчас приоритеты изменились настолько, что все силы брошены на борьбу с карманниками, а все остальное побоку? И самое главное, все же что это такое – публичный интерес, принцип публичности?

Проблему соотношения публичных и частных интересов заболтали настолько, что трудно даже добраться до ее истоков. Ныне она преподносится как соотношение публичности и диспозитивности, причем каждое из этих понятий приобретает смысла, далекий от предмета дискуссии. Почти у каждого автора есть своя трактовка понятий. Например, В.Т. Маляренко, рассматривая принцип публичности как конкурирующий с принципом диспозитивности, полагает: "В частных отношениях диспозитивность определяется принципом: "Разрешено все, что не запрещено законом". В публичных отношениях диспозитивность имеет значительно более узкую форму и сферу применения. Здесь возможность выбора вариантов поведения четко оговорена и определена принципом "Разрешено лишь то, что предусмотрено законом". В уголовном судопроизводстве

¹ Подольный Н. Новый УПК – новая идеология уголовного процесса // Российская юстиция. – 2002. – № 11. – С. 2.

ве действует лишь последний принцип, хотя есть и отдельные особенности"¹.

Ввиду того, что в действующем УПК и Проекте нового таких особенностей достаточно много, с подобной трактовкой можно согласиться. Но противостоят ли данные принципы в главном, существенно ли в уголовном процессе противоречие между публичным и частным интересом? Да, есть ограничения в возбуждении уголовного дела по отдельной категории. Но когда уголовное дело возбуждено и задействован весь механизм уголовного процесса, мы отстаиваем интересы только государства и общества? Куда исчезли в ходе дискуссии интересы потерпевшего – конкретного человека, а не только субъекта общественных отношений или правоотношений? Или теперь пупом всего уголовного процесса стал один только обвиняемый и лишь вокруг него мы должны танцевать с определениями публичного и частного интереса?

Подобные построения настолько наивны, в них столько притянута за уши, что тошно даже разбираться в воздвигнутых алогичных нагромождениях. *В современном уголовном процессе государство защищает интересы общества через защиту, на примере защиты конкретной личности, конкретного члена этого общества. Любые доказательства иного – заведомый абсурд. Противоречий частного и общественного интереса в уголовном процессе нет и быть не может.* Есть не просто противоречие, а

¹ См.: Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 7(47). – С. 4.

противостояние между интересами обвиняемого и потерпевшего как членов общества, соответственно – как субъектов уголовного процесса. И оно не может найти разрешения иначе, как наделением их равными процессуальными правами. К сожалению, эта задача решается законодателем непоследовательно. Причина – в напущенном тумане по поводу противоречий общественных и частных (личных) интересов, из-за чего иногда утрачивается перспектива.

Система уголовного процесса остается дееспособной, если мы произвольно не вносим коррективов в давно сформулированную ее цель: предупреждение и пресечение преступных посягательств, установление преступления, его раскрытие и изобличение виновного на досудебном следствии; определение справедливого наказания преступнику в суде. Достижение данной цели осуществляется с помощью средств, имеющих четкие параметры и ограничения. Например, недопустимо применять физическое и психическое воздействие на подозреваемого, ибо это может привести к самооговору и осуждению невиновного; доказательства должны оцениваться в совокупности и т.д. В этом ряду стоят определенные законом права и свободы участвующих на условиях состязательности субъектов уголовного процесса, обязанность соблюдения которых является основополагающей формой, ограничением средств достижения целей, но отнюдь не самой целью.

Безусловно, можно строить систему уголовного процесса и иначе. Право потерпевшего на восстановление его интересов, нарушенных преступлени-

ем, определить целью, а раскрытие преступления и осуждение виновного – средством ее достижения. Однако даже не специалисту понятно, что система лишается конструктивности, коль речь идет не о реальных участниках уголовного процесса, а только об одном потерпевшем. Система должна быть рабочей, а не витринной.

Да, в правовом государстве права, свободы и интересы личности – это приоритет из приоритетов. В отечественной юридической науке они давно уже превзошли западные эталоны, с которых снималась калька, стали неким божеством. Однако, даже признавая за ними подобный статус (хотя в действительности они ближе к языческому идолу), так и хочется сказать: не поминай имя Господа всуе. Ведь сантехник, выполняя свою работу, тоже охраняет права и интересы граждан на комфортные условия жизни, но никто не отваживается отнести это к целям его деятельности¹.

Если серьезно, то предлагаемая формула статьи второй Проекта УПК Украины явно сужена. Уголов-

¹ Ситуация доходит до абсурда. "Вісник прокуратури" получил новое название – "Прокуратура. Людина. Держава". Я заинтересовался в Интернете на сайтах зарубежных прокуратур – нигде таких новаций нет. Там, видимо, с большим уважением относятся к читателю и не видят необходимости разжевывать ему подобным образом задачи прокуратуры. У нас же зуд неискореним. То Министерство юстиции пытались переименовать в Министерство справедливости, то названия журналов меняем. Теперь что – ожидать возврата к народным судам или переименования "Вісник Верховного Суду України" в "Верховний Суд для народу", "Право України" в "Право народу України"? Может и москвичам по-братски посоветовать переименовать их журнал в "Человек, государство и право"?

ный процесс направлен не только на защиту интересов потерпевших от преступления, а и на охрану общественного порядка в целом. Это общепризнано в мировой юриспруденции. Американский профессор Джордж Флетчер подчеркнул данную грань, анализируя цели уголовного наказания: "Опасность сосредоточения внимания исключительно на правах жертвы серьезна потому, что служит удовлетворению жертвы, а наказание сокращается до понятий воздаяния и компенсации, тогда как оно в конечном счете должно иметь публичный характер и не быть вопросом только частного обвинения. Наказание налагается именем народа или государства за действия, которые несут угрозу благосостоянию всего общества"¹. Нужно только внести корректив в данное высказывание. Наказание действительно есть производное от публичной власти, но охрана общественного порядка – это прежде всего охрана права каждой личности на безопасные условия существования. Поэтому подмены личных интересов публичными, чего так боятся современные либерал-процессуалисты, здесь нет ни теоретически, ни практически.

Регламентированная законом обязанность следствия выявлять и устранять причины и условия, способствующие совершению преступления, преследует цель охраны интересов всех правопослушных граждан. Предупреждение и пресечение преступлений – обязанность оперативно-розыскных подразделений так называемых силовых ведомств,

¹ Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 123.

действующих в рамках уголовного процесса, ибо наиболее важные мероприятия осуществляются ими с санкции суда. УПК регламентирует меры охраны свидетелей и других участников процесса, которые не имеют статуса потерпевшего. Перечень допустимо продолжить.

Останется ли быстрое и полное раскрытие преступления, изобличение и осуждение виновного основополагающей целью уголовного процесса – можно только гадать. Оснований для сомнений более чем достаточно.

Состязательный уголовный процесс в Украине – уже данность. Дискуссии на эту тему можно закончить. Однако во всем мире уголовно-процессуальное законодательство совершенствуется, изменяется и дополняется с учетом стремительно меняющейся криминогенной обстановки. Свои коррективы вносит практика – в Российской Федерации за первые годы после принятия УПК в него внесено огромное количество изменений. Если принять во внимание противоречивость многих норм Проекта УПК Украины, поле для размышлений большое. Я хочу в рамках паритета цели раскрытия преступления и задачи обеспечения прав и свобод избирательно прикинуть, все ли права и свободы должны иметь равные гарантии защиты в уголовном процессе, не являются ли некоторые из них объективно мнимыми. Об этом буду говорить практически во всех главах работы, а в данной попытаюсь вначале оценить в контексте цели уголовного процесса ставшие первым закрытым семафором на пути ее достижения некоторые новации законодателя.

Перипетии начинаются со стадии возбуждения уголовного дела. В новых концепциях она деформирована до неузнаваемости. Тон задавал бывший Генеральный прокурор Украины С. Пискун. В интервью журналисту газеты, имеющей достаточно большую читательскую аудиторию, он, говоря о существующем порядке возбуждения уголовного дела, по сути, дискредитировал все досудебное следствие. "Что такое возбуждение уголовного дела сегодня? – вопрошал главный блюститель закона. – Приходит, допустим, к старшему лейтенанту Иванову его приятель, бизнесмен, и говорит: "Слушай, надо конкурентов порвать...". А Иванов ему в ответ: "Ну садись, пиши заяву...". Тот садится и пишет заявление, что ему, допустим, не нравится лицо руководителя конкурирующей фирмы. Старший лейтенант Иванов возбуждает уголовное дело. А это дает ему право провести необходимые следственные действия. Да, для обыска требуется постановление суда, но для осмотра места происшествия санкция не нужна. И для изъятия вещественных доказательств – тоже. А вещественными доказательствами можно считать и документы, и деньги, и счета. Все, фирма парализована. Понятное дело, что уголовное дело перспективы не имеет, но и фирме конец"¹. Выход один – уголовное дело может быть возбуждено только с санкции прокурора.

С. Пискун не оригинален. Такой порядок регламентирован УПК РФ, но подражать надо осмыслен-

¹ Пискун С. "Мы ждем Лазаренко и с удовольствием его примем". Интервью С. Рахманинова // Зеркало недели. – 2003. – № 6 (431). – 15 февраля. – С. 2.

но. Трезво оценивая сложившуюся там практику, нам следует не один раз подумать. У нас есть возможность использовать опыт Российской Федерации, где результаты новаций в УПК уже проявились. Хотя сейчас и стала крылатой фраза: "Учатся на своих ошибках, а на чужих делают бизнес", старый принцип учета чужих ошибок остается в силе.

Хочу сделать отступление. В последние годы, участвуя в заседаниях ученых советов по защите диссертаций, часто слышу одни и те же вопросы диссертанту: "Почему в своей работе ссылаетесь на труды российских ученых? У нас своих ученых мало? Почему не используете труды специалистов из государств дальнего зарубежья?". Как правило, такие вопросы задают одни и те же члены ученого совета, видимо, пытающиеся преодолеть сохранившийся у них "синдром старшего брата". Пару раз вступал с ними в полемику, потом понял, что это бесполезно. Предвижу подобные вопросы и по поводу своей работы, поэтому поясняю: *ссылки на российский опыт сделаны потому, что у нас его просто нет – новый УПК в России уже действует, правоохранители "шишки" набивают вполне реальные, а мы, обсуждая отечественный Проект УПК, можем толковать только о гипотетических.*

Не вижу ничего предосудительного, если активно используются наработки российских ученых. Наука не знает национальных границ. А в России ученых количественно намного больше, чем в Украине. Это естественно: сказывается разница в масштабах государств, численности населения. Столь же естественно, что уже в силу количествен-

ного превосходства российские ученые охватывают значительно больший перечень исследуемых вопросов. Не сомневаюсь, они не стремятся учить нас или кого-либо другого – у них своих проблем хватает. Делать иные предположения – заведомо ставить свою науку в унижительное положение. Напротив, толковый ученый, взяв за основу уже готовую работу, неважно – российскую или другую, идет дальше, развивает ее, *превосходит* предшественника, увеличивает престиж украинской науки. Именно на это, на выяснение вопроса: развил диссертант идеи предшественника или ограничился цитированием, следует обращать внимание, а не огульно охаивать сам факт цитирования. Я уже не говорю о другом аспекте. Если кто-то решал проблему, пытаться не замечать, замалчивать этот факт – тогда надо забыть о существовании научной этики.

А неиспользование опыта далекого зарубежья – действительно беда. Это наследие советского периода, когда лица, знающие иностранные языки, чуть ли не регистрировались наравне с владельцами оружия. Язык требует повседневного общения, применения, а условий для этого пока нет. Почти непреодолимы трудности с приобретением научной литературы – валюта не выделяется, хорошо, если повезет со спонсором. Но нельзя забывать, что и проблемы у наших и зарубежных ученых разные, не все у них полезное найдешь.

Предвижу упрек в свой адрес: почему работа написана на русском языке? Я свободно говорю и читаю на украинском языке. Но думаю и пишу (за исключением делопроизводства) – на русском. Мне

72 года. Кроме довоенного детства, вся жизнь прошла в русскоязычной среде. В Президенты баллотироваться не собираюсь. При всей актуальности проблемы, считаю, что тратить некоторое оставшееся время на совершенствование знаний украинского языка – нерационально. В моем возрасте это просто трудно. Если успею, лучше сделаю что-нибудь полезное в науке. Думаю, меня поймут и простят. Я не одинок. Врачи, оперировавшие А.Д. Кучму, многие ученые – физики, конструкторы ракет, даже историки старшего поколения – говорят и пишут на русском. Они все свое время отдают реальному делу служения отечеству. Не говорю уже о таких знаменитостях прошлого, как Г. Сковорода, Н. Гоголь, Н. Костомаров, Т. Шевченко, В. Даль, А. Потебня, В. Вернадский (кстати, называвший себя "настырным хохлаом") и многих других.

Мы уходим, нам на смену придет поколение, говорящее на украинском языке, владеющее английским лучше, чем русским. Прецеденты есть. В Финляндии, где по конституции шведский является вторым государственным языком¹, происходит естественный процесс ликвидации двуязычия. "За последние 10 лет основная газета на шведском языке Hufvudstadsbladet потеряла 20% тиража, а Шведская народная партия на минувших парламентских выборах – более четверти традиционных избирателей. Шведский язык стремительно теряет популярность: даже в национальных ресторанах финские шведы крайне редко заказывают блюда на родном языке.

¹ К сведению "антинационалистов": государственные служащие там обязаны владеть этими двумя языками.

В Финляндию активно внедряется английский: с его помощью государство общается с миром, в том числе и шведами"¹. Не надо гнать лошадей.

Вернемся к теме исследования, в частности к опыту использования процессуальных новаций УПК РФ.

Россияне своих недостатков не скрывают. "Что изменилось с принятием УПК? – спрашивает один из прокуроров, осуществляющих надзор за следствием. – Да, следственные изоляторы и изоляторы временного содержания освобождаются от перегрузки, с момента задержания подозреваемого обеспечивается реальное участие адвоката. Да, каждое возбужденное уголовное дело на контроле у прокурора, меры пресечения, связанные с ограничением свободы, санкционируются судом и т.д. Однако за чертой как официальной статистики, так и, что, на наш взгляд, еще хуже, пределами внимания многих правоприменителей остается все большее число не выявленных, не пресеченных, следовательно, никем не расследованных преступлений"².

Стоит ли на этом фоне украинская неопроцессуальная овчинка выделки? Не уподобимся ли мы пьяному фельдкуратору Отто Кацу, который, съезжая по стене, глупо улыбался и говорил Швейку: "Я у вас сейчас упаду"?

¹ Матиенко Г. Конец двуязычия // 2000: Еженедельник. – 2004. – 27 августа.

² Булатов И. Защита прав потерпевших от преступления // Законность. – 2003. – № 4. – С. 24.

Для иллюстрации приведу рекомендации российским следователям и дознавателям одной из областей при выезде в отдаленные районы.

"Дознавателям и следователям рекомендуется при поступлении сообщений о происшествиях получать максимально полную информацию о преступлении от заявителей, участковых уполномоченных, сотрудников органов местного самоуправления оперативными средствами связи – по телефону, факсу, нарочным (!) и т.п., составлять в соответствии со ст. 143 УПК РФ рапорт об обнаружении признаков преступления и при наличии оснований до выезда решать вопрос о возбуждении уголовного дела и получении согласия прокурора. Если необходимость в возбуждении дела возникает в ходе работы на месте происшествия, предложено все материалы проверки незамедлительно по факсу (а где его взять в отдаленном селе или в открытом поле? – Б.Р.) передавать в РОВД дежурному следователю (дознавателю) для возбуждения дела и получения согласия прокурора. О принятом решении сообщается следователю, находящемуся на месте происшествия, которому соответствующим руководителем или прокурором поручается принять дело к производству. Предложенный порядок возбуждения дел неоднократно использовался в наиболее крупных сельских районах области и каких-либо возражений, в том числе со стороны защиты и судей, не вызывает. Дополнительно стоит отметить, что указание проверялось в Генеральной

прокуратуре РФ и признано не противоречащим закону"¹.

Рядовые сотрудники правоохранительных органов более откровенны и констатируют: "Требование закона об обязательном получении согласия прокурора мешает немедленному закреплению следов преступления. Особенно это проявляется при работе по очевидным преступлениям. Так, возвращение с места происшествия за получением согласия нередко приводит к потере времени, утрате инициативы по сбору доказательств, отсутствию наступательности в расследовании. Сперва следователь осматривает место происшествия, опрашивает пострадавшего, очевидцев, собирает другой материал доследственной проверки с тем, чтобы представить его прокурору. Затем следователь бежит в прокуратуру за согласием. И лишь после его получения и возвращения в рабочий кабинет следователь может приступить к производству следственных действий – допросу потерпевшего, свидетелей, подозреваемого, т.е. тех действий, в результате которых получают официальные юридические аргументы-доказательства. По самым скромным подсчетам на получение согласия прокурора уходит 1,5–2 часа драгоценного времени, иногда больше (это зависит от удаленности ОВД от прокуратуры). В результате пострадавший в течение долгого времени не допрашивается, очевидцы не желают несколько часов находиться в милиции в ожидании следователя.

¹ Кукушкин П., Шихов А. Гладко только на бумаге // Законность. – 2003. – № 5. – С. 27.

Еще хуже складывается ситуация с "милицейским" задержанием лица, заподозренного в совершении преступления, обычно производимого органами охраны общественного порядка "на улице". По УПК РСФСР следователь по доставлении подозреваемого к нему немедленно возбудил бы уголовное дело и при наличии оснований и мотивов составил протокол процессуального задержания в порядке ст. 122 УПК РСФСР. В настоящее время следователь лишен возможности моментально среагировать на факты "милицейского" задержания. Он оказывается в замкнутом круге: отпустить задержанного нельзя, поскольку велика вероятность, что он скроется от следствия, а удерживать человека в милиции то время, которое следователь тратит "на беготню" за согласием к прокурору, — незаконно. Законодатель, сам того не ведая, установил порядок работы следователей, изначально предполагающий нарушение конституционных прав личности.

Особую сложность вносит необходимость согласования с прокурором постановления о возбуждении уголовного дела в работу сотрудников транспортной милиции. Непонятно, каким образом следует получать согласие прокурора следственно-оперативной группе (СОГ), осуществляющей доследственную проверку преступления, совершенного в поезде. Получается, что СОГ, севшая в поезд, не имеет возможности при явных признаках преступления приступить к производству следственных действий, поскольку отсутствует согласие прокурора на возбуждение уголовного дела. Очевидцы при движении поезда Москва-Владивосток из вагона выйдут, впро-

чем, как и сам пострадавший. В результате теряется доказательственная база – очевидцы и пострадавший разъезжаются по различным городам и странам СНГ¹.

Что тут еще скажешь? Можно только посочувствовать российским следователям, которые вместо сосредоточения внимания и сил на оперативном проведении расследования вынуждены за сотни верст заниматься бумажной волокитой. У нас не те масштабы, нет сибирских или заполярных просторов, но и своих проблем может быть предостаточно. Даже при относительно небольших расстояниях нетрудно понять состояние следователя, который за дежурные сутки возбуждает от двух до пяти уголовных дел и по каждому бегает к прокурору и обратно вместо закрепления доказательств и организации расследования. Вряд ли практически осуществим и такой предлагаемый порядок, когда прокурор или надзирающий за следствием и дознанием заместитель прокурора в заранее определенное время, например перед началом рабочего дня или в конце его, придет в помещение отдела внутренних дел или следственного отдела, отдела дознания, изучит собранные в течение последних суток материалы и решит вопрос о даче согласия на возбуждение уголовного дела. Проблема не только в том, что прокурор, особенно в районах, где нет заместителя, в будни и в праздник каждый день должен посещать милицию. Даже при положительном решении, что делать

¹ Кравчук А., Кравчук Л., Ретюнский И. Изменения в УПК внесены – проблемы остаются // Российская юстиция. – 2003. – № 12. – С. 50.

с протоколами произведенных в течение суток следственных действий, если утром следующего дня прокурор не даст согласия на возбуждение уголовного дела?

Я не говорю уже о том, что есть немало сотрудников с прямолинейной логикой, поведение которых слабо предсказуемо. Так, в РФ гражданка З. обратилась в РОВД с заявлением о привлечении к уголовной ответственности ее мужа М., страдающего алкоголизмом, который накануне набросился на нее и детей с ножом. М. был доставлен в дежурную часть РОВД. Однако возбудить дело по указанному факту органы следствия отказались, ссылаясь на то, что не успеют за три часа получить согласие прокурора на возбуждение уголовного дела. Следующей ночью М. вновь набросился на жену и детей, нанеся им ножевые ранения¹.

В Российской Федерации многие уже осознали негативные последствия процессуальной новации. "Руководители Следственного комитета при МВД России постоянно предлагают вернуться к ранее действовавшему порядку: получение согласия прокурора на возбуждение уголовного дела заменить уведомлением прокурора о принятом процессуальном решении. В апреле 2003 г. на семинаре-совещании, посвященном 40-летию создания следственных органов в системе МВД, начальник Главного управления уголовного розыска В. Гордиенко заявил, что работа по раскрытию преступлений "по

¹ См.: Булатов И. Защита прав потерпевших от преступлений // Законность. - 2003. - № 4. - С. 24.

горячим следам" просто сломана. Процедура согласования с прокурорами вопроса о возбуждении уголовного дела в 2002 году съела 4 млн. часов рабочего времени, а в 2003 обойдется в 9 млн. часов"¹. Правда, российские руководители прокуратуры, борющиеся за расширение своих прав, пытаются оппортировать эти данные, но их, как и отечественных, понять можно. Мы же не предпринимаем даже попыток сделать оценку, во что обойдется новая процедура возбуждения уголовного дела, если ее введет законодатель.

Говорят: "Если привязать медведя у взлетно-посадочной полосы, он через пять лет самостоятельно летать будет". Я три десятка лет после прокуратуры проработал заведующим отделом экономико-правовых исследований в Институте экономики промышленности НАН Украины, а после его реформирования – в Институте экономико-правовых исследований НАН Украины. Диплома экономиста у меня нет, но, не хвастаясь, с экономистами по большинству проблем могу говорить на равных, в том числе и о проблеме "цены закона". К сожалению, если о криминологической экспертизе проектов законов, хоть безуспешно, но говорят и пишут, то в вопросах их экономической оценки – полная тишина. Зато потом вопли и крики: "Реализация закона парализовала малый и средний бизнес, сделала неконкурентоспособными на миро-

¹ Бирюков Ю. Новое уголовно-процессуальное законодательство и практика прокурорского надзора // Российская юстиция. – 2003. – № 6. – С. 44.

вом рынке крупные предприятия" и т.п. Начинаем закон дополнять, изменять, порой по десять и более раз, но убытки никто не считает.

Еще хуже с проблемой экономики преступности. Преступность и меры борьбы с ней, будучи явлениями социальными, в какой-то мере политическими, вполне подвластны экономике. Я еще в советский период пытался доказать необходимость создания такого направления, как экономика правопорядка, возвращался к этой теме и в последние годы¹. Желающих заняться проблемой пока не вижу. У нас нет статистической отчетности, по которой реально было бы осуществить хоть прикидочный анализ. Нет даже методологии такого рода экономических оценок, в соответствии с которой можно было бы ставить вопрос о разработке формы и введении соответствующей отчетности. В Российской Федерации вопрос обсуждается, но, судя по имеющейся информации, речь идет о прямом ущербе и затратах на его предупреждение. Вместе с тем, проблема не так проста.

Несмотря на относительную молодость, криминология считается вполне сформировавшейся наукой. Тем не менее, основной вопрос о причинах преступности по сей день решается скорее на философском, чем на конструктивном уровне. Реально

¹ См.: Криминалистические и криминологические аспекты экономической науки // Социально-экономические проблемы научно-технического прогресса в угольной промышленности. – Ворошиловград: ВФ ИЭП АН УССР, 1971; Баляба А.В., Виленская Э.В., Дидоренко Э.А., Розовский Б.Г. Криминология: приглашение к дискуссии. – Луганск, 2000. – С. 299-305.

кое в чем разобрались с условиями, способствующими совершению конкретных видов преступлений, и пытаемся выдать их за категорию более высокого уровня – причины преступности. На деле продолжаем дискутировать даже по основополагающему понятию – что такое преступность, единства в понимании нет. Более того, вместо целенаправленного изучения объекта, затеяли спор, предметом какой науки является изучение преступности – криминологии или социологии преступности. Спор бесполезный в своей основе, ибо, учитывая количество факторов, в изучении преступности хватит места десяткам наук.

Сегодня криминология – не востребуемая наука. При тотальной коррупции и отсутствии политической воли для борьбы с ней кого интересуют предлагаемые меры локального характера? Значительная часть исследователей вынужденно переориентировалась на сферы научной абстракции. Например, модными стали расчеты уровня латентной преступности. Но когда латентная преступность, по оценке одних авторов, составляет 16 процентов, а других – на несколько порядков выше, можно смело утверждать: обоснованной методики расчетов нет. Впрочем, это и так очевидно – много ли респондентов, при любой анонимности опроса, признаются, воруют они или нет? А косвенные методы расчета изначально ущербны. Вспомним, что невидимая часть Луны оказалась совсем не такой, как ее моделировали топографы по рельефу видимой части. К тому же недаром говорят: "Если результат не зави-

сит от способа вычисления – это математика, если зависит – бухгалтерия”.

Беда в том, что, вместо разработки разных специализированных методов исследования, используют один и тот же инструментарий, весьма примитивный, а претендуют на глобальные открытия под вывеской своей науки. Результат же пока нулевой. Американцы пытались выяснить даже не причины преступности, а только факторы, обусловившие колебания ее уровня в конце прошлого столетия, но и в этом потерпели неудачу.

Казалось бы, сегодня для них нет более важной проблемы, чем изучение и устранение причин и условий, способствующих распространению терроризма. А результат? "Террористы вовсе не такие люди, какими мы их себе представляем". Таков основной посыл доклада советника правительства США по борьбе с терроризмом, профессора Пенсильванского университета Марка Сэйджмена. Доклад был обнародован в начале июля 2004 г. на конференции в Вашингтоне. Выводы Сэйджмена основаны на изучении дел 382 подозреваемых в причастности к терроризму боевиков, связанных с "Аль-Каидой", египетским "Исламским джихадом", индонезийской группировкой "Джамма Исламия" и филиппинской "Абу-Саяф".

Исследователь развеял миф о том, что большинство террористов – выходцы из бедных слоев общества, чье социальное положение и неустроенность толкают их в объятия фанатичных исламистских группировок, зомбирующих своих адептов. По данным исследования Сэйджмена, из его выборки к

низшему классу можно отнести лишь чуть более четверти террористов, большая часть которых – выходцы из Марокко. Почти пятая часть задержанных за терроризм – представители высших слоев общества, а более половины представляют средний класс. У подавляющего большинства есть семьи, дети. Религиозное образование имеют считанные единицы, большинство же – врачи, юристы, инженеры.

Любопытно, что никто из них не пришел к терроризму через движение "Талибан". Более того, согласно материалам исследования, к талибским "фанатикам с горящими глазами" у этих людей было резко отрицательное отношение. "Это современные, космополитичные, абсолютно психически здоровые люди, которые мало чем отличаются от нас с вами. Многие получили образование в Америке и Западной Европе, жили на Западе, побывали в различных странах мира, владеют несколькими языками. Их средний возраст – 25-30 лет", – так описывает Сэйджмен пойманных правосудием террористов. Почти все экстремисты пришли в террористические организации сами – это был их сознательный и добровольный выбор.

В чем же причина, по которой эти вполне уважаемые люди оказались террористами? Сэйджмен считает, что путь терроризма они избрали во многом потому, что были оторваны от своих культурных корней и так и не стали полноценными членами западного общества¹.

¹ См.: Чернов М. Фанатики с холодными глазами // Эксперт. – 2004. – № 28-29. – С. 53.

Вывод вполне "научный", идентичный результатам многих наших отечественных исследований. Только можно было его получить, не выходя из кабинета и ничего не изучая. В целом с определением причин преступности и мер ее предотвращения у современных криминологов пока, как у ОГенри, герои которого искали эликсир от хронического ревматизма:

"Когда я пил "Экстракт Финкельхема", делал припарки из "Галаадского бальзама" и применял "Поттовский болеутоляющий пульверизатор", вроде как немного полегчало. Только сдается мне, что помог главным образом конский каштан, который я таскал в левом кармане".

А экономика, если это действительно экономика, не потерпит неопределенности в исходных посылах. Бюджет государства – величина конечная. Выделяя средства на борьбу с преступностью, мы сокращаем отчисления на образование, медицину, культуру, организацию рабочих мест. Значительная же часть преступников – это люди с ущербной культурой, недополучившие образование, в силу хлипкого здоровья имеющие трудности с трудоустройством. Замкнутый круг. И как ни странно, затраты, скажем, на содержание заключенных меньше, чем на полную программу качественного образования, здравоохранения и т.д. для всех и каждого. Нужен экономический оптимум. Юристу-криминологу рассчитать его "не по зубам", даже при использовании методик, имеющих за рубежом. А социальный заказ научным экономическим подразделениям отсутствует.

Реформирование уголовного процесса у нас также осуществляется без какого-либо экономического обоснования. Пока его промежуточные итоги выявили лишь такой показатель, как перегрузка судей (для следователей – ситуация обыденная), необходимость увеличения штатов. Но это – видимая сегодня часть проблемы. И прикидку затрат мы делаем в сегодняшних, а то и во вчерашних величинах. А если учесть, что ориентация на Запад влечет приход не только идей, но, со временем, и существующих там финансовых затрат на правосудие, то есть над чем призадуматься: "По подсчетам, час судебного процесса в первой инстанции в США стоит около 300 дол. Наиболее известные адвокаты в США берут до 500 и более долларов за час консультаций... В Великобритании час работы адвоката в разных конторах (адвокатских фирмах) стоит 30-60 ф. ст., учитывается время поездок и ожидания – около 20 ф. ст. за час, телефонные звонки (около 3 ф. ст. каждый)"¹. (Посмотрим, как у нас будет реализовано при таких расценках, например, право адвоката присутствовать при каждом чихе обвиняемого и подозреваемого на досудебном следствии. Если, конечно, либеральный уголовный процесс не станет достоянием только элиты).

Подсчитаем потом и потери от реализации предложения С. Пискуна из-за удлинения сроков расследования преступлений, не раскрытых "по горячим следам". Обычно в таких случаях говорят о дополнительных расходах, связанных с увеличением сроков

¹ Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. – М., 1997. – С. 297-298.

расследования и содержания обвиняемых под стражей, что само по себе не так уж мало, однако далеко не все.

Примерно в середине XX века руководитель одной японской компании составлял смету предстоящих расходов на маркетинг, концепцию которого сыны Ямато только что позаимствовали у страны-победителя (США). Включив в эту смету известные из учебника по маркетингу элементы (реклама в прессе, на телевидении и радио, PR, разработка новой упаковки и т.д.), он подсчитал расходы, подвел черту. А потом вдруг вспомнил, что не учел еще денежные средства, требующиеся на раздачу бесплатных образцов товара, на организацию городского праздника, на котором люди будут пробовать производимую его компанией продукцию, – о них учебник умалчивал. Подсчитав все эти дополнительные расходы, он составил окончательную смету. Так возник термин BTL (below the line) – "то, что под чертой".

Соответственно, то, что над чертой, стали именовать ATL (above the line).

Так вот, расходы на содержание обвиняемых под стражей и затраты на расследование – это ATL, то, что есть в учебниках. А к BTL следует отнести пока практически не учитываемые последствия неразоблачения преступника. В отличие от приведенного японского примера эти расходы на порядки превышают рассчитанные по учебнику.

Создавая искусственно препятствия своевременному раскрытию преступления и изобличению преступника, мы тем самым не пресекаем рост преступности, ибо по статистике и достоверной опера-

тивной информации значительная часть лиц, ставших на преступный путь, до разоблачения совершает 3-5 и более преступлений, вовлекает в число сообщников еще несколько человек. Получаем своего рода "снежный ком".

Здесь экономические расчеты не так просты. Не говорю о том, что государство по действующему Гражданскому кодексу Украины обязано полностью возместить ущерб потерпевшему, если преступник не установлен и не осужден. Возьмем, к примеру, социально-экономические последствия только преступлений против жизни и здоровья. Они не ограничиваются компенсацией прямого ущерба (доплаты за инвалидность, выплаты за потерю кормильца и т.п.). Помимо прямых затрат на медицинское обслуживание потерпевшего, в расчете учитывается финансирование вузов и училищ, где готовят кадры врачей и другого медперсонала, научно-исследовательских институтов, содержание больниц, закупка оборудования. Если потерпевший застрахован, уменьшаются прибыль страховой компании и, соответственно, налоги в казну. Государство пока еще несет значительные затраты на подготовку кадров трудящихся, которые не окупаются в случае смерти работника или потери им трудоспособности. Возникают дополнительные затраты на компенсацию данных потерь. В масштабе страны за большой период все это ощутимо: дисбаланс пенсионного фонда, снижение показателя производительности труда, далее – цепочка макроэкономических последствий¹.

¹ Более подробно о результатах либерализации процессуального законодательства речь пойдет в одной из следующих глав.

Свое предложение С. Пискун обосновывал необходимостью укрепления законности, пресечения злоупотреблений, которые допускают лейтенанты Ивановы. Наверняка, такие факты имеют место. Но где гарантия, что от злоупотреблений застрахованы государственные советники юстиции Петровы и Сидоровы и другие, рангом ниже? Не могут быть в государстве, пораженном коррупцией, представители одной системы падшими, а другой – святыми. Признавал это и С. Пискун: "...я нисколько не идеализирую прокуратуру и прокуроров. Да, бывают разные прокуроры. Да, кто-то ошибется, кто-то, не глядя, подпишет, кто-то за бутылку решит, кто-то, может быть, даже взяткой не побрезгует..."¹.

Не зря сомневался в добропорядочности некоторых своих подчиненных С. Пискун. После освобождения его от должности за ним последовало немало высокопоставленных прокуроров, в том числе и за необоснованный отказ в возбуждении уголовных дел, и за неосновательное их прекращение.

Небезынтересна практика российских правоохранительных органов, где, как указывалось, санкционирование возбуждения уголовного дела прокурором регламентировано новым УПК. Я не уверен, что заместитель начальника Следственного комитета при МВД России Б. Гаврилов знаком с цитированным выше интервью С. Пискуна, но совпадение в доводах поразительно, только с точностью до на-

¹ Пискун С. "Мы ждем Лазаренко и с удовольствием его примем". Интервью С. Рахманинова // Зеркало недели. – 2003. – № 6 (431). – 15 февраля. – С. 2.

оборот: "Говорить о том, что с введением института получения согласия прокурора сократилось количество возбужденных "заказных" уголовных дел, с уверенностью нельзя. Более того, возбуждение "заказных" дел осуществляется нередко руками лейтенантов юстиции (милиции) (курсив мой. – Б.Р.). Например, в целях установления места нахождения и последующего изъятия реестра акционеров Антоновского рудоуправления (Кемеровская область) с согласия исполняющего обязанности прокурора Центрального района г. Кемерово были незаконно возбуждены два уголовных дела: одно – следователем, а другое – дознавателем. Последним – в отношении депутата, обладавшего информацией о месте нахождения реестра. Более того, этот депутат дознавателем был задержан в качестве подозреваемого в порядке ст. 91 УПК. В последующем уголовные дела прекращены за отсутствием состава преступления"¹.

Однако проблема не ограничивается необоснованным возбуждением уголовного дела. Не меньшую, а по моей оценке – значительно большую, опасность таит предоставление права санкционированного возбуждения уголовного дела прокурором в плане укрывательства преступников от справедливого возмездия. Тот же автор приводит пример, когда согласие прокурора на возбуждение уголовного дела по фактам хищения запасных частей к самолетам на Рыбинском авиационном заводе по ч. 2

¹ Гаврилов Б. Новеллы уголовного процесса на фоне криминальной статистики // Российская юстиция. – 2003. – № 10. – С. 7.

ст. 158 УК РФ было получено только через 3,5 месяца после третьего обращения в органы прокуратуры. К этому времени основные фигуранты по делу от следствия скрылись¹.

Чтобы спрогнозировать такие результаты, не нужно быть провидцем или Генеральным прокурором. Тем не менее предложение С. Пискуна реализовано в Проекте Уголовно-процессуального кодекса Украины, принятого во втором чтении Верховной Радой.

Лично я отношусь к этому крайне отрицательно. За противостоянием Генерального прокурора и старшего лейтенанта милиции скрылся вполне очевидный факт дискриминации процессуального статуса следователя как такового, будь то прокуратуры, МВД или других ведомств. Пусть меня простят за пристрастность, но в моем понимании следователь – это центральная фигура в отправлении правосудия. Не будь следователя (а за его спиной зачастую стоит оперативный сотрудник, что тоже следует помнить), в уголовном процессе нечего делать ни прокурору, ни защитнику, ни судье. Следователю вручают судьбу человека: он самостоятельно собирает львиную долю доказательств, самостоятельно их оценивает, самостоятельно решает вопрос о признании лица обвиняемым, а вот при решении вопроса о возбуждении уголовного дела на него надевают прокурорские помочи. Не поймешь вообще, кто же фактически возбуждает уголовное дело –

¹ Гаврилов Б. Новеллы уголовного процесса на фоне криминальной статистики // Российская юстиция. – 2003. – № 10. – С. 7.

следователь или прокурор? Воистину, нужно обладать сверхсильным чувством юмора, чтобы спокойно взирать на такую комедию.

Впрочем, сетования по поводу ограничения в праве возбуждать уголовное дело, наверное, не столь принципиальны, ибо данное ограничение лишь очередной этап в реализации политики полной ликвидации самостоятельности следователя. По УПК следователь при производстве досудебного следствия все решения о направлении следствия и производстве следственных действий принимает самостоятельно и несет полную ответственность за их законное и своевременное проведение. Формула всеобъемлющая, лучше не придумаешь. Однако тут же оговариваются, что следователь принимает решения самостоятельно, "за исключением...". А эти исключения – стержневые, именно они определяют то самое направление следствия, которое в соответствии с ч. 1 ст. 114 УПК должен якобы избирать сам следователь.

Есть такая шуточная фраза: "Уволен по собственному желанию ... непосредственного начальника". Применительно к теме можно сказать: следователь при производстве досудебного следствия руководствуется собственным убеждением ... прокурора, судьи, а зачастую еще одного "аппендикса" – начальника следственного отдела. Обмен мнениями происходит по известной формуле: пришел со своим мнением, ушел с мнением начальника.

Мы сегодня стоим на перепутье: стремимся к судебному надзору за следствием и одновременно не хотим расстаться с надзором прокурорским. Необ-

ходимая штатная численность осталась в прокуратуре, но окончательное решение вопроса – за судом, а там не хватает штатов, да и соответствующего опыта. В итоге имеем ничем не оправданную глубоко эшелонированную, но не эффективную оборону против потенциальных нарушений прав и свобод. Вначале на получение разрешения на обыск, проведение оперативно-розыскных действий, избрание мерой пресечения содержание под стражей и др. надо получить согласие прокурора, а затем – судьи. Какой-то колхоз или современный роддом, где при родах присутствуют муж, родители и другие желающие. Возможно, это продолжение нашей исконно славянской традиции: "С незапамятных времен рядом с управленцами находились контролировавшие их работу представители параллельных властных органов. Рядом с думными дьяками – думские бояре, рядом с воеводами – фискалы, рядом с командирами – комиссары, рядом с директорами – секретари парткомов и так далее"¹.

Причем прокуроры, которые более не отвечают за обоснованность избрания мерой пресечения содержание под стражей, легче, чем раньше, относятся к даче согласия следователю на ходатайство об аресте, адресованное суду. А судьи, имея визу прокурора, не столь внимательно относятся к принятию решения.

Фактов отказа в аресте лиц, совершивших особо тяжкие преступления, практически нет. Вместе с

¹ Прохоров А.П. Русская модель управления – М.: Эксперт, 2003. – С. 149.

тем, усложнение процедуры ареста, сокращенные сроки задержания, сложность обращения к судье, особенно в выходные дни, нередко являются причиной отказа работников милиции от применения этих мер. Теряется время, столь дорогостоящее во многих случаях для решения оперативных задач, создается благодатное поле для коррупции. Следователь же – это сауга двух господ со всеми вытекающими последствиями.

Я не сторонник слепого преклонения перед требованиями Европейского Союза, куда нас, кстати, не спешат принимать. Полагаю, что бывшая система санкционирования прокурором содержания под стражей или обыска ничем не хуже сегодняшней, когда эти функции выполняет судья. К тому же она не столь противоречит западным концепциям, на которые мы безоглядно молимся. По УПК ФРГ, например, следственные действия, ограничивающие конституционные права личности (обыски, контроль телефонных и иных переговоров, арест и осмотр корреспонденции и др.), проводятся работниками криминальной полиции (Hilfbeamte) не по судебному решению, а с санкции прокурора с последующим уведомлением судьи (кроме арестов, помещения обвиняемого в психиатрические учреждения и задержания тиража СМИ, непосредственно санкционируемых судьей). У отечественного прокурора был и есть штат помощников, справится ли с нагрузкой один судья – вопрос. Пока у государства нет денег на выделение штата следственных судей, но если санкцию дает председатель суда, а дело затем рассматривает член этого же суда, то видимость фор-

мы, может быть, и соблюдена, но гарантии объективности..?¹

Понимаю, меня могут обвинить в непоследовательности: пишешь, что для поиска золотой середины надо исследовать крайности, а сам обрушился на надзор прокурора за возбуждением уголовных дел и не пытаешься выяснить, есть ли положительный эффект при реализации этой меры. Виноват, исправляюсь. Конечно, в замысле рациональное зерно было. Уже то, что кто-то непредвзятым взглядом посмотрит на имеющуюся у следователя информацию – явный плюс. Ум хорошо, а два – лучше, особенно, если второй – более опытный и у него есть время и желание разобраться в проблемах первого. Может, в перспективе все утрясется и появится ожидаемый эффект. В конце концов, мы можем признать, что права и свободы человека – это бесценные ценности, то есть их экономическая оценка близка к бесконечности, и потому двойные затраты на содержание штата прокуроров – мизер в сравнении с эффектом социальным. (Правда, от реальных экономических возможностей державы никуда не денешься).

Понимаю также: ныне быть пессимистом – почти неприлично. Поэтому стараюсь избегать обсуждения того факта, что правосудие, осторожно говоря, в какой-то части превратилось в один из видов коммерческой деятельности, и иерархичность контроля приводит к увеличению "цены" на достижение

¹ Посмотрим, какие взаимоотношения сложатся между председателем суда и следственным судьей, когда эта должность после принятия УПК будет введена.

неправосудного приговора или постановления. Хочется верить в быстрое прохождение исторически неизбежного этапа "дикого капитализма", когда все станет на свои места. Со всем можно согласиться, тем более, если учесть, что законы пишутся на перспективу. (Знать бы только этот временной лаг). Но как быть с повседневностью?

Сегодня реально прокурорский надзор за следствием – это отнюдь не надзор прокурора. Прокурор один физически не в состоянии даже бегло просмотреть всю лавину поступающих к нему уголовных дел и материалов. Помимо следствия, у него есть поддержание обвинения в суде, надзор за ОРД, прием граждан, представительство в президиумах разных собраний и прочая, и прочая.

Вся нагрузка по изучению материалов, поступающих для решения вопроса о возбуждении дела, так же как и самих уголовных дел, ложится на помощников прокурора. Не буду вторгаться в дебри их процессуального статуса, вспоминать дела, возвращенные судами на доследование только потому, что следствие провел помощник прокурора, диспуты о его праве поддерживать обвинение в суде. В моем понимании это псевдонаучная казуистика. Речь о другом. Уже не первый год выпускники Луганской академии внутренних дел зачисляются на должность помощников прокурора. Здесь это исключение, но в гражданских вузах – правило. Я не хочу говорить о качестве надзора таких "прокуроров". Попробуйте лучше понять психологическое состояние следователя, идущего за решением вопроса о санкционировании возбуждения уголовного де-

ла или иного процессуального акта к помощнику прокурора, с которым полгода тому назад сидел на одной студенческой скамье. Давайте сосредоточим усилия на качестве следствия, сократим перечень действий, санкционируемых прокурором, и появится возможность реального санкционирования их именно прокурором.

А чтобы покончить с двоевластием, разделяю позицию экспертов Совета Европы, которые отмечают, что ссылки на историю, традиции и даже на Конституцию Украины неприемлемы, когда речь идет о создании эффективной системы охраны правопорядка¹. Пора приплыть к какому-то берегу, хорошо взвесив, какая система не по идее, а на деле действительно эффективна. Жаль только, что члены рабочей группы, акцентировав внимание на суде и прокуратуре, упустили вопросы регламентации роли следователя.

Мне кажется, что в разработке рассматриваемого Верховной Радой Украины Проекта УПК не принимали участия специалисты, побывавшие достаточно долго в шкуре следователя. Иначе не понять, почему так легко, на основе одних только теоретических выкладок, решается, по сути, судьба возможности государства противостоять преступности. Можно подумать, что в каждом материале, представляемом для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, все ясно и понятно, и остановка только за подписью прокурора. Пусть меня простят

¹ См.: Тимчасовий звіт робочої групи від 7 травня 1998 р. Документ s:/iv/themis 2/ukraine. 98/experts.tx 2.

за то, что я буду приводить примеры из собственной следственной практики 50-60-х годов прошлого века. На удивление, они не устарели. Это не просто примеры, а страницы прожитой жизни.

В прокуратуре г. Красный Луч Луганской области происходила ротация прокуроров. Меня откомандировали туда в качестве представителя облпрокуратуры. Оба прокурора – опытные работники, с большим стажем, поэтому мое присутствие – формальность. По долгу службы проверил дела, находящиеся в производстве следователей, и обосновался в кабинете заместителя прокурора, моего сокурсника. Сидим, вспоминаем былые дни. Помощник прокурора заносит на утверждение отказной материал о недостатке на молокозаводе около 300 молочных фляг (алюминиевых бидонов емкостью 35 л). Лом цветных металлов тогда источником наживы еще не был. Ущерб материально ответственным лицом – старшим мастером молокозавода – частично возмещен. От скуки листаю акт инвентаризации, объяснения причастных. Халатность. Все правильно.

Но где-то в подсознании возникает вопрос. Молокозавод небольшой. Молоко в бутылки не разливается, фляги залоговые, то есть на время реализации молока остаются в магазине. Как же управлялись с развозкой молока по торговым точкам при нехватке тары на 10 тонн? За неимением другого, приглашаю ревизора из угольного треста и прошу сделать выборку движения тары и продукции за месяц. Работа не сложная, есть готовый отчет. Выясняется, что в отдельные дни молоко возится в полупустых флягах. Более того, фляги используются в качестве тары для

перевозки фасованного в пачки творога. Примерно одна треть фасованного творога затарена в ящики, а остальной – во фляги. Старший мастер дает вроде бы разумное объяснение: фляги со склада выписываются заранее, а молока для их загрузки иногда нет. Но зачем мартышкин труд с укладыванием пачек творога во фляги, когда есть достаточное количество ящиков? На заводе еще можно поручить это рабочим, им зарплата идет, но каким потоком ненормативной лексики должны сопровождать извлечение пачек через узкую горловину фляги продавцы, когда в магазине очередь? Тем не менее и рабочие, и продавцы подтверждают – все так и происходило. Кладовщик иногда отсутствовал, ящиков не было, молочные изделия – скоропортящийся продукт, и потому творог затаривали во фляги.

Есть еще два нюанса. В столь необычной таре творог возился только в десяток магазинов. По действующему положению в первую очередь творог должен поставляться в больницы и детские учреждения, а были случаи, когда он туда не поставлялся, но в эти магазины поступал.

Привлекая еще двух ревизоров, делают сверку по документам за шесть месяцев – картина не меняется. По данным торговой инспекции, отклонений в качестве молока ни разу зафиксировано не было, жалоб покупателей на недолив или обсчет – тоже. На молокозаводе недостачи сырья и продукции нет и не было. Претензий колхозов и совхозов, поставлявших молоко, нет. Какие-либо злоупотребления, недостачи у них не выявлялись. Вот и вся информация, собранная за один рабочий день. Забегая

вперед, могу сообщить: производилась бы ревизия по имеющимся на молокозаводе и магазинах документам в порядке доследственной проверки – результат был бы нулевой.

Если среди читателей есть прокуроры и судьи, хочу у них спросить: вы бы сегодня санкционировали при таких исходных данных возбуждение уголовного дела и производство обысков? Не сомневаюсь в отрицательном ответе.

Не хочу, чтобы меня обвинили в приверженности старой поговорке, что раньше и солнце светило ярче, и глина была жирнее. В шестидесятые годы в прокуратуре старались придерживаться законности. Однако возбуждение уголовного дела не рассматривалось как нечто чрезвычайное. Я дал указание возбудить уголовное дело и произвести обыски во всех магазинах, куда поставлялся фасованный творог во флягах. В некоторых из них обнаружили рабочие тетради, ставшие ключом к раскрытию хищения на сумму более миллиона рублей.

Признаюсь, даже установив, что значительные суммы денег за полученное с завода молоко в магазинах не приходовались, я, приняв дело к производству (руководство решило: заварил кашу – сам и расклебывай), не сразу смог понять, каково происхождение излишков продукции. Хищение в особо крупном размере есть, а недостачи нет. Некоторые из арестованных завмагов с трудом, но признали, что получали иногда с завода неучтенную продукцию и деньги передавали старшему мастеру – это зафиксировано в их рабочих тетрадях. Но дальше ни звука. Потом, видя, что следствие в тупике, начали менять показания. Старший мастер все отри-

цает. Ревизор тоже теряется в догадках. От работников ОБХСС помощи никакой.

Засел за изучение технологии. Выясняю, что творог в тех количествах, в которых он значился по отчету, производить физически было невозможно – не хватает емкостей. Для чего липа? Объясняют: дали завышенный план, надо было отчитываться, делали приписки по документам. Почему перевыполнили план по производству творога и недовыполнили по молоку? Так получилось.

Без особой надежды стал смотреть финансовый отчет завода, и там, наконец, разгадка: в советское время творог был плано-убыточной продукцией. На изготовление одного килограмма творога расходовалось без малого шесть литров молока, а по цене он был равен стоимости трех литров. Накладная выписывалась на якобы произведенные сто тридцать килограммов творога, в магазин фактически отгружали тридцать килограммов творога и шестьсот литров молока, разница в стоимости трехсот литров изымалась и присваивалась¹. Потому-то "творог" якобы и отгружался во флягах. Все виновные, а их было, если не ошибаюсь, около двадцати, осуждены².

¹ Как потом выяснилось, плано-убыточными были и отдельные сорта колбасы. Видимо, по той же причине они всегда в торговле являлись дефицитом.

² Любопытна история происхождения материала о недостатке фляг. Старший мастер – организатор хищения – начал непочтительно относиться к директору завода, с которым делил прибыль. Тот решил показать, кто из них главный, составил акт о недостатке тары (ее, кстати, потом нашли в магазинах и на заводе) и направил в прокуратуру. На скамье подсудимых они сидели рядом...

Я изложил фабулу дела сжато. Но сегодня, при той информации, которая у меня тогда была на первом этапе, и нынешних требованиях к порядку ее проверки, преступники продолжали бы воровать миллионами долгие годы, а постановление о возбуждении уголовного дела отменили на второй день.

Порукой тому "Решение Конституционного Суда Украины по делу о конституционном представлении Верховного Суда Украины по поводу соответствия Конституции Украины (конституционности) положений части третьей статьи 120, части шестой статьи 234, части третьей статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Украины (дело о рассмотрении судом отдельных постановлений следователя и прокурора)" № 3-рп/2003 от 30 января 2003 года. Данным Решением заинтересованным лицам предоставлено право обжаловать в суд постановления следователя и прокурора о возбуждении уголовного дела.

В Решении указано: "Жалобы в суд на постановления следователя и прокурора о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица должны рассматриваться судом в соответствии с действующим законодательством в порядке уголовного судопроизводства. При этом суд, рассматривая такие жалобы на стадии досудебного следствия, проверяет наличие поводов и оснований для вынесения указанных постановлений и не должен рассматривать и решать заранее те вопросы, которые должен решать суд при рассмотрении уголовного дела по существу, так как это будет нарушением конституционных основ правосудия". Головоломку оставим

без комментариев, ибо, не оценивая доказательства, можно, закрыв глаза, не признать поводом и основанием для возбуждения дела только заявления заведомых склочников и сумасшедших. Данные, указывающие на наличие признаков преступления, о которых говорится в ст. 94 УПК Украины, – это та фактическая информация, которая подлежит оценке только по правилам исследования доказательств.

Попытаемся проследить логику самого Решения. Конституционный Суд обосновал его ссылкой на ст.ст. 3, 8, 21, 22, 55 и 64 Конституции Украины и международные акты. Перечисленными в нем нормами Конституции гражданам гарантируется, в числе других, равное право на жизнь, здоровье, достоинство, неприкосновенность личности. Эти права могут быть ограничены в случаях, предусмотренных Конституцией Украины, и защищаются судом.

Покушается ли следователь или прокурор, вынося постановление о возбуждении уголовного дела, на какие-либо права и свободы граждан? Не вижу даже намека на такие действия. Статья четвертая действующего УПК Украины обязывает следователя, прокурора, а также орган дознания, о котором в решении Конституционного Суда Украины почему-то забыли, возбудить уголовное дело в каждом случае обнаружения признаков преступления, то есть *получения информации*, содержащей такие признаки. Не требуется особых способностей, чтобы понять: посягательством на честь, достоинство и другие права гражданина должно рассматриваться распространение именно такой информации. Но ни

следователь, ни прокурор ее не распространяют. Источник информации находится вне органа следствия. Возбуждая уголовное дело, органы досудебного расследования и прокурор принимают предоставленные им законом меры по проверке объективности поступившей информации и тем самым защищают честь, достоинство, прочие права гражданина, если они кем-то нарушены. Напротив, создавая искусственные препятствия для возбуждения уголовного дела, мы лишаем гражданина защиты его прав.

Хочу спросить: где я нарушил логику? И где логика в Решении Конституционного Суда? Как научить этой логике обычного потерпевшего, который обратился к прокурору или следователю с заявлением о совершенном преступлении, а ему дают понять, что вопрос о возбуждении дела, дабы не было жалоб, лучше всего предварительно согласовать с преступником? Может, вообще не стоит пытаться понять с точки зрения нормальной логики то, что поддается исключительно метафизическому толкованию?

Если исходить из посылки, что в процессе досудебного следствия могут допускаться злоупотребления, то по логике следует запретить возбуждение уголовных дел по всем без исключения поводам и основаниям. Предложение такого рода уже поступают. Так, И. Петрухин полагает: "Постановление о возбуждении уголовного дела требует немедленного судебного контроля с тем, чтобы не допускать необоснованного выдвигания обвинения (подозрения) против лиц, вина которых еще не установлена, "ко-

гда существуют лишь" признаки преступления"¹. Хотелось бы понять, что должны делать правоохранительные органы, когда установлены только признаки преступления, – ждать, пока преступники, убедившись в безнаказанности, будут совершать преступления открыто, преподнося на блюдечке с голубой каемочкой полную информацию обо всех элементах состава преступления? Почему тогда сразу не внести изменения в норму УПК, регламентирующую поводы и основания для возбуждения уголовного дела?

Небесспорна, но интересна аналогия, которую приводит один из российских исследователей. "Обжалование решений о возбуждении уголовного дела уместно сравнить с производством уголовных дел в отношении отдельных категорий лиц – судей, депутатов, прокуроров и т.п., где в обязательном порядке требуется согласие суда (ст. 448 УПК РФ). Если мы примем за правило обжаловать в суд любой случай возбуждения уголовного дела в отношении конкретных лиц, то получится, что все лица приобретут статус специальных субъектов – по аналогии со ст.ст. 447 и 448 УПК РФ потребуются фактическое согласие суда на возбуждение уголовного дела в отношении любого лица. Упраздненное было право суда возбуждать уголовные дела вдруг оказывается вновь реанимированным"².

¹ Петрухин И. Можно ли обжаловать в суд постановление о возбуждении уголовного дела? // Российская юстиция. – 2002. – № 4. – С. 50.

² Халиков А. Особенности института судебного обжалования в досудебном производстве // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 54.

Пойдем дальше. Возбуждение уголовного дела чревато осложнениями. Осуществлять же доследственную проверку никто не запретил. Напротив, Проект УПК Украины допускает космические ее сроки. Станем на позицию гражданина, чьи права попораны возбуждением уголовного дела. Если были опасения, что при допросах свидетелей происходит утечка информации о ведении следствия в отношении подозреваемого, то где гарантия в нераспространении такой информации лицами, от которых отобрали объяснение? От свидетеля по возбужденному делу можно хоть отобрать подписку о неразглашении данных следствия, а при отобрании объяснения это исключается. При доследственной проверке истребуются документы или их копии, назначаются ревизии, аудит и т.д. Для обывателя же такие тонкости, как разница между следствием и доследственной проверкой, когда "людей таскают в милицию", не столь существенны.

Да, необоснованное возбуждение уголовного дела может иметь тяжкие последствия для определенной категории субъектов. Изъятие документов, наложение ареста на банковские счета действительно парализуют хозяйственную деятельность. Однако почему проблема убытков связывается только с неосновательным возбуждением уголовного дела? Почему при наличии реальной вины, скажем, председателя акционерного общества и обоснованном возбуждении против него уголовного дела из-за непомерного усердия следствия обязано нести убытки все акционерное общество? Почему не должны получить дивиденды рядовые акционеры? Почему,

наконец, по вине следователя должно нести потери государство в виде недополученной суммы налога на прибыль этого акционерного общества?

А разве меньше претензий к доследственным проверкам? И если начинать с истоков, почему не учитывать процедуры и последствия первичных проверок, проводимых сонмом существующих в Украине контролирующих органов? Наиболее показательна в этом плане практика работы структур Государственной налоговой администрации Украины. Трудно найти предпринимателя, у которого не было бы к ним обоснованных претензий. Воспользуюсь информацией постоянного оппонента ГНАУ – председателя Бюджетного комитета Верховной Рады Украины П. Порошенко. Если по закону проверки соблюдения налогового законодательства должны быть закончены в течение месяца, то на практике они шли по 5-10-14 месяцев. При ревизиях осуществлялось до 1000 встречных проверок. Акты ревизии обжалуются в суде, почти до 50 процентов претензий признаются необоснованными. Имели место случаи, когда суд (!) по не возбужденному уголовному делу назначал бухгалтерскую экспертизу¹.

Надо сделать поправку на возможную zaangażованность П. Порошенко как представителя оппозиционной партии, но нельзя не признать: усилиями тех, кто создал труднопреодолимые преграды для своевременного возбуждения уголовного дела, у нас возникла обширная система внепроцессуально-

¹ См.: Денисенко А. Порошенко знает, где зарыли три миллиарда // 2000: Еженедельник. – 2004. – № 11 (212). – 12 марта.

го расследования, не обеспечивающая гарантий соблюдения прав и свобод граждан, в том числе на осуществление нормальной хозяйственной и предпринимательской деятельности, при которой безнаказанное причинение экономических потерь физическим и юридическим лицам, обществу в целом отнюдь не меньше, чем при расследовании возбужденных уголовных дел.

При рассмотрении поставленных вопросов полезно учесть судебную практику по делам об обеспечении иска. Так, в решении Судебной палаты по гражданским делам Верховного Суда Украины от 10 сентября 2003 г. прямо указано: "...обеспечение иска возможно лишь при достаточно обоснованном предположении о том, что неприменение мер обеспечения может в будущем затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. *Но в любом случае обеспечение иска в отношении юридического лица недопустимо, если оно прекращает его хозяйственную деятельность*"¹ (курсив мой. – Б.Р.).

Проблема, как видим, значительно шире неосновательного возбуждения уголовного дела. В этом, по сути, частном случае в общей системе мер по выявлению правонарушений и преступлений вопрос упирается в несовершенство методов расследования хозяйственных преступлений, в слабые знания следователями и некоторыми теоретиками-криминалистами, разрабатывающими методики расследования, не только деталей, но, порой, и основ хозяйст-

¹ См.: Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 1 (41). – С. 5.

венной деятельности, форм экономического анализа, бухгалтерского учета, компьютерных технологий.

Вспомним трансляции российского телевидения, как следователи Генеральной прокуратуры РФ изымали серверы с компьютерной информацией из разных отделений компании ЮКОС. А зачем? Любой грамотный специалист в сфере компьютерных технологий способен по поручению следователя в присутствии работников ЮКОСа полностью скопировать всю хранящуюся в сервере информацию. Она может быть в дальнейшем всесторонне проанализирована ревизорами и экспертами без нарушения нормальной работы подсудимых¹.

Не является исключением случай с изъятием сервера группы "Менатеп" в ходе обыска в лице "Кораллово". Списанный компьютер не применялся по прямому назначению с 1993 года, информация об операциях "Менатеп" в нем была стерта. Однако современные технологии с использованием особо чувствительной техники позволяют восстановить данные даже с многократно форматированных и переписанных дисков. В этом и состояла цель обыска. Но опять-таки незачем изымать весь сервер. Достаточно заменить, подчеркиваю, именно заменить, а не просто изъять, в сервере жесткие диски и в лабораторных условиях их исследовать. Резервы для такой замены должны быть в соответствующих спецслужбах, и тогда подшефные детские дома не будут лишаться по воле безответственных следова-

¹ Снятие такой информации с соответствующего разрешения возможно в оперативных целях и без ведома ее владельца.

телей компьютерных классов, а предприниматели – возможности нормально работать с бухгалтерскими и другими документами.

Аналогична ситуация с процедурой контроля за движением финансовых ресурсов. Какова задача следователя – не упустить, заморозить суммы, которые есть на счете фирмы в банке, но потом израсходовать их на погашение возникших из-за упущения следствия убытков или обеспечить нормальный процесс приращения средств? В Украине, как и во всем мире, существуют процедуры санации несостоятельных субъектов хозяйствования. Их финансовыми ресурсами в установленном законом порядке распоряжаются так называемые арбитражные управляющие. Что мешает по их подобию создать институт следственных или судебных управляющих, на которых возложить на время расследования контроль за поступлением и расходованием средств на банковских счетах, движением товаро-материальных ценностей и др.? Задача обеспечения гражданского иска или возможной конфискации не должна реализовываться путем паралича хозяйственной деятельности субъекта, в отношении которого возбуждено уголовное дело как необоснованно, так и обоснованно. Есть проблема – ее надо решать, а не делать из нее страшилку. Не хватает в УПК для этого средств – давайте думать над созданием новых механизмов.

И, наконец, почему сложилось столь прочное убеждение, что следователь и прокурор во всех случаях могут безнаказанно производить любые следственные действия, даже если они причиняют

ущерб потерпевшему или государству? Действующий закон регламентирует понятие оправданного риска. Подчеркнем, речь идет о ситуациях, когда существует реальный риск утраты доказательств, а не об обычных типовых схемах ревизии или выборочной проверки документации предприятия. Но и в данном случае предполагается не всякий риск, а только оправданный. И даже оправданный риск, освобождая конкретное лицо от уголовной ответственности, не освобождает государство от имущественной ответственности за ущерб, причиненный физическим и юридическим лицам правоохранительными органами.

В настоящее время возмещение ущерба, причиненного незаконными решениями, действиями и бездейтельностью органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры или суда, должно осуществляться в соответствии со ст. 1176 Гражданского кодекса Украины. Как уже стало традицией для наших законодателей, остался открытым вопрос о судьбе Закона Украины "О порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда" от 1 декабря 1994 года с изменениями и дополнениями в 2000, 2001 и 2003 гг. Их сравнение показывает, что ГК значительно сузил круг незаконных действий правоохранительных и судебных органов. Если Закон предусматривает повышенную ответственность практически за все действия, не отвечающие его требованиям, путем формулирования открытого их

перечня, то ГК ограничивается указанием основных. При этом Кодекс не упоминает таких существенных нарушений прав граждан, как незаконное проведение оперативно-розыскных мероприятий, незаконное отстранение обвиняемого от должности, незаконный обыск и др. Беда застарелая: Кодекс обсуждали цивилисты, центр дискуссии – легитимность хозяйственного права, а специалисты в области уголовного процесса остались в стороне.

В то же время вряд ли оправдано чрезмерное расширение оснований для возмещения ущерба. Показательна в этом плане практика, существующая в Республике Казахстан. В постановлении "О практике применения законодательства о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс" от 9 июля 1999 г. Пленум Верховного Суда Республики Казахстан разъясняет, что "незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс, следует признать: возбуждение уголовного дела и осуществление уголовного преследования при отсутствии жалобы частного обвинения по делам о преступлениях, перечисленных в ч. 1 ст. 33 и ч. 1 ст. 34 УПК, кроме случаев, указанных в ч. 2 этих статей: возбуждение уголовного дела при наличии неотмененного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела по тому же обвинению в отношении того же лица; осуществление уголовного преследования при наличии в деле неотмененного постановления органов уголовного преследования о прекращении уголовного дела, а равно вступившего в законную силу при-

говора по тому же обвинению и в отношении того же лица или постановления суда, установившего невозможность уголовного преследования; осуществление уголовного преследования после установления фактов, подтверждающих: отсутствие состава преступления в деянии лица, совершившего преступление; отказ прокурора или частного обвинителя от обвинения по делу частного обвинения (кроме случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 33 УПК); истечение срока давности привлечения к уголовной ответственности, предусмотренного ст.ст. 69, 75, 85 УК, и согласие лица на прекращение дела по этому основанию; примирение потерпевшего с обвиняемым, подозреваемым в случаях, предусмотренных ст. 67 УК; принятие нового уголовного закона, устранившего уголовную ответственность за совершенное лицом деяние; издание акта амнистии, освобождающего от наказания, и согласие лица на прекращение дела по этому основанию, принятие акта помилования лица.

Незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс, являются также: неправильное применение норм уголовного законодательства при квалификации преступления; незаконное применение меры пресечения или иных предусмотренных законом мер процессуального принуждения; содержание лица, задержанного по подозрению в совершении преступления, или лица, в отношении которого в качестве меры пресечения избран арест, в опасных для его жизни и здоровья условиях; принудительное помещение не содержащегося под стра-

жей лица в медицинское учреждение для производства судебно-психиатрической или судебно-медицинской экспертизы при отсутствии об этом решения суда; применение насилия, жестокое или унижающее человеческое достоинство обращение; проведение процессуальных действий в условиях, создающих опасность для жизни или здоровья участвующих в них лиц; принятие решений и совершение действий, унижающих честь или умаляющих достоинство лица, участвующего в уголовном процессе; использование и распространение для целей, не предусмотренных УПК, сведений о частной жизни, а равно иных сведений личного характера, которые лицо считало необходимым сохранить в тайне; незаконное осуждение; незаконное применение принудительных мер медицинского характера и др.

Незаконность действий органов, ведущих уголовный процесс, устанавливается приговором или постановлением суда либо постановлением, вынесенным органом дознания, предварительного следствия, прокурором".

Вторая и, пожалуй, главная проблема – как возмещать причиненный ущерб? В ГК утверждается: "Порядок возмещения ущерба, причиненного незаконными решениями, действиями или бездействием органа дознания, предварительного (досудебного) следствия, прокуратуры или суда, устанавливается законом". А где этот закон, кто его видел? Мы уже создали невиданный ранее по размерам и отсутствию системности массив законодательных актов. В нем, как в темном лесу, блуждают даже профессио-

нальные юристы. Провозгласили, что кодификация – это требование времени, единственный путь придания законодательству практичности. И что? Кодекс приняли и продолжаем навешивать на него елочные игрушки из дополнительных законов. Одной такой "игрушки" нет, закон не только не приняли, но и не спроектировали. Нет ответа на вопрос: остается ли в силе кастрированный закон от 1 декабря 1994 года? В итоге ст. 1176 остается если не мертвой, то "замороженной" на неизвестно какой срок.

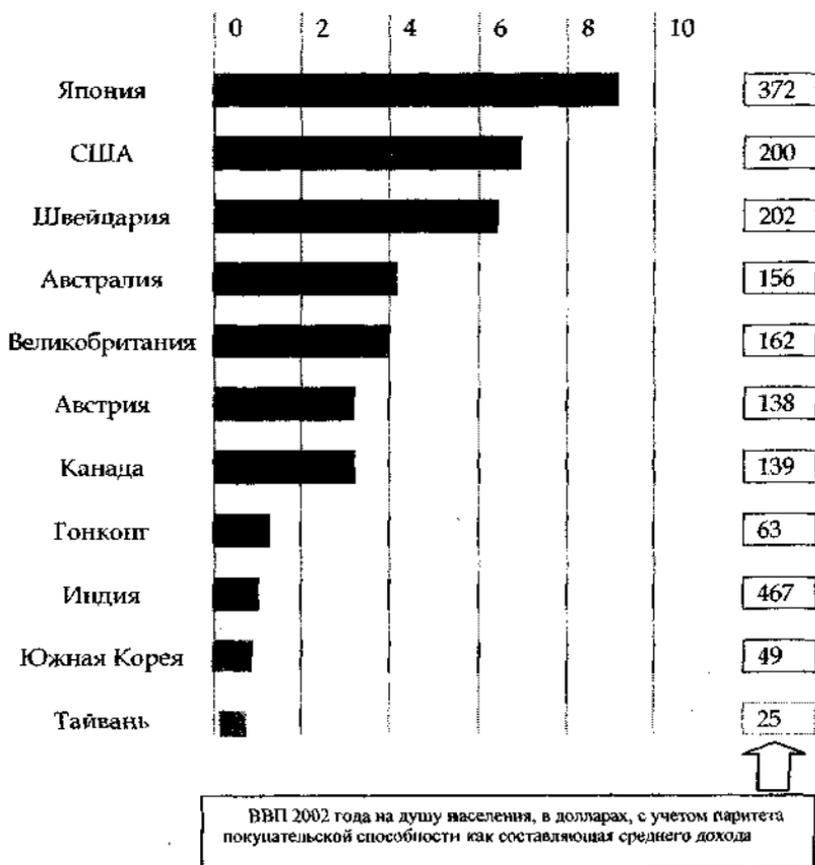
Что можно ожидать от будущего закона? С материальным ущербом относительно ясно. Справедливо или нет, но там хоть какие-то измеримые отправные позиции допустимо определить. А с моральным ущербом? Нынешняя судебная практика – это собрание перлов, дающих основание предъявлять иски о возмещении морального вреда к самим судам, вынесшим решение о его возмещении. В Европе, куда мы стремимся, не занимаются издевательствами с оценкой личности, которой причинен моральный ущерб. В Швейцарии, например, один день незаконного содержания под стражей компенсируется суммой, эквивалентной 1000 долларов США, независимо от того, миллионер это или безработный. В Турции сумма компенсации всего 50 долларов, опять-таки и безработному, и миллионеру. Полагаю – справедливо.

Предвижу вопрос: почему такой разброс в сумме компенсации за моральный ущерб? Не берусь судить о мотивах, которыми руководствовались тамошние законодатели. Однако для его решения в Украине

можно найти относительно объективные критерии, если взять за основу используемые в экономике расчеты оценки человеческой жизни. Конечно, даже циничные экономисты не собираются оспаривать бесценность человеческой жизни. Но люди гибнут, в том числе и на производстве. В Украине каждый миллион тонн добытого угля сопровождается раньше жертвой одного шахтера, сегодня – пяти. Есть корреляция между средствами, вложенными в организацию производства, и количеством несчастных случаев, где сумма затрат определяется ценой человеческой жизни. Но есть и другие методы оценки, а точнее, самооценки человеческой жизни, которые, пожалуй, объясняют столь большой разрыв в сумме компенсации за моральный ущерб в Швейцарии и Турции. Это – оценка человеческой жизни с учетом готовности рабочих рисковать ею.

Как следует из расчетов, проведенных Кип Вискиси из Гарвардской юридической школы, в США человеческая жизнь оценивается приблизительно в семь миллионов долларов. Этот показатель исследователь получил путем сведения суммы, которую в стране тратят на сокращение смертельного риска на рабочем месте, с той суммой, которая считается приемлемой в качестве компенсации за повышение степени риска. В других странах жизнь человека имеет совсем другое количественное измерение, что видно из таблицы, составленной по материалам журнала *The Economist*.

**Оценка человеческой жизни
с учетом готовности рабочих рисковать своей жизнью
(млн. дол.)**



Для Украины американские исследователи самооценку человеческой жизни не просчитали. Нет у них данных и по Турции – она ниже рассчитанного

низшего предела. Но, судя по всему, для нас недостойные анализа авторитетного исследователя турецкие 50 долларов США компенсации за каждый день незаконного ареста – это фантастика. Даже в рамках созданного Единого экономического пространства Украина экономическими показателями не блещет. Об этом говорят цифры сравнений нашей страны и с Россией, и с Белоруссией, и с Казахстаном. Там выше средние значения пенсий и зарплат, ниже безработица. Украинский Госкомитет свидетельствует: в конце прошлого года средняя заработная плата, если пересчитать ее в американскую валюту, в Украине составила 103,3 доллара, в России – 239, в Белоруссии – 139, в Казахстане – 192 доллара, причем рост средней зарплаты у нас происходит в основном за счет увеличения доходов богатых. Средний размер пенсии в Украине чуть ли не два раза меньше, чем в России, уступает белорусскому и казахстанскому показателю.

Приведенные данные являются объективным ограничением суммы потенциальных компенсаций за незаконное нарушение свобод и прав граждан, однако не препятствуют разработке справедливой методики ее расчета.

Говоря о практической стороне дела, следует определить, как будет выплачиваться компенсация. Возмещать ущерб обязано государство, но в бюджете нет даже строки, предусматривающей такие выплаты. Левая рука не знала, что сделала правая. Повторится история с зарплатой донецких судей – решение суда есть, а денег нет. Выплата из других источников – это использование бюджетных средств

не по назначению, за что предусмотрена ответственность, вплоть до уголовной. Поэтому проблема была, есть и остается на неопределенное время.

Но дело не только в материальной компенсации ущерба. Для человека, обладающего чувством собственного достоинства, денежная компенсация материального и морального вреда явно недостаточна. Ему важна реабилитация после необоснованных подозрений в глазах родственников, соседей, сослуживцев. К сожалению, регламентация такого механизма в действующем УПК и проектах нового закона отсутствует. Молчание и в рядах теоретиков уголовного процесса. Будет реально решена данная проблема – отпадет объективная необходимость в обжаловании в суде постановлений о возбуждении уголовного дела (что, впрочем, не помешает очередной властной структуре признать обоснованным еще какой-либо повод для обжалования, если цель не поиск путей устранения потенциальных нарушений закона, а создание препятствий в борьбе с преступностью).

Если оценивать ситуацию, придерживаясь основополагающих канонов разделения функций следствия и суда, то наиболее убедительно показал ее алогичность Председатель Верховного Суда Украины В.Т. Маляренко. По мнению автора, предоставление суду права прекращать уголовные дела, возбужденные органом дознания, следователем или прокурором, означает перенесение функций суда по разрешению дела на досудебной стадии процесса. Предоставление лицу права в самом начале расследования начинать судебную процедуру пересмотром

правомерности принятого компетентными органами решения означает остановку расследования, потерю драгоценного времени и доказательственной базы, а тем самым причинение ущерба потерпевшему и обществу. Поэтому вопрос о правомерности возбуждения уголовного дела должен рассматриваться судом тогда, когда будет закончено расследование обстоятельств дела и оно дойдет до суда¹. (Хотелось бы, чтобы позиция автора осталась неизменной).

Приведу еще одну посылку того же автора. "Возбуждение уголовного дела, особенно против конкретного лица, – это начало преследования лица, на которое государством уполномочены лишь специальные должностные лица – представители органа дознания, следователи и прокуроры. Судьи такой функцией не наделены. И поэтому в новом УПК следует отказаться от этого правового института"². Отсюда логичен вывод: если суд не наделен правом возбуждать уголовное дело, он не вправе его и прекращать, пока дело находится в руках специально уполномоченных на то должностных лиц. Я бы сказал еще более резко и однозначно: при любом камуфляже суд, *отменяя постановление о возбужде-*

¹ См.: Маляренко В., Пилипчук П. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи // Право України. – 2001. – № 4. – С. 43; Маляренко В.Т. Про оскарження дій (бездіяльності) та процесуальних рішень органів дізнання, слідчого і прокурора // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 51.

² См.: Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 7 (47). – С. 7.

нии уголовного дела, фактически решает по существу вопросы наличия или отсутствия состава преступления и доказанности вины подозреваемого или обвиняемого, что, простите, ни в какие ворота уголовного процесса, как бы ни пытались их расширить, не лезет.

Попутно отмечу, что вмешательство суда в вопросы возбуждения уголовного дела – частный случай общей тенденции размывания границы досудебного и судебного следствия. Вдумайтесь: по делу о смерти журналиста Гонгадзе районный суд отменил избранную генералу милиции Пукачу меру пресечения содержания под стражей и де-факто прекратил уголовное преследование. Генеральный прокурор Украины вносил протесты в апелляционный суд и Верховный Суд Украины, но не на оправдательный приговор, который так и не состоялся, а на вердикты суда, вынесенные без суда. Ситуацию нарочно не придумашь: пора признавать наличие двух судебных систем – некой "судебно-досудебной" и собственно судебной.

Возможно (сугубо теоретически) вокруг проблемы обжалования постановления о возбуждении уголовного дела против конкретного лица ажиотаж был бы меньше, если бы в УПК Украины четко определили правовой статус подозреваемого и его права. Кем сегодня является в уголовном процессе лицо, против которого возбуждено уголовное дело? Никем. С точки зрения разумного обывателя, это подозреваемый в совершении преступления. Иначе какая разница, возбуждено уголовное дело "по факту" или против конкретного лица. Понятно, в первом случае

есть признаки преступления, но неизвестно, кто его совершил. Во втором – есть основания подозревать в совершении преступления данного человека, есть подозреваемый. В УПК РФ он так и называется и имеет обширный перечень прав:

"Статья 46. Подозреваемый

1. Подозреваемым является лицо:

1) либо в отношении которого возбуждено уголовное дело по основаниям и в порядке, которые установлены главой 20 настоящего Кодекса;

2) либо которое задержано в соответствии со статьями 91 и 92 настоящего Кодекса;

3) либо к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со статьей 108 настоящего Кодекса.

2. Подозреваемый должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента:

1) вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, за исключением случаев, когда место нахождения подозреваемого не установлено;

2) фактического его задержания.

3. В случае, предусмотренном пунктом 2 части первой настоящей статьи, следователь, дознаватель обязан уведомить об этом близких родственников или родственников подозреваемого в соответствии со статьей 96 настоящего Кодекса.

4. Подозреваемый вправе:

1) знать, в чем он подозревается, и получить копию постановления о возбуждении против него уголовного дела, либо копию протокола задержания, либо копию постановления о применении к нему меры пресечения;

2) давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении его подозрения либо отказаться от дачи объяснений и показаний;

3) пользоваться помощью защитника с момента, предусмотренного пунктами 2 и 3 части третьей статьи 49 настоящего Кодекса, и иметь свидание с ним наедине и конфиденциально до первого допроса подозреваемого;

4) представлять доказательства;

5) заявлять ходатайства и отводы;

6) давать показания и объяснения на родном языке, которым он владеет;

7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

8) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания;

9) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству, ходатайству его защитника либо законного представителя;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя и дознавателя;

11) защищаться иными средствами и способами, не запрещенными настоящим Кодексом".

В Украине по действующему УПК (ст. 43¹) лицо, против которого возбуждено уголовное дело, процессуальным статусом подозреваемого не обладает. До тех пор, пока его не подвергнут задержанию или не изберут ему меру пресечения, никаких прав по защите у него нет. Можно полагать, что если в новом

УПК противоречие будет устранено¹, пойдет обратный процесс: суды будут рассматривать жалобы на возбуждение уголовного дела по факту, а не против конкретного лица. Поводы для подобных жалоб есть уже сегодня. Например, в Киеве уголовное дело возбуждалось по факту вынесения незаконного приговора, хотя всем понятно, что такое нарушение мог допустить только конкретный судья. Однако правовых оснований для жалобы в этом случае не дает ни действующий УПК, ни Решение Конституционного Суда.

Генеральному прокурору Украины остается только сетовать: "Вызывает беспокойство негативная тенденция отмены судами постановлений следственных органов о возбуждении уголовных дел, хотя выносятся они не против конкретного лица, а лишь по факту совершения преступления. Почти все такие решения судов касаются преступлений в сфере финансово-экономической деятельности. В таких случаях мы вносим апелляции, которые рассматриваются достаточно длительное время и не всегда позитивно. При этом утрачивается актуальность дела (!?), доказательства. Ставятся под угрозу интересы потерпевшего и государства"².

¹ В Проекте УПК Украины (ст. 45) перечень оснований для признания лица в качестве подозреваемого идентичен перечню, приведенному в ст. 45 УПК РФ. Сходны и перечни прав подозреваемого. Однако поле для дискуссии сохраняется, если учесть, что в практике Европейского Суда подозреваемыми признаются также лица, подвергнувшиеся обыску, изъятию документов, принудительному освидетельствованию.

² См.: Виступ Генерального Прокурора України Геннадія Васильєва на нараді при Президентові України 29 січня 2003 року // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 8.

Приведенный Г. Васильевым пример действительно впечатляет: решением городского суда Харькова по гражданским делам прокуратуру обязали прекратить уголовные дела, возбужденные против должностных лиц общества с ограниченной ответственностью "Бизон" в связи с хищением коллективного имущества и уклонения от уплаты налогов на сумму более 100 млн. грн.

Разделяя беспокойство Генерального прокурора Украины в целом по проблеме, нельзя не остановиться на двух моментах.

Первый. Может, действительно не всегда неправы судьи, отменяя постановления о возбуждении дела, если их актуальность исчисляется 2-3 месяцами? С каких пор у нас уголовные дела возбуждаются не по признакам состава преступления, а по чьей-то местечковой оценке актуальности деяния? Обязан ли суд, вынося приговор (а это, как правило, через те же 2-3 месяца с момента возбуждения уголовного дела), учитывать потерю актуальности дела? Реально речь должна идти о том, что вынужденная задержка расследования позволяет виновным скрыть следы преступления, организовать активное противодействие. Именно в этом в абсолютном большинстве случаев и заключается цель обжалования постановлений о возбуждении уголовного дела.

Второй. Генеральный прокурор Украины видит решение проблемы в целесообразности обобщения практики и дачи соответствующих рекомендаций Верховным Судом. Вопрос о законности Решения Конституционного Суда им даже не обсуждается.

Характерно, что Г. Васильев, констатируя трудности, возникшие в практике применения Решения Конституционного Суда Украины, ни словом не обмолвился о регламентации порядка обжалования постановлений о возбуждении производства по уголовным делам в Проекте УПК Украины, одним из авторов которого он являлся в бытность народным депутатом Украины. Может быть, потому, что право отмены постановления о возбуждении производства по уголовному делу по заявлению или жалобе заинтересованных лиц статьями 224, 323, 324 Проекта прежде всего предоставлено прокурору, и лишь в случае его отказа разрешение вопроса переносится в суд. На деле же хрен редьки не слаще, только процедура упрощается до минимума. Рефрен лишь другой: если у С. Пискуна милиция была бяка, а прокурор – цаца, то теперь суд бяка, а прокурор – неизменная цаца.

А теперь спустимся с небес теоретических изысков на нашу грешную землю и попытаемся посмотреть, что же действительно происходит в правоприменительной практике. Картина явно неутешительная. Искусственно созданная благодаря лоббированию определенных кругов гиперболизация проблемы возбуждения уголовного дела привела к тому, что преступники, причинившие крупный экономический ущерб гражданам или государству, остаются недосыгаемыми для правосудия. Возбуждение уголовного дела как обычный, нормальный, полноценный способ проверки жалоб, заявлений и других источников информации

о готовящемся или совершенном преступлении превратилось в нечто из ряда вон выходящее.

В свое время Гегель писал: "Когда человек в ночное время спокойно выходит на улицу, ему не приходит в голову, что все могло бы быть иначе, ибо эта привычка к безопасности стала его второй натурой, и никто не думает о том, что это лишь результат действия обычных учреждений"¹. Приходится, к сожалению, признать, что "привычка к безопасности" утрачена гражданами нашей страны, и государство не преодолело этой утраты. Конституционный Суд предвзято, явно суженно истолковал гарантированные Конституцией Украины права граждан на жизнь, здоровье, неприкосновенность личности и др., игнорируя, что ими охватывается также право на общественную и личную безопасности, на правопорядок, защиту от преступников, на их справедливое наказание и полное возмещение причиненного ущерба.

В части первой статьи третьей Конституции Украины *безопасность*, наряду с жизнью, здоровьем и др., также отнесена к числу наивысших социальных ценностей. Член Конституционного Суда Украины – судья-докладчик по упомянутому Решению В.П. Тихий, являясь одним из ведущих украинских специалистов в этой области, писал (правда, до принятия анализируемого Решения): "Общественную безопасность в широком смысле слова можно определить как состояние общественных отношений, предупреждающее угрозу причинения им вреда и обеспе-

¹ Гегель Г.В.Ф. Философия права. – М., 1990. – С. 293.

чивающее тем самым их нормальное функционирование"¹. Согласен полностью. Отсюда следует, что общественная безопасность, о которой идет речь в Конституции, не может противопоставляться другим ценностям – чести, достоинству, здоровью и т.д. Они должны защищаться в равной мере.

Весьма показателен пример. Президент Европарламента, выступая после трагических событий 11 марта 2004 года в Мадриде, закончил свою краткую речь, транслировавшуюся по телевидению, призывом о поддержке демократии и **прав человека, на которые посягнули террористы** (выделено мной. – Б.Р.). В контексте изложенного Решение Конституционного Суда Украины не может не быть признано односторонним и потому антиконституционным.

Конституционный Суд Украины по отношению к Верховной Раде – это своеобразная апелляционная инстанция, с той лишь разницей, что его решения окончательны, дальнейшему обжалованию не подлежат, не требуют от законодателя пересмотра опротестованного закона и внесения в него соответствующих изменений. В итоге действующий УПК – закон, принятый в установленном порядке, не предусматривает обжалование постановления о возбуж-

¹ См.: Тихий В.П. Уголовно-правовая охрана общественной безопасности. – Харьков: Вища школа, 1981. – С. 23; Тихий В.П. Посягання на власність і громадську безпеку // Проблеми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 15-16 грудня 1998 р. / Під ред. В.І.Борисова. – Х.: Харківський центр вивчення організованої злочинності, 1999. – С. 109-112.

дении уголовного дела, однако ныне оно производится. Основание – решение Конституционного Суда Украины. А как быть со ст. 3 УПК, регламентирующей, что производство по уголовным делам на территории Украины осуществляется по правилам только этого Кодекса? В Проекте УПК перечень законов расширен, но и там нет какой-либо ссылки на решения Конституционного Суда.

Видимо, настало время внести ясность в правомочия Конституционного Суда Украины, четко определить в понятии конституционных прав человека и гражданина, которые ныне то толкуются в узком смысле, то становятся гуттаперчивыми, растягиваются до бесконечности. Возбуждение уголовного дела – это акт объявления войны преступнику или конкретному преступному сообществу. Если Конституционный Суд считает правомерным его обжалование, то тогда надо ставить вопрос о праве на обжалование акта об объявлении войны соседнему государству, приказа командира об атаке на безымянную высоту и т.д. и т.п., так как данные акты создают угрозу конституционному праву человека на жизнь и здоровье. Вполне очевидно: есть решения, которыми уполномоченные на то органы закономерно ограничивают некоторые права и свободы конкретных граждан во имя защиты общества, установленного правопорядка. Лишить эти органы такого права – значит поставить под угрозу права и свободы всех остальных граждан. Речь идет не об отрицании приоритета личных прав граждан, а о разумном их соотношении с общественными.

Попутно отметим, что в Конституционный Суд обращаются по самым необычным поводам. Так, Верховный Суд Украины, задумав получить право назначать наказание ниже установленного соответствующими нормами УК нижнего предела, не ставит перед Верховной Радой вопрос о внесении изменений в Кодекс, а собирается внести его на рассмотрение Конституционного Суда. Я не хочу безосновательно обвинять его инициаторов в особой заинтересованности. Возможно, они не знакомы с рекомендациями постсоветских исследователей проблемы коррупции, которые считают, что для сокращения ее в судебной системе необходимо в УК максимально дифференцировать, раздробить составы преступлений по квалифицирующим признакам и до минимума сузить вишку санкций за содеянное. Задача – поставить судью в условия, когда наказание будет назначаться с учетом определенной законодателем тяжести содеянного преступником, а не веса его кошелька.

Подобные меры предприняты в США. Там они не были напрямую связаны с коррупцией. В середине 70-х годов прошлого века многие исследования показали серьезные расхождения в сроках пребывания под стражей преступников, осужденных за одинаковые преступления, судебные процессы над которыми велись разными судьями. После этого для судей разработали определенные директивные указания по применению минимальных и максимальных сроков лишения свободы.

Можно спорить, насколько предлагаемая мера отвечает интересам правосудия. И такой спор неиз-

бежен, если предложения по изменению закона будут обсуждаться в комитетах и на пленарных заседаниях Верховной Рады. Есть вероятность, что проблемой заинтересуются СМИ и она станет предметом обсуждения широкой аудитории. При рассмотрении вопроса в Конституционном Суде келейность обеспечена.

По ходатайству 49 парламентариев Конституционный Суд Украины начал рассматривать вопрос о том, не сужает ли "объем конституционного права человека и гражданина на заработную плату" установленное Законом Украины "О внесении изменений в Закон Украины о Государственном бюджете Украины на 2003 год" снижение минимального размера заработной платы. Формально ответ ясен: безусловно, снижает. Но не будет ли сужением конституционного права на заработную плату даже ставка в 1000 гривен, если на Западе за такой же труд она составляет 1000 долларов США? И кто вообще в состоянии ответить, какой из действующих законов, включая в перечень и Конституцию Украины, где-то в какой-то мере не сужает, уменьшает, ограничивает, нарушает и т.д. чьи-то права, при несложном обосновании трактуемые как конституционные? Ведь закон – это мера свободы, мера права, а мера потому и мера, что имеет границы. При любых попытках ее объективизировать всегда можно найти субъективные поводы и доводы для несогласия.

В практике Конституционного Суда Украины подходы к объективизации оценки прав и свобод человека и гражданина прослеживаются не всегда. И пока единственный путь преодоления субъекти-

визма – публичность, широкое предварительное обсуждение выносимых на рассмотрение Конституционного Суда Украины вопросов и разумное их ограничение. Так, в США единственный орган, правомочный интерпретировать конституцию, – Верховный Суд. Он вправе наложить вето на любые решения законодательной и исполнительной власти, которые, по его мнению, противоречат положениям основного закона страны. В юрисдикцию Верховного Суда входит рассмотрение судебных исков между гражданами отдельных штатов, США и других стран, а также дел, в которых затрагиваются федеральные законы и положения самой конституции. Однако основной юридический принцип, которому вот уже третье столетие следует Верховный Суд, заключается в избежании излишнего трактования постулатов конституции, так как частые интерпретации неизбежно ведут к искажению главных конституционных принципов.

Возвращаясь к Решению Конституционного Суда Украины, регламентировавшего право на обжалование постановлений о возбуждении уголовного дела, следует констатировать, что оно породило или санкционировало цепь вытекающих из него законодательных и нормативных актов.

Образцом прокрустова ложа условий возбуждения уголовного дела может служить "Инструкция по организации деятельности органов досудебного следствия в системе МВД Украины и взаимодействия их с другими структурными подразделениями органов внутренних дел Украины в раскрытии и

расследовании преступлений"¹, согласно которой органы дознания не имеют права самостоятельно решать вопрос о возбуждении уголовного дела в случае выявления ими фактов совершения тяжких или особо тяжких преступлений, досудебное следствие по которым является обязательным. Они обязаны "в установленные действующим законодательством сроки передавать собранные материалы в следственные подразделения для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Критерием оценки полноты материалов доследственной проверки при этом считать наличие в них достаточных данных, указывающих на признаки преступления, в том числе: время, место и способ совершения, конкретные обстоятельства совершенного преступления, сведения о лицах, которые причастны к его совершению, определение размера нанесенных убытков и принятые органом дознания меры для установления имущества и ценностей, полученных преступным путем и подлежащих конфискации с целью возмещения убытков. В случае необходимости, в зависимости от вида преступления, на этой стадии обязательным является проведение документальных проверок или ревизий".

Не допускается "возбуждение органом дознания уголовных дел о хищениях в крупных и особо крупных размерах, мошенничестве с финансовыми ресурсами и других преступлениях в сфере хозяйственной деятельности, выявление и расследование

¹ Затверджено Наказом МВС України 31 жовтня 2002 року № 1100, додаток № 7.

которых требуют заключений специалистов, без наличия в материалах доследственных проверок и ревизий пояснений должностных и материально ответственных лиц по поводу установленных нарушений финансово-хозяйственной деятельности и оригиналов документов, подтверждающих факты выявленных нарушений закона".

Фактически значительный объем работы по выявлению доказательств совершенного преступления перенесен на этап, предшествующий возбуждению уголовного дела. Причем речь идет не только о мероприятиях, которые должны реализовываться оперативно-розыскными подразделениями, а и об осуществляемых с помощью следственных действий, не требующих конспиративности, прямо исключающих ее возможность (например, назначение ревизии)¹.

Цитированная инструкция регламентирует порядок проверки органами дознания заявлений и сообщений о готовящемся или совершенном преступлении. Но понятно, что в полной мере данные требования относятся и к следователям.

Наверное, сегодня меня признали бы плохим прокурором-криминалистом, потому что я требовал от следователей в случае обнаружения фактов хищения не ожидать окончания ревизии, а возбуждать уголовное дело и активно работать параллельно с ревизором, обрабатывать и закреплять каждый

¹ Когда настоящая глава была написана, вступил в силу приказ министра внутренних дел Украины № 1600 от 25 декабря 2003 года, которым приказ № 1100 отменен. Однако требования к возбуждению уголовного дела, хотя и в более лаконичном изложении, сохранились.

выявленный эпизод, вести самостоятельный поиск, осуществлять взаимный обмен информацией в целях объективной и всесторонней ревизии и расследования в целом. У меня на памяти десятки дел, когда благодаря внезапно проведенному обыску выявлялись накладные на отпуск неучтенной продукции, которые затем должны были изыматься из официальных отчетов и потому становились недоступными ревизору, черновые записи, копировальная бумага с сохранившимся текстом, расписки и даже ручка, которой, согласно заключению экспертов, исполнялись подписи в подложных документах. Были дела, где половина и более эпизодов в акте ревизии базировались исключительно на документах и других доказательствах, полученных следственным путем. Фактор внезапности помогал получить правдивые показания от свидетелей, да и от подозреваемых, способствовал выявлению ценностей и денежных средств, позволял предотвратить многие меры по сокрытию преступления и противодействию расследованию.

Блокирование возбуждения уголовного дела зачастую обесценивает работу оперативно-розыскных подразделений, препятствует достижению продуктивного результата. По данным Генеральной прокуратуры Украины, в 2003 году почти 90 процентов оперативно-розыскных дел, заведенных УСБУ в городе Киеве, прекращено в связи с неустановлением признаков преступления, неподтверждением информации или исчерпанием возможностей для осу-

щества оперативно-розыскных мероприятий¹. Трудно допустить, что почти весь штат оперативных сотрудников УСБУ в городе Киеве – практиканты или новички. Не исключено, что в данной результативности сработал фактор коррупции. Но не в такой же пропорции! Если это так, то надо возбуждать уголовное дело и проводить расследование, чистить авгиевы конюшни. Скорее всего, разработки провалились из-за того, что не были подкреплены следственными действиями, не были своевременно возбуждены уголовные дела.

С учетом собственного опыта и практики заслуженных коллег могу с уверенностью утверждать: своевременное возбуждение уголовного дела является одним из условий успешного его расследования. И наоборот, основанное на директивах промедление – это та самая причина возникновения обвинений ускользнувших от ответственности преступников в посягательстве на их права и свободы.

Концентрированным выражением гуманизма уголовного процесса является постулат: "Лучше оправдать десять виновных, чем осудить одного невиновного". Но совершенно алогично распространение его на стадию возбуждения уголовного дела. Более любезного подарка и без того ныне не стесненному криминалитету не придумаешь.

Нельзя не заметить, что к особой категории цитированной Инструкцией отнесены дела о преступлениях в сфере экономики. Сегодня их актуальность

¹ См.: Виступ Генерального Прокурора України Геннадія Васильєва на нараді при Президентові України 29 січня 2003 року // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 6.

не вызывает сомнений, но именно здесь сказывается теневое политическое воздействие на следственные органы, противостояния которому нет.

Инструкцией предусмотрено ведение учета прекращенных за отсутствием события и состава преступления уголовных дел, изучение причин, способствующих допущению таких фактов, принятие мер по устранению недостатков и своевременное, в 10-дневный срок с момента принятия решения, направление в следственное управление (отдел) ГУМВД, УМВД, УМВДТ прекращенных дел с выводами обоснованности их прекращения.

Приказано "по каждому факту необоснованного возбуждения органом дознания уголовного дела о преступлениях в сфере экономики, что привело в дальнейшем к его прекращению по реабилитирующим основаниям, организовывать служебные проверки, материалы которых вместе с делами в 5-дневный срок направлять в следственное управление (отдел) ГУМВД, УМВД, УМВДТ. Одновременно решать вопрос об ответственности виновных лиц".

Некоторые руководители следствия объясняют столь жесткий подход необходимостью рационально расходовать силы. В их трактовке неосновательно возбужденное и затем прекращенное дело – это "работа на мусорную корзину". Но хотелось бы знать: куда по той же логике идет отказной материал – в сокровищницу процессуальной мысли?

Опрос следователей показал: вынесение постановления о прекращении уголовного дела по реабилитирующим основаниям рассматривается не только в ОВД, но и в прокуратуре как тяжкое нарушение

ние, не соизмеримое по последствиям с нераскрытым преступлением. Этого не скрывает заместитель Генерального прокурора Украины В. Дереза: "Каждому следователю необходимо помнить, что безосновательное возбуждение уголовного дела является таким же грубым нарушением требований УПК, как и безосновательный арест или необоснованное привлечение лица к уголовной ответственности"¹. Напомним, против заместителя Генерального прокурора Украины О.М. Коляченко даже возбуждалось уголовное дело "по факту незаконного возбуждения ею уголовных дел в 1994-1995 гг."².

Однако лоббисты теневой экономики на этом не успокаиваются, а пытаются еще более обеспечить безнаказанность противоправной предпринимательской деятельности. В Верховной Раде зарегистрирован законопроект "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Украины (относительно прав подразделений, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность)". Предлагается проверки финансово-хозяйственной деятельности предприятий, учреждений, организаций всех форм собственности и физических лиц-предпринимателей проводить только при наличии письменного поручения и постановления следователя, письменных указаний прокурора, определения суда или же по письменному требованию начальника соответствующего

¹ Дереза В. Вдосконалення роботи слідчих – запорука ефективності досудового слідства // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 10. – С. 4.

² Корицкая А. Укрощение строптивой // Человек и закон. – 2001. – № 8. – С. 18.

органа или его заместителя. В соответствии с проектом без вышеперечисленных документов работник милиции, выполняющий свои обязанности, не сможет входить на территорию предприятий.

Изымать образцы сырья и продукции, истребовать, собирать и изучать документы, характеризующие деятельность предприятий, а также источники доходов подозреваемых, разрешено исключительно на основании определения суда. Опечатывание касс, помещений и мест хранения документов, денег и товарно-материальных ценностей на основании определения суда допускается не больше чем на 10 суток¹.

Остается только законодательно закрепить запрет на осуществление оперативно-розыскной деятельности в сфере хозяйствования и предпринимательской деятельности.

Может не стоит ломать копыя по поводу того, возбуждать уголовное дело при получении соответствующей информации или проводить тщательную проверку? В поиске ответа отбросим шелуху споров о нарушении прав и свобод граждан. Они в равной мере нарушаются в определенной части и при проведении расследования по возбужденному делу, и при доследственной проверке. Разница в форме при одном и том же содержании. Доказывать иное – то же, что играть в прятки с самим собой. Если и есть какие-то проблемы, то их вполне можно разрешить

¹ См.: Юридическая практика. – 2003. – № 39 (301). – 30 сентября.

внесением соответствующих коррективов в УПК и методики расследования.

Но все это – общий подход. При детальном рассмотрении возникают новые вопросы. Однажды предложения о ликвидации доследственной проверки я обсуждал со своими коллегами. Ныне они преподаватели, имеют ученые степени и звания, в прошлом – работники органов внутренних дел с солидным стажем. И некоторые из них с дорассудочной убежденностью категорически заявили, что отказываться от доследственной проверки нельзя: расследование должно быть проведено "по полной программе", а проверку можно осуществить по укороченной. Пожалуй, в этом ключ к понимаю живучести доследственной проверки: процедура ее проведения толком процессуально не регламентирована, четко определенных требований по обеспечению полноты и качества нет. Потому-то ее далеко не редко и проводят методом "тяп-ляп". Ответственности никакой, отмена постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела в статотчет не идет.

Полагаю, данное противоречие является принципиальным. *Каждое сообщение о готовящемся или совершенном преступлении должно проверяться в едином процессуальном режиме, обеспечивающем полноту и объективность исследования информации. Отсутствие события или признаков состава преступления в ходе исследования информации, поступившей в установленном законом порядке, должно быть **доказано** с той же полнотой и достоверностью, как и в случае наличия таковых.*

Мы идем на усложнение и удорожание уголовного процесса во имя гуманизма, недопущения привлечения к уголовной ответственности и осуждения невиновного, но, нарушая принцип системности, не принимаем столь же конструктивных мер для достижения его основной цели – обеспечения неотвратимости наказания каждого, кто посягнул на правопорядок, на охраняемые законом права и свободы граждан, на безопасные условия их существования. Мнимая экономия затрат, которую якобы дает доследственная проверка заявлений и сообщений, другой информации о готовящемся или совершенном преступлении, оборачивается несоизмеримым ущербом от латентной и сознательно укрываемой преступности. Осознание сложившейся диспропорции не требует знания высшей математики, достаточно обычной логики, в крайнем случае – арифметики. Сомневающимся предлагаю изучить на выбор несколько расследованных уголовных дел о преступлениях, совершенных организованной преступной группой. Наверняка найдете в них не один отказной материал: в процессе расследования всплывают эпизоды ранее совершенных преступлений, на которые своевременно не было должного реагирования, из-за чего деятельность преступной группы продолжалась.

Сегодня единственная форма процессуальной деятельности, которая обеспечивает соблюдение указанного требования, – это расследование. И, как не раз отмечалось, если поводом к возбуждению дела являются заявления и сообщения (они имеются в наличии к моменту возбуждения уголовного дела), а

основаниями – "достаточные данные, указывающие на признаки преступления", то никакой предварительной доследственной проверки не может быть по определению.

Понятие "полная программа" не есть что-то, требующее неоправданных дополнительных усилий. Уголовное дело может быть прекращено в любой стадии, когда будет установлено отсутствие события или состава преступления. А по количеству испитанной бумаги отказной материал и прекращенное дело практически не отличаются.

Есть только один существенный довод против возбуждения уголовного дела по каждому заявлению и сообщению о готовящемся или совершенном преступлении – это непомерное увеличение нагрузки на следователя, результатом чего может стать паралич расследования реальных преступлений. Довод обоснован, но при одном "если" – если штат следователей останется без изменений.

Сегодня в МВД объем работы распределен между отделами дознания и следственными. Причем считается, что в отделах дознания сотрудники заведения ниже по квалификации, у них и оклад меньше, и потолок званий ниже. В отличие от реформируемого следствия – никакой самостоятельности. Между тем именно на этих сотрудников возложена обязанность осуществлять неотложные следственные действия, от которых во многих случаях зависит судьба дальнейшего расследования. Поручают фельдшеру произвести операцию, а врачу – штопать разрезы и долечивать больного. Очередной абсурд.

Отсюда дознания в нынешнем виде – это анахронизм, структура, противоречащая здравому смыслу и логике расследования преступления. Его целесообразно ликвидировать, пополнить за счет штатов численность следователей, что в какой-то мере будет способствовать стабилизации нагрузки на них.

Попутно отмечу, что двойственность форм проведения дознания привела к коллизии ст.ст. 108 и 209 УПК. Статья 108 регламентирует: "По делу о преступлении, не являющемся тяжким или особо тяжким, дознание производится в срок не более десяти дней, начиная с момента установления лица, его совершившего. Если такое лицо не установлено, дознание прекращается с соблюдением требований, предусмотренных статьей 209 настоящего Кодекса". Однако ст. 209 УПК предусматривает, что органы дознания должны продолжать принимать меры к установлению лица, совершившего преступление. Противоречие может быть устранено, если в ст. 108 указать, что *приостанавливается не дознание в целом, а только следственные действия, производимые органом дознания. Оперативно-розыскная деятельность завершается после раскрытия преступления и осуждения виновных. По мотивированному постановлению руководителя органа дознания, при наличии оснований полагать, что преступная деятельность осужденного или членов организованной преступной группы, куда он входил, полностью не раскрыта, оперативно-розыскная деятельность может быть продолжена.*

На практике оперативно-розыскные действия могут производиться в процессе дознания для обес-

печения гражданского иска и конфискации имущества, установления условий, способствующих совершению преступления, обеспечению безопасности участников процесса и др.

Требует декриминализации, отнесения к административным правонарушениям множество мало-значительных преступлений, заявления о которых сегодня проверяют участковые уполномоченные. Если они устанавливают по поручению следователя свидетелей, получают иную информацию – достаточно составить справку без отобрания объяснений.

Процессуальным статусом дознавателя можно было бы наделить сотрудников, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и производящих неотложные следственные действия в прямом смысле этого слова, а не в определении УПК, но об этом (если получится) в одном из следующих разделов.

Аналогичную работу по пересмотру соотношения следователей и помощников прокурора целесообразно провести в прокуратуре, тем более, что ныне значительная часть обращений физических и юридических лиц должна разрешаться судом.

В целом проблема борьбы с преступностью имеет множество решений. В Грузии Президент Саакашвили в несколько раз сократил численность сотрудников МВД и во столько же увеличил им зарплату. По сообщениям печати – эффект впечатляющий. У нас немалый эффект может быть получен даже за счет обычной реструктуризации МВД.

Есть еще один недоступный для моего понимания аспект. В Проекте УПК разрешается без возбуждения уголовного дела проводить обыски, выемки, другие следственные действия для проверки сообщений о готовящемся или совершенном *тяжком* преступлении. Но почему, когда украли миллион – работаем "по полной программе", а когда у бабки украли козу – по укороченной? Кража козы – это преступление или нет? Его раскрывать надо? Где узаконено, что методика и тактика расследования преступления дифференцируются в зависимости от степени его общественной опасности? Да и столь ли определены критерии этой опасности, если учесть, что для одинокой бабки коза – основной источник ее существования, а, скажем, в крупном банке еще могут долго думать, стоит ли заявлять о краже миллиона, если это отразится на деловой репутации и доверии клиентов?

И еще одно. Я написал, что при расследовании и доследственной проверке в равной мере ущемляются права и свободы в случае проведения обыска, выемки и др. Но есть опять-таки принципиальное различие. Столько шума наделали по поводу равенства прав и свобод обвиняемого, подозреваемого и потерпевшего, а в данной ситуации почему-то молчим, что без возбуждения дела нет процессуальной фигуры подозреваемого. Но без этого немислим отвод лица, осуществляющего доследственную проверку, заявление ходатайств об истребовании доказательств и всего прочего. Твердим о необходимости распространения принципа диспозитивности на стадию досудебного следствия и делаем все, чтобы

вывести значительную часть деятельности по сбору и оценке доказательств за пределы этой стадии, создаем практически неконтролируемую возможность решать важнейшие для дальнейшей судьбы дела вопросы во внепроцессуальной форме, удобряем и без того благодатную почву для коррупции. С логикой явно что-то неладно.

Если анализировать суть, то вполне очевидно, что сохранение существующей политики, крен в сторону доследственной проверки нельзя не расценивать иначе, как подрыв интересов государства и граждан в сфере охраны правопорядка.

Многовековой опыт борьбы с преступностью неоспоримо свидетельствует: успех расследования в значительной мере зависит от оперативности реакции на поступившее сообщение о готовящемся или совершенном преступлении, полноты и качества выявления и фиксации первичной информации. Регламентированный УПК Украины порядок доследственной проверки сообщений и заявлений явно не соответствует указанным требованиям как по срокам, так и по самой процедуре.

Начнем с того, что по так называемым экономическим преступлениям банки, как правило, пользуются правом не представлять правоохранительным органам запрашиваемую информацию, если не возбуждено уголовное дело. В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" опрос свидетеля проводится лишь при его согласии дать объяснение. Лицо, которое не допрашивают, а отбирают от него объяснение, не несет ответственности за дачу ложных показаний

или утаивание известной ему информации. Отсутствует возможность проверить его показания путем проведения очной ставки и других допустимых следственных действий. При отобрании объяснения не реализуется такая гарантия получения объективных показаний от несовершеннолетнего свидетеля, как допрос с участием педагога и др.

Указанные недостатки ошибочно считать формальными. На практике свидетели очень часто на допросах придерживаются показаний, которые были официально зафиксированы в первоначально написанном объяснении. А в силу разных причин, обусловленных прежде всего отсутствием процессуально регламентированных требований к составлению объяснения, реальные обстоятельства у свидетеля выясняются недостаточно полно, данная им информация порой записывается с искажениями. Поэтому вряд ли можно согласиться с предложением вместо допроса лица, от которого ранее отбиралось объяснение, ограничиться на объяснении отметкой типа "Свидетель, будучи предупрежден об ответственности за дачу ложных показаний, подтвердил правильность сообщенных им данных"¹.

У меня активное неприятие такого предложения связано с жизненным уроком, полученным в первые месяцы работы следователем районной прокуратуры. 1953 год, бериевская всеобщая амнистия после смерти Сталина. На моем участке десяток шахтных поселков, совхозы, колхозы, в каждом по несколько

¹ См.: Карпов Н.С. Про вдосконалення досудового слідства // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2003. – № 4. – С. 112.

магазинов. Именно они стали первым объектом атак легиона освободившихся из мест заключения. Утром едешь попутными грузовыми машинами по сообщению о краже на отдаленную шахту, а на перекрестках тебя перехватывают работники милиции: "У нас тоже кража". Пока доедешь, составишь еще 2-3 протокола осмотра места происшествия. Грабежи, разбои, драки, поножовщина – это визитная карточка послевоенного Донбасса. Но основной бич – "Марусин букет": хулиганство, оказание сопротивления работнику милиции и его оскорбление. Люди приехали на заработки со всего Союза, живут в общежитиях, подавляющее большинство – без семей. Для развлечений – один кинотеатр, а основа основ – неограниченное количество водки. И неукоснительно выполняемый закон: употребление нецензурной брани в общественном месте, в присутствии женщин или детей, противодействие пресечению хулиганства – гарантированное лишение свободы. Сколько искалеченных судеб...

Я храню одно из первых писем своего зонального прокурора из облпрокуратуры. Тогда, как и сейчас, хватало формализма. Ежемесячно получал оценку своей работы. "Живых" дел надзирающий прокурор в глаза не видел, оперировал только данными моего статотчета. Читаю: "В истекшем месяце Вы работали с определенной нагрузкой. Из 32 уголовных дел, находившихся в производстве, направлено в суд – 18, прекращено – 6. Однако обращаю Ваше внимание на отсутствие работы по приостановленным делам". Если бы все то, что я думал, читая письмо, произнес вслух, максимальный срок по

ст. 70 УК (хулиганство) мне был бы гарантирован. Отстучать одним пальцем на трофейном Remington'e 18 обвинительных заключений, как минимум столько же постановлений о привлечении в качестве обвиняемого, 6 постановлений о прекращении уголовного дела, кучу других бумаг – только из-за этого чуть ли не каждую вторую ночь (пока не освоил технику) приходилось спать в кабинете на диване – дом близко, но не станешь же будить хозяйку в 2-3 часа ночи.

Такую астрономическую производительность следователи прокуратуры давали в основном за счет того, что по преобладающей категории дел фактическое расследование вели следователи и другие сотрудники милиции. Дело поступало в прокуратуру для его завершения – предъявления или перепредъявления обвинения и ознакомления обвиняемого с собранными материалами. По некоторым делам повторно допрашивали основных свидетелей. По делам о хулиганстве повторные допросы осуществлялись лишь в случаях, если было явное сомнение в квалификации сотрудника милиции. (Один из "перлов" в описании содеянного: "Н. в присутствии граждан таких-то выражался нецензурными словами". Видимо, данная терминология автору показалась недостаточно понятной. Он поставил тире и дописал: "матом". А потом решил все же внести окончательную ясность и в скобках тремя строчками изложил весь набор ругательств).

Лиц, содержащихся под стражей, из тюрьмы в КПЗ райотдела доставляли в определенные числа месяца. Собираешь 5-6 дел, идешь на целый день в

райотдел, и там поток: дежурный приводит арестованного в кабинет, потом забирает его и тут же приводит следующего. Приблизительно в середине дня заминка – я закончил все действия с обвиняемым в хулиганстве, который полностью признает себя виновным в содеянном, но дежурный на вызов не приходит. Сообщают: в КПЗ возникла какая-то проблема, просят минут 15-20 подождать. Чтобы занять время, начинаю "воспитательный процесс":

– Как же вы могли допустить до такого состояния, что выломали двери в общежитие, сбили с ног дежурную, не подчинились работнику милиции, порвали ему мундир?

– Виноват.

– Что виноват? Вам всего девятнадцать лет, что же будет дальше? Алкоголиком станете?

– Не стану! Я никогда до этого не пил, а тут обычай – первую зарплату надо обмывать. Не хотела пить, но меня заставили, говорят, так положено. А что было дальше – не помню, мне все рассказали, я не знаю, куда глаза спрятать перед односельчанами, на родину потом лучше не возвращаться.

Мне самому тогда исполнился только 21, жизненного опыта никакого. В институте прочно вбивали – вы слуги закона, закон надо выполнять. Патриотизм из меня бьет через край. Но, несмотря на молодость, а может, именно благодаря молодости, я понял – делаю что-то не то. Возобновляю следствие, посылаю отдельное поручение с просьбой собрать данные, характеризующие подсудимого на его родине, передпрашиваю всех свидетелей. В первоначальных протоколах обстоятельства изложены ко-

ротко: обмывали первую зарплату – дальше все по постановлению о привлечении в качестве обвиняемого. Рядовое дело, следователь милиции зафиксировал основные моменты, детали его не интересуют. Я поступил не лучше – предъявил обвинение, удовлетворился признанием, столь же коротко, "готовому" зафиксировал: пил, дверь сломал и т.д.

При повторном допросе собутыльники признались, что мой подследственный стал жертвой глупой шутки. Видя, что он сильно опьянел, ему сказали: "Иди спать" и подвели к дверям женского общежития. Шахтерские общежития – близнецы-братья. Их и в трезвом виде не всегда отличишь. Парню плохо, он действительно хочет скорее лечь, а тут не пускают, заперли дверь. Но какой запор на двери общежития? Маленькая задвижка на гвоздиках. Силенка есть, чуть нажал – задвижки как и не было. Дежурная пыталась остановить – оттолкнул, не рассчитав силы, она упала. Зашел в "свою" комнату, лег на "свою" кровать (действительно, расположение совпало).

– Пришел кто-то, поднимает с кровати. Я упираюсь, отгакиваю. Потом выяснилось, что это был милиционер, я ему "лычку" (петлицу) оторвал.

Собутыльники показали, что парень не хотел пить, говорил, что ранее спиртное в рот не брал. То же подтвердили односельчане.

Можно было бы этим ограничиться, оспаривая допустимость использования бегло собранных объяснений, дополненных соответствующими подписками об ответственности за дачу ложных показаний. Но расскажу о дальнейших перипетиях. Ин-

формация полезна для оценки нынешней практики допросов, осуществляемых по канве материалов доследственной проверки.

Подробно допросив повторно всех свидетелей, установив новых очевидцев, я пришел к выводу, что состава преступления – хулиганства как умышленных действий, направленных на нарушение общественного порядка, в содеянном моим подследственным нет. Вынес постановление о прекращении уголовного дела и освобождении из-под стражи. Прихожу за санкцией к районному прокурору. Он – в недалеком прошлом партийный работник, закончил юридический техникум, прокурором стал за три месяца до моего вступления в должность следователя. Оба мы как юристы стоим немного, поэтому взаимопонимание полное, отказов мне ни в чем не было. Но тут – категорический отказ. Я ему про "шутников", он мне: "Пил? Пил! Бил? Бил! "Лычки" рвал? Рвал! Пусть сидит, направляйте дело в суд". Деликатно объясняет, что за неосновательный арест оторвут голову, не поможет даже отсутствие стажа и опыта. Я ему вновь о высоких материях, а он опять: "Пил? Пил! Бил? Бил!..". Настаиваю: напишите отказ в санкционировании. В ответ: "Идите, не отнимайте время". Заявляю, что поеду в область. "Езжайте хоть к Генеральному". Потом прокурор признался, что не ожидал такой прыти, но на следующее утро я первым автобусом приехал в Ворошиловград.

Прокурором области был Михаил Тимофеевич Самаев, человек-легенда. Первый его вопрос: "Почему приехали без вызова?" – "У меня конфликт с про-

курором". – "Ну и ну, работаете без году неделю, а уже конфликтуете". Тем не менее, М.Т. Самаев полностью выслушал об этих "Пил? – Пил!..", предложил оставить дело и зайти через два часа. В назначенное время захожу, сажусь за приставной стол. Михаил Тимофеевич ходит вокруг меня, скрипит протезом (он инвалид войны), а у меня этот скрип отдается в каждой клетке. Потом останавливается рядом и тихо, обращаясь по имени и на ты¹, говорит: "Прокурор по тем материалам, которые были в деле, формально дал санкцию обоснованно. Но я понимаю, что, отказав тебе, я испорчу тебя не только как следователя, но и как человека". Берет ручку и подписывает постановление вместо районного прокурора. (Прошла бездна времени, а я вновь переживаю этот момент, будто он происходит сегодня).

Пусть меня простят, но я не уверен, что ныне таких людей и руководителей, как Михаил Тимофеевич Самаев, много. Во всяком случае, следователей, начинающих свой профессиональный путь, намного больше. И незачем подвергать их психологической опасности "штамповать" с ошибками дела по "черновым" материалам, а при обнаружении ошибки (это еще самый лучший вариант) вводить в конфликт с прокурором.

Пока же после возбуждения уголовного дела свидетели заново допрашиваются, бессмысленно

¹ Ни до, ни после такого больше не было, хотя я, будучи спустя время старшим следователем облпрокуратуры, общался с ним по несколько раз в неделю. Не изменился Михаил Тимофеевич и став Первым заместителем прокурора республики.

тратятся время, ресурсы правоохранительных органов, государственные средства.

Но, пожалуй, самое неприятное в том, что данная процедура приводит к дискредитации правоохранительных органов в глазах рядовых граждан. Я однажды наблюдал такую сценку.

Вышел свидетель из кабинета следователя. В коридоре ожидают своей очереди другие вызванные повестками. Естественная реакция:

– Ну, что там? Что спрашивают?

– Да ничего. Спросил то же самое, только записал на другой бумаге, а я подписей поставил больше.

– Может, что не так рассказывал?

– Вроде то же самое, как было. Ничего не добавил и не убавил. Следователи молодые, видно, сразу что-то не так сделали, теперь исправляются.

Свидетель ушел, а в коридоре продолжают пересуды: "Господи, людей грабят, убивают, а тут собрали молодежь, свою работу и организовать не могут. Уже месяц прошел, а преступника не нашли. Ходим только сюда без толку".

Объясните мне, темному, почему этически, психологически, юридически, политологически, философски или, может быть, по законам потустороннего мира, отобрание объяснения (для чего в Проекте УПК человек имеет право явиться вместе с адвокатом) – это норма, а дача показаний при допросе в качестве свидетеля – трагедия? Содействие правосудию во всех цивилизованных странах рассматривается как моральная обязанность добропорядочно-

го гражданина, и никаких дебатов по его форме нет.

Особенно нелепая ситуация складывается при возбуждении уголовного дела по материалам ведомственного расследования причин технических аварий и катастроф. Например, в соответствии с пунктом 7.4.3 Правил расследования авиационных событий с гражданскими воздушными судами в Украине оно осуществляется наиболее авторитетными сертифицированными научно-исследовательскими институтами и организациями с участием конструкторов, производителей, эксплуатационников, ремонтных предприятий. По уровню это типичное экспертное исследование. Но если в ходе досудебного или судебного следствия потребуется выяснить дополнительное обстоятельство, необходимо назначить техническую экспертизу, производство которой вынужденно поручается менее квалифицированным специалистам, ибо наиболее авторитетные организации и специалисты задействованы в ведомственном расследовании. Аналогичное положение с расследованием аварий на горнорудных предприятиях. (Подчеркнем, речь идет о типичных ситуациях, что не исключает необходимости проведения экспертизы при наличии ведомственной заинтересованности лиц, осуществлявших первичное расследование).

В кратном исчислении возрастают недостатки процедуры доследственной проверки, осуществляемой в соответствии со ст. 97 УПК Украины путем проведения оперативно-розыскных действий. Законодательные ограничения привели к широкой прак-

тике использования оперативного осмотра вместо процессуального следственного действия – обыска. Появился новый документ – справка эксперта, где сообщаются итоги фактически проведенной экспертизы. Однако при этом эксперт не предупреждается об ответственности за дачу заведомо ложного заключения, а реально установленный преступник, которому не предъявляется обвинение, лишен права заявить отвод эксперту, задать дополнительные вопросы и т.д. При экспертном исследовании изъятых в малых количествах наркотиков, ядовитых веществ и т.п. образцы нередко полностью расходовались, что делало невозможным исследовать их в установленном законом порядке после возбуждения уголовного дела.

Наиболее наглядно отмеченные недостатки проявляются в деятельности налоговой милиции и администрации. Как констатируют специалисты, сегодня проверка деятельности субъекта хозяйствования и по форме, и по сути есть некий аналог расследования уголовного дела. Подчеркнем, что речь идет об аналоге именно досудебного следствия, а не доследственной проверки. Представители налоговой администрации, например, вправе производить действия, только не именуемые осмотром, выемкой, обыском, наложением ареста на имущество и т.д., но фактически имеющие полное сходство с ними. Права же налогоплательщика, в отношении которого предпринимаются эти действия, практически не защищены. Так, налогоплательщик не может заявить отвод проверяющему, не ограничены сроки проверки и возврата изъятых документов. Если

изъятые образцы товаров подвергаются экспертизе, налогоплательщик не имеет права заявить отвод эксперту, поставить ему дополнительные вопросы. Четко не регламентированы процедуры осмотра, выемки документов в экстренных случаях до возбуждения уголовного дела, проведения бухгалтерской и иной ревизии. (Отметим, что отсутствие процессуальных стандартов проведения этих и других действий иногда приводит к утрате их доказательственного значения). Весьма проблематично право налогоплательщика требовать компенсации убытков, понесенных в результате действий налоговых органов¹.

Обобщая изложенное, допустимо утверждать, что процедура доследственной проверки не обеспечивает получения в достаточном объеме информации и качественного ее анализа для того, чтобы можно было сделать обоснованный вывод о наличии или отсутствии факта готовящегося или совершенного преступления. Об этом свидетельствует статистика отмены постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела и постановлений о прекращении необоснованно возбужденного уголовного дела. Однако она не отражает нигде не учитываемый более важный показатель – количество случаев, когда из-за неквалифицированно проведенной доследственной проверки фактически совершенное преступ-

¹ См.: Чаий В.Д., Подюченко П.І. Про необхідність розробки податково-процесуального законодавства // Суд в Україні: боротьба з корупцією та організованою злочинністю і захист прав людини. – К., 1999. – С. 649.

пление оказалось невыявленным и осталось безнаказанным.

Размытость стадии возбуждения уголовного дела оказалась благоприятной почвой для укрывательства преступлений в целях улучшения статистических показателей их раскрываемости. Генеральной прокуратурой Украины при проверках соблюдения законности выявлены прямо-таки вопиющие факты. В Днепропетровской области было отказано в возбуждении уголовного дела в связи с обнаружением трупа утопленника. После эксгумации выяснилось, что смерть наступила от нанесенных 9 ножевых ранений. В той же области не возбуждались три уголовных дела по поводу совершения убийства с применением огнестрельного оружия. В Киеве по результатам проверки возбуждено 25 уголовных дел по ранее не зарегистрированным убийствам¹.

Безответственность за результаты доследственной проверки приводит к тому, что в ходе ее не всегда истребуются даже такие основополагающие для выяснения истины по делам о преступлениях против жизни и здоровья документы, как акты судебно-медицинской экспертизы. По данным Главного бюро судебно-медицинских экспертиз Министерства здравоохранения Украины, за последние два года остались неистребованными органами внутренних дел 7853 заключения по экспертизе трупов и

¹ См.: Виступ Генерального Прокурора України Геннадія Васильєва на нараді при Президентові України 29 січня 2003 року // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 4.

освидетельствованию граждан, которым причинили телесные повреждения¹.

Несуразность ситуации очевидна, и поиск выхода из нее предпринимается. Но по совершенно непонятным причинам он идет только в одном направлении: предлагается распространить процессуальные гарантии следственных действий на производство сходных с ними действий по проверке заявлений и сообщений о совершенном преступлении без возбуждения уголовного дела. Например, предлагают справку эксперта отнести к пресловутым "иным документам", имеющим доказательственное значение², считают возможным производить по нормам УПК все виды экспертиз до возбуждения уголовного дела³, создать отдельный налогово-

¹ См.: Доповід Генерального прокурора України Геннадія Васильєва на Колегії Генеральної прокуратури України за підсумками роботи за 2003 рік // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 16.

² См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М.: СПАРК, 1997. – С. 62.

³ См.: Белкин Р.С. Курс криминалистики. – М., 1997. – Т. 3. – С. 100-107; Судебная экспертиза: вопросы, требующие решения // Советская юстиция. – 1988. – № 1. – С. 21; Нагнойный Я.П. О возможности назначения экспертизы до возбуждения уголовного дела // Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1967; Тихонов Е.М. Исходные следственные ситуации и выбор времени назначения экспертизы // Следственная ситуация. – М., 1985. – С. 45-46; Боголюбская Т.В., Коваленко В.В. Понятие и правомерность производства специальных исследований в стадии возбуждения уголовного дела // Формы досудебного производства и их совершенствование. – Волгоград, 1989; Филин Д.В., Князев В.А., Зинченко В.Н. К вопросу о формах использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве // Проблемы социалистической законности. – Вып. 26. – Харьков, 1991; Масленникова А.Н. Процессуальное значение результатов проверочных действий в доказывании по уголовному делу. – М., 1993.

процессуальный кодекс для регламентации доследственной проверки налоговых правонарушений¹.

Начальник Учебного центра МВД Республики Марий Эл Российской Федерации К. Егоров пишет: "Действующий УПК запрещает производство следственных действий (за небольшим исключением) до возбуждения уголовного дела. В результате – утрата доказательственной базы, что дает преступному элементу возможность уклонения от ответственности. На мой взгляд, в новом УПК требуется закрепить положение, допускающее проведение допросов потерпевшего, свидетелей, экспертов, выемки, очной ставки, предъявления для опознания, всех видов осмотров, освидетельствования до возбуждения уголовного дела. Тогда следователи и должностные лица органов дознания получают возможность сбора доказательств с первых же минут после поступления информации о признаках преступного деяния. Отпадает необходимость во второй, а то и в третий раз задавать людям одни и те же вопросы. Разумеется, все следственные действия, касающиеся непосредственно подозреваемых, должны проводиться только после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела"².

Наконец, наиболее решительные реформаторы предложили устранить последние различия между

¹ См.: Чалий В.Д., Подюченко П.І. Про необхідність розробки податково-процесуального законодавства // Суд в Україні: боротьба з корупцією та організованою злочинністю і захист прав людини. – К., 1999. – С. 649.

² Егоров К. Услышьте голос практика // Милиция. – 2000. – № 6. – С. 44.

досудебным следствием и проверкой заявлений и сообщений до возбуждения дела, для чего установить ответственность за отказ от объяснений и за дачу ложных объяснений, разрешить изъятие ценностей и документов при соблюдении видимости добровольной их выдачи, проведение освидетельствования без согласия лица. В качестве довода в пользу перечисленных мер делается ссыла на практику: "Локальный анализ объяснений, которые отбирали у очевидцев сотрудники органов дознания ОВД Запорожья, показал, что некоторые сотрудники, не имея необходимого юридического образования или не соблюдая законодательство, в отдельных случаях (6 %) предупреждают лиц, от которых отбирают объяснения, по ст. 177 УК или об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний"¹. Осталось совсем немного – провести пару локальных анализов на уровне какого-нибудь райотдела, найти самоучку, который составил обвинительное заключение по материалам проверки без возбуждения уголовного дела, и возвести эту практику в закон.

Первые шаги в этом направлении уже сделаны в Проекте УПК Украины. Статьей 266 ч. 5 на стадии предварительной проверки заявлений, сообщений и иной информации о преступлении допускается освидетельствование лиц; статьей 267 ч. 3 – осмотр и опознание трупа; статьей 268 ч. 6 – эксгумация

¹ См.: Чорний В.Я., Чорна О.В. Прогаляни в кримінально-процесуальному законодавстві, що існують під час вирішення заяв та повідомлень про злочини // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 1999. – № 3. – С. 90-104.

трупа (!); статьей 270 ч. 2 – обыск при наличии заявлений о совершении тяжкого или особо тяжкого преступления; статьей 271 ч. 2 – выемка при наличии аналогичных заявлений; статьей 280 ч. 8 – судебная экспертиза. (Но вопреки заложенной в Проект логике, наложение ареста на имущество, ценные бумаги, корпоративные права и долю в хозяйственных обществах для обеспечения возмещения причиненного преступлением ущерба и возможной конфискации до начала производства по уголовному делу ст.ст. 64 и 65 Проекта УПК не предусматривают).

Люди добрые! Да давайте же трезво посмотрим на такое законоблудие! Извлечь покойника из могилы можно – это не ущемляет права, свободы, наконец, всю гамму религиозных и общечеловеческих чувств родственников, а возбудить уголовное дело – нельзя. Видите ли, причиняется моральный ущерб невинному гражданину. Но даже конченому дураку понятно: эксгумация трупа производится не для того, чтобы посмотреть, удобно ли покойнику в гробу. И если подозреваемый есть, сам факт эксгумации трупа (также как производство обыска, выемки) ставит его в куда более неблагоприятное положение (и в моральном, и в социальном плане), чем вынесение постановления о возбуждении уголовного дела или, по новой терминологии, о возбуждении производства по уголовному делу¹. Но если при возбуждении уголовного дела у подозреваемого, как и у потер-

¹ Спешим отречься даже в терминах от старого мира. Как в одном из хитов:

Я новый мир хотел построить,
Да больше нечего ломать...

певшего, есть гарантированные законом права, то масштабное теневое расследование, именуемое проверкой, есть не что иное, как прямое лишение граждан их конституционных прав.

Можно предложить множество способов повышения объективности проверки информации о совершенном преступлении без возбуждения уголовного дела. Но не проще ли задать простой вопрос: а зачем изобретать велосипед с квадратными колесами, если существует веками создававшийся процесс расследования преступлений в рамках безотлагательно возбужденного уголовного дела? А коль мы столь активно ориентируемся на Запад, то целесообразно обсудить вопрос об исключении вообще из нашего УПК стадии возбуждения уголовного дела и установлении начала полнокровного расследования с момента поступления заявления или сообщения о готовящемся или совершенном преступлении. Собранные материалы представляются прокурору (суду), который либо санкционирует уголовное преследование против конкретного лица при наличии оснований признать его подозреваемым или обвиняемым, либо выносит постановление об отказе в уголовном преследовании, предлагая прекратить расследование или продолжить розыск других лиц, виновных в совершении преступления¹.

При таком подходе мы наконец покончим с многочисленными теоретическими изысканиями о поводах и основаниях для возбуждения уголовного дела. Еще в советский период на данную тему была

¹ См.: Грошевий Ю.М., Дідоренко Е.О., Розовський Б.Г. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. – 2003. – № 1. – С. 73-78.

написана не одна монография, несколько пособий и рекомендаций. О диссертациях уже не говорю. Эпопея продолжается и в наши дни. Даже в оценке поводов для возбуждения уголовного дела нашли проблему – анонимные заявления. Я честно признаюсь, не могу никак понять тех ученых, которые вопросы морали доводят до абсурда. Соглашаемся, что у нас не было гражданского общества, нет его и сейчас, нет реальной защиты заявителей и свидетелей, гражданское мужество – скорее, исключение, а не правило (трусов, дезертиров было более чем достаточно на войне), и, тем не менее, требуем, чтобы каждый заявитель сообщал все свои анкетные данные. Хотел бы я посмотреть на того прокурора или следователя, который бы не отреагировал, например, на анонимное сообщение о месте, где укрывают заложников. Но в теории мораль превыше всего, моралистов от права и процесса не интересует тот факт, что при социологических исследованиях до тридцати процентов луганских респондентов заявляют, что не стали бы сообщать правоохранительным органам о совершенном преступлении, из них двенадцать процентов в анкете, где были перечислены причины: страх, нежелание быть свидетелем и т.д., сделали отметку в графе – "не могу объяснить".

С определением оснований для возбуждения уголовного дела вообще полная неразбериха. Что такое "признаки состава преступления"? Субъект преступления относится к элементам состава преступления? Относится. Субъективная сторона относится? Относится. А как можно установить эти пресловутые признаки состава преступления, если субъект еще не установлен? Вопрос не праздный, ибо в ст.ст. 3 и 5 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и

союзных республик прямо указывалось, что уголовное дело возбуждается при наличии признаков преступления и отсутствии обстоятельств, исключающих уголовную ответственность за деяния, и на этом базировалась вся теория советского уголовного процесса. СССР нет, нет и Основ уголовного судопроизводства, но они, как Улыбка Чеширского Кота: Кота уже нет, а Улыбка остается. Теоретики продолжают смаковать проблему. В реальной действительности признаки состава преступления на стадии возбуждения уголовного дела – это химера. Возбуждаются дела по факту убийства, кражи, даже если потом выясняется, что деяние совершил невменяемый или малолетний, а вот если субъект преступления заранее известен, то дело возбуждается чуть ли не тогда, когда ему уже можно предъявлять обвинение.

Подведем итоги. Сегодня усилия теоретиков уголовного процесса сосредоточены на совершенствовании конструкции каждого института или нормы в отдельности. В рамках узкой направленности задач результат чаще всего ощутим. Но в целом происходит то же, что и при строительстве жилого дома из кирпичей, проектную документацию на которые разрабатывали разные НИИ. Поэтому кирпичи получились разной формы и конфигурации, одни – кислотоустойчивые, другие – огнеупорные, третьи выдерживают падение с высоты, но разрушаются под нагрузкой. Дом из них слепили, а смотреть на него нужно только через очки с очень темными фильтрами, да и сколько он простоит – большой вопрос. Цель уголовного процесса – обнаружение и раскрытие преступления, изобличе-

ние виновного, справедливое его наказание и недопущение осуждения невинного – размывается, порой отходит на второй план, подменяется средствами ее достижения. Возбуждение уголовного дела – одна из многих тому иллюстраций.

Проблема нарушения прав и свобод граждан возбуждением уголовного дела создана искусственно. По злой воле или по недомыслию, но она активно используется для сокрытия совершенных преступлений и противодействия расследованию. Вариантов ее решения несколько. Не столь важно, какой из них будет принят, главное, чтобы проблема была решена, и как можно скорее. Первый шаг на этом пути – отмена как неконституционного Решения Конституционного Суда Украины № 3-рп/2003 от 30 мая 2003 года, законодательных и других нормативных актов, процедурно препятствующих своевременному выявлению и раскрытию преступлений, изобличению виновных.

Авторов этих документов понять можно. Возбуждение уголовного дела сегодня действительно стало средством решения политических и предпринимательских конфликтов. Однако, как известно, благими намерениями вымощена дорога в ад. Когда уголовный процесс пытаются реформировать с учетом сиюминутных конфликтов, следует помнить, что в военном деле соревнование брони и снаряда длится столетиями, но ни одна сторона так и не отпраздновала стабильную победу. Только каждая новация требует все больших затрат, приводит к снижению эффективности военных операций в целом.

В медицине уже появилось специальное направление – ятрогенная патология, где изучают болезни, вызываемые лекарствами. Сегодня таковых извест-

но более пяти тысяч, причем некоторые из них смертельны. Прямая аналогия с "лечением" уголовного процесса так и напрашивается.

Если говорить об эффективности предупреждения использования закона в противоправных целях, то о ней можно судить на примерах сложившейся практики: после отмены судом постановления о возбуждении конкретного уголовного дела спустя некоторое время (иногда через 2-3 дня) выносится новое постановление о его возбуждении, только по другой статье УК, хотя фабула дела не меняется. И так по 3-4 раза. Другой вариант – добавляется новый эпизод, доказанность которого проверять не требуется, и запускается очередной виток карусели.

Не где-нибудь, а в журнале Генеральной прокуратуры Украины, и не рядовой автор, а советник министра юстиции Украины приводит пример, когда за административный проступок с получением дохода в 5 грн. 25 коп. незаконно конфискован товар на сумму 800 тыс. грн., который, несмотря на судебное решение, владельцу не возвращен, ущерб не возмещен, а виновные не наказаны¹.

Объектами таких посползновений являются как видные деятели оппозиции, так и рядовые коммерсанты. В цивилизованных странах политика – продолжение закона. Мы же вынуждены конструировать закон с учетом проводимой политики. Но пока идея правового государства не более чем лозунг, любые попытки противостояния закона власти обречены на провал, ибо отношение к закону (прежде

¹ См.: Грицаенко А. Радіти зарано, або Про деякі аспекти судово-правової реформи в Україні: реальність та перспективи // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 5. – С. 91.

всего чиновничества) характеризуется как правовой нигилизм. При этом остаются без внимания и соответствующего контроля вопросы заинтересованного использования неоднозначного применения закона криминальными структурами.

Криминальный бизнес активно наступает по всему фронту, применяя все средства, в том числе механизм лоббирования, в целях обеспечения своей безопасности. А.М. Кравчук, говоря о засилье коррупции, откровенно заявил: "Верховная Рада превратилась в торговый дом"¹. Дело дошло до попыток использовать Конституционный Суд Украины для ликвидации Координационного комитета по борьбе с коррупцией и организованной преступностью при Президенте Украины². Задача ясна – разобщить силовые структуры, чтобы активно противодействовать каждой из них поодиночке. Ждать долго не придется. Так, уже разрабатывается проект постановления Верховной Рады № 5328 "Об утверждении концепции реформирования Службы безопасности Украины", предусматривающий сокращение ее структуры, функций и численности сотрудников, ликвидацию собственных учебных заведений. Все это – звенья одной цепи, и остается только надеяться на просветление разума у разработчиков Проекта УПК Украины.

Поживем – увидим.

¹ Первый о главном. Интервью А. Кравчука // Аргументы и факты. – 2004. – № 16 (454). – Апрель.

² См.: Евтеева Е. Нет комитету при Президенте // Юридическая практика. – 2004. – № 16 (330). – 20 апреля.

О допустимости недопустимых доказательств

Доктринерский абсолютизм в оценке жизни всегда безжизнен, насильственен, всегда есть фари-сейское превозношение субботы над человеком.

Н. Бердяев

Стержень уголовного процесса – теория до-казательств. Традиционно она являлась "ареной боев гладиаторов". Ныне, похоже, подавляющая часть бойцов, ограничившись единичными новациями, вложила мечи в ножны, обменивается комплиментами и дружескими руко-пожатиями. Но перемирие заключено на странной основе: преступность растет, совершенствуется, а средства доказывания урезаются, ограничиваются условия их использования. Впрочем, современная концепция уголовного процесса – сплошное Зазер-калье, и потому одним парадоксом больше или меньше – удивляться не приходится.

Написал последнюю фразу и задумался: а есть ли у нас вообще какая-либо концепция уголовного процесса как завершенная, внутренне согласован-ная, последовательно исповедуемая теория? Не сво-

дится ли она к пересаживанию экзотических пальм с пляжей Майами в нашу промерзшую землю и последующим попыткам возвести вокруг них жалкое подобие оранжереи? Не потому ли мы так лихорадочно мечемся, провозглашая лозунг и тут же от него отказываясь?

Приняли за основу постулат: не может быть использована в качестве доказательства информация, полученная с нарушением установленного процессуального регламента. Утверждаем, что он соответствует западным образцам. Но в Европе периодически возникали дискуссии об обоснованности прослушивания разговора двух лиц с согласия или даже по инициативе одного из участников разговора. В 1994 году Европейский Суд по делу А. против Франции признал такую ситуацию не соответствующей ст. 8 Европейской конвенции "О защите прав человека и основных свобод", подчеркнув, что такого рода прослушивание должно осуществляться после надлежащего санкционирования. В США федеральное законодательство, законы всех штатов и ряд судебных решений запрещают использование незаконного подслушивания в качестве доказательства в суде. В федеральной системе и в подавляющем большинстве штатов запись является законной, если на нее дает согласие один из участников разговора. Есть несколько штатов, например Калифорния, где требуется согласие всех участников. Но ни один штат не позволяет использовать тайные записи, сделанные третьим лицом, не участвующим в разговоре, кроме случаев прослушивания правоохранительными органами по решению суда. Неза-

конность полученных записей явилась причиной, по которой федеральное гранд-жюри Северной Калифорнии, где свидетельствовал майор Мельниченко, не возбудило уголовное дело на их основании. У нас же не только возбуждено уголовное дело, но тратятся бешеные деньги на производство в какой уже раз криминалистической экспертизы этих заосчастных пленок. Генеральной прокуратурой Украины общены к уголовному делу по факту непонятого "исчезновения" кандидата в Президенты РФ И.П. Рыбкина пленки с записями телефонных переговоров самого И.П. Рыбкина и народных депутатов Украины с Б.А. Березовским, хотя происхождение этих пленок также неизвестно: Генпрокуратура Украины получила пленки от СБУ, СБУ от ФСБ, ФСБ от журналиста "Московского комсомольца", а он в свою очередь – по почте. Журналисты шутят: наверное, Березовский прислал.

И если объективно разобраться в ситуации – правильно делаем. Только теоретические постулаты почему-то не корректируем с учетом потребностей и возможностей практики.

Я не собираюсь анализировать реалистичность американского законодательства, ибо недостаточно его знаю. Отмечу лишь, что сентябрьские 2001 года события заставили американцев если не снять, то хотя бы приподнять розовые очки с уголовного процесса. Но с отечественной действительностью я знаком более чем достаточно. Если следователей ограничивают в назначении дорогостоящих экспертиз, а для выезда на место происшествия нет то автомашины, то горючего – о чем можно еще толковать?

Проблема недопустимости доказательств многоаспектна. В том или другом плане она затрагивается во всей работе. В данном разделе рассматриваются два составляющих ее постулата: исчерпывающий перечень источников доказательств и неизбежность установленной процессуальной формы получения и фиксации доказательств.

Говорят, бедность – мать пороков и изобретательности. Представляется, отечественная теория доказательств должна быть максимально направлена на искоренение пороков, но в равной мере открывать путь для изобретения новых средств доказывания и, что очень важно в каждом конкретном случае, разумно относиться к оценке их допустимости, не отмахивать "с порога" по формальным критериям, а буквально по крупицам "выжимать" информацию, имеющую доказательственное значение, даже из не совсем "качественного продукта".

Уголовно-процессуальным кодексом Украины установлен исчерпывающий перечень процессуальных источников доказательств и жестко регламентирован процесс доказывания. В УПК РФ прямо предусмотрено: "Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми" (ст. 75). По этому пути, хоть и не совсем последовательно, идут авторы отечественного Проекта УПК. Невольно задумываешься, что бы было, если бы, например, конструирование одежды получило столь же исключительную регламентацию, как и теория доказательств. Наверняка мы бы сегодня ходили в костюмах Адама и Евы или, если взять точкой отсчета современный уголовный процесс, в

сюртуках и юбках-макси конца XIX века. И никаких тебе джинсов, мини-юбок, других новинок моды.

Понятно, что уголовный процесс в силу своего предназначения консервативен, не сравним с капризами моды. В нем, как и в юридической науке в целом, большая роль отводится догматике. Философы отмечают, что наука, подобно религии, обязана принимать определенную догматику, и именно этой ценой покупается возможность получать ответы на поставленные вопросы. Научные догмы в юридической и других общественных науках относят к одному классу с аксиомами в математике, физике, химии, других "точных" науках, где они не подлежат доказыванию именно потому, что их пока никто не сумел доказать. Считают, что признание фундаментальной роли таких внелогических суждений наравне с логикой представляет собой коренное отличие современной методологии. В этом видят прогресс науки, а также общность "точного" и "неточного" (гуманитарного) знания¹.

Но если в точных науках в процессе их развития аксиомы меняются и дополняются (например допустимость пересечения двух параллельных прямых), то в гуманитарных науках научные догмы в

¹ См.: Шрейдер Ю.А. Загадочная притягательность философии // Вопросы философии. – 1996. – № 7. – С. 178; Карлов Н.В. Наука о духе в естественнонаучном и техническом университете // Вопросы философии. – 1995. – № 2. – С. 97; Фейнберг Е.А. Эволюция методологии в XX веке // Вопросы философии. – 1995. – № 7. – С. 34; Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинной следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): Монография. – Х.: Право, 2003. – С. 466.

еще большей степени должны быть подвержены критическому переосмыслению. В полной мере это относится и к науке уголовного процесса, где каждая научная догма получает законодательную регламентацию в норме закона.



Фиксация в законе перечня процессуальных источников доказательств берет свое начало в инквизиционном процессе с его формальной теорией доказательств. Во времена инквизиции прямо определено в законе, какую ценность имеет каждое доказательство. В считающемся ныне цивилизованным праве этого нет, но ослиные уши инквизиции торчат в тех нормах УПК, которые сохраняют взятый (с небольшими вариациями) из средневековья и эпохи Ренессанса принцип фиксации неприкасаемого перечня источников доказательств, то есть их материальных носителей¹. Провозгласив право и обязанность следствия и суда оценивать доказательства по внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении доказательств в их совокупности, руководствуясь законом и правосознанием, законодатель фактически выхолостил этот принцип, сохранив в современном процессе рудименты процесса инквизиционного, и этот ата-

¹ Этой болезнью заразились и разработчики российского закона "Об оперативно-розыскной деятельности", регламентировав исчерпывающий перечень допустимых оперативно-розыскных мероприятий. Им вторят некоторые украинские теоретики ОРД, которые считают недостатком отечественного закона отсутствие в нем такого перечня.

визм почему-то благосклонно воспринят официальной наукой.

Нельзя не обратить внимания на внутреннюю противоречивость ст. 65 действующего УПК, сохраняющуюся в Проекте нового Кодекса. Часть первая статьи регламентирует: "Доказательствами по уголовному делу являются *любые* фактические данные, на основе которых в определенном законом порядке орган дознания, следователь и суд устанавливают наличие или отсутствие общественно опасного деяния, виновность лица, совершившего это деяние, и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела". По смыслу закона эти данные не *устанавливаются* (собираются, формируются) в определенном законом порядке, а *используются* в определенном законом порядке для доказательства наличия или отсутствия общественно опасного деяния и т.д. В то же время часть вторая ст. 65 УПК, в противоречие с содержанием части первой, гласит: "Эти данные устанавливаются: показаниями свидетеля, показаниями потерпевшего, показаниями подозреваемого, показаниями обвиняемого, заключением эксперта, вещественными доказательствами, протоколами следственных и судебных действий, протоколами с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий, и иными документами". Тем самым часть вторая ст. 65 сводит на нет допустимость использования *любых* фактических данных, что предусмотрено частью первой этой статьи.

В гражданском процессе допускаются ограничения по форме представляемых доказательств. Это обусловлено тем, что закон требует соблюдения определенного порядка оформления самих отношений, которые могут стать предметом спора. Но рассчитывать на то, что преступник будет соблюдать условия, в рамках которых в соответствии с законом формируются доказательства его вины... Тем не менее, процессуальная наука с упрямством, достойным лучшего применения, не только пытается их объективизировать, но и все более ужесточает выдвигаемые требования. За примерами далеко ходить не надо.

Иначе как абсурдом, типичным буквоедством не назовешь обвинение существующей практики в "рискованном правовом жонглировании" на том основании, что по ряду уголовных дел в качестве доказательства используются материалы ревизии: "Верховный суд в 1997 году подтвердил собственным постановлением пленума исчерпывающий перечень доказательств, перечисленных в ч. 2 ст. 65 УПК Украины, в 1999 году таким же постановлением поправил закон, признав доказательством по делам об уклонении от уплаты налогов (и только по ним) ревизию. Выносятся обвинительные приговоры на основании этого отсутствующего в УПК недопустимого доказательства. Можно достаточно уверенно прогнозировать торжество правового нигилизма в Украине (?!), если законодательно не будет закреплено правило конкуренции норм. Оно, как известно, предусматривает, что в случае противоречия закона или другого нормативного акта Уголов-

но-процессуальному кодексу решение принимается только в соответствии с ним"¹.

Я, признаюсь, вначале вообще не мог понять, какие претензии могут быть предъявлены к акту ревизии как одному из источников доказательств при расследовании хищений и других преступлений. Мне неизвестен ни один случай, когда бы в уголовном деле такой категории не было акта ревизии, оспаривалась его допустимость. Использование материалов ревизии в качестве доказательства имеет многовековую историю. УПК регламентирует производство экспертизы (судебно-бухгалтерской, экономической и др.) для проверки выводов ревизии. Однако экспертиза назначается лишь при наличии сомнений в них, а при отсутствии таковых материалы ревизии принимались и принимаются ныне за основу при решении вопроса о виновности или невиновности подозреваемого и обвиняемого.

Разгадка оказалась проста: производство ревизии регламентируется подзаконными актами, а в уголовном деле должны быть представлены только доказательства, перечисленные в УПК. Порядок производства экспертизы регламентирован УПК, и можно проконтролировать на досудебном или судебном следствии его соблюдение, а применительно к ревизии такой механизм отсутствует.

Позиция весьма показательна для иллюстрации последствий бездумного формализма, допускаемого отдельными авторами при конструировании науч-

¹ Кириченко А. Проект УПК: вперед в прошлое // Зеркало недели. – 2003. – № 7 (432). – 22 февраля. – С. 6.

ной концепции отечественного уголовного процесса. К сожалению, приведенный пример не исключение, а проявление довольно широкой тенденции.

Если обратиться к сути, то утверждение о безусловной гарантии достоверности выводов, сделанных экспертами благодаря процессуальной регламентации в УПК порядка производства экспертизы, явно преувеличено. При существующем многообразии видов экспертиз этот порядок не может не быть самым общим и потому малопродуктивным. Реально достоверность выводов экспертов обеспечивается соблюдением конкретных подзаконных актов, регламентирующих порядок производства судебно-медицинской, товароведческой и др. экспертиз, и в еще большей мере – разработанных методик исследования.

Производство ревизии не исключение. И то обстоятельство, что оно регламентировано в подзаконных актах применительно к разным отраслям хозяйствования и управления, ни в коей мере не умаляет ее силу. Регламентация порядка проведения ревизии в УПК алогична уже потому, что в большинстве случаев ревизии производятся до возбуждения уголовного дела и служат основанием для начала расследования.

Еще при написании кандидатской диссертации ("Методика расследования хищений в угольной промышленности") я вносил предложение об отражении в УПК некоторых аспектов проведения ревизии. Но речь шла не о процессуализации ревизии, а, напротив, об ограничении регламентированных ведомственными нормативными актами полномочий ревизи-

зора при работе по возбужденному уголовному делу¹.

Постановка вопроса о доказательственной силе акта ревизии неправильна в основе. Доказательствами в уголовном деле могут быть только факты, выявленные в ходе ревизии и зафиксированные в акте. Как и факты, установленные экспертами, они подлежат оценке на общих основаниях. Акт ревизии является источником доказательств независимо от того, включен он в перечень ст. 65 УПК или нет. В принципе составить исчерпывающий перечень источников доказательств при существующем многообразии действительности, увеличении арсенала средств совершения преступления и модификации мер противодействия преступности – задача заведомо утопическая.

В Проекте УПК акты ревизии не включены в перечень процессуальных источников доказательств, но назначение ревизии отнесено к числу способов сбора доказательств.

Аналогична ситуация с заключениями ведомственных и правительственных комиссий о причинах аварий и катастроф, в которых делаются выводы о нарушении конкретных норм правил безопасности ведения тех или иных работ и указываются лица, ответственные за обеспечение их соблюдения. Материалы такого рода расследования к процессуальным источникам доказательств в действующем УПК и проекте нового не отнесены. Однако по собствен-

¹ См.: Розовский Б.Г. О взаимоотношениях ревизора и следователя // Бухгалтерский учет. – 1964. – № 10.

ному опыту расследования аварий в угольных шахтах знаю, что далеко не всегда выводы указанных комиссий требуют подтверждения соответствующей экспертизой. Можно, безусловно, указанные материалы, как и акты ревизии, отнести к заключениям специалистов, но натяжка очевидна. Если же стать на позицию оппонентов-"буквоедов", то отрицать процессуальный статус актов ревизии и ведомственного расследования оснований нет хотя бы потому, что в ст. 65 УПК к источникам доказательств отнесены аморфные "иные документы", порядок составления которых вообще не регламентирован. Подчеркиваю, делаю это, пользуясь методологией оппонентов, которую абсолютно не разделяю. Повторяю, мое кредо: исчерпывающий перечень источников доказательств – абсурд.

Я хочу консервативным теоретикам уголовного процесса задать простой вопрос: как они себе представляют, откуда взялся в УПК существующий перечень процессуальных источников доказательств? Он что, упал в готовом виде с неба или спроектирован какими-то провидцами? Неужели кто-то всерьез думает, что, скажем, такое следственное действие, как воспроизведение обстановки и обстоятельств события, переименованное в Проекте УПК Украины в проверку показаний на месте, было изобретено законодателем? Оно родилось в следственной практике, прошло испытания на протяжении не одного десятилетия, получило научное обоснование и только после того было воспринято законодателем. До того следственное действие производилось в обход закона. Признавая его результаты в качестве дока-

зательства, шел на нарушение УПК суд. Ныне широко применяется следственный эксперимент, который только предусматривается регламентировать в Проекте УПК Украины, проводятся такие модифицированные следственные действия, как взаимное опознание, имеющее полувековую историю, изготовление фоторобота и, возможно, многое другое, что войдет в УПК очень не скоро.

Попутно отмечу отсутствие у нас механизмов оперативной процессуальной регламентации следственных действий, разработанных практикой. Они вносятся в Кодекс только при принятии новой его редакции, да и то не всегда. Возьмем то же взаимное опознание. Я – не знаю, какой применить термин – “изобрел” его, когда столкнулся по одному делу с необычной ситуацией. Потерпевшая заявила, что не очень уверена в возможности опознать обвиняемого из-за плохого освещения улицы, где совершено преступление. В свою очередь обвиняемый, признавая себя виновным, изъявил согласие произвести опознание потерпевшей, но также выразил сомнение в его результативности. Опознание одним участником по стандартной методике исключало возможность проведения опознания другим, но кому отдать предпочтение, если оба сомневаются в успехе? Так и родилась идея произвести взаимное опознание с модификацией требований УПК. Эксперимент оправдался. Опознание и потерпевшей, и обвиняемым было результативным. О возможности

проводить взаимное опознание я написал статью¹, сделал доклады на нескольких научно-практических конференциях. Идею подхватили и развили другие ученые², она нашла отражение даже в учебниках³. Но в УПК такого следственного действия нет. И его вновь и вновь изобретают практики. Так, прокуратура г. Харькова распространила опыт следователя И. Стороженко, осуществившего взаимное опознание потерпевшим и обвиняемым, а некоторые теоретики, открыв заново давно забытое, спешат с предложениями: "Доказательственное значение такого комплексного опознания невозможно переоценить, а организация и тактика проведения описанного следственного действия должна войти в хрестоматии криминалистики"⁴.

Стоит подумать об обоснованности исключения в Проекте УПК следственного действия – воспроизведения обстановки и обстоятельств события и замены его на проверку показаний на месте. Действительно, в преобладающем большинстве случаев его цель – проверить соответствие данных лицом показаний реальной обстановки на местности или в конкретном объекте. Следственным действием подтверждается или не подтверждается знание им этой

¹ См.: Розовский Б.Г. О взаимном опознании // Советская милиция. – 1965. – № 10.

² См.: Бурданова В.С., Быховский И.Е. Предъявление для опознания на предварительном следствии. – М., 1975. – С. 56-57.

³ См.: Криминалистика: Учебник / Под ред. Н.П. Яблокова. – М.: Юрист, 2000. – С. 483.

⁴ См.: Карпов Н.С. Теоретичні основи та практика використання передового досвіду органів внутрішніх справ у протидії злочинній діяльності. – К., 2003. – С. 49.

обстановки. Существенное значение имеют факты, когда, например, при выходе на место совершения преступления виновный заявляет, что ныне здесь произошли изменения: окно заложено кирпичом, срублено дерево, возведена ограда и т.п., чего по обстоятельствам дела он знать не мог. Иными словами: *лицо обладает информацией*, и следственным действием проверяется ее объективность. В такой интерпретации данное следственное действие допустимо именовать проверкой показаний на месте.

Однако в следственной практике воспроизведение обстоятельств и обстановки события осуществляется и с иной целью.

В окрестностях шахтерского поселка Горское было совершено групповое изнасилование тринадцатилетней школьницы. Через неделю трагедия повторилась с ее одноклассницей. Девочки, проживающие в близлежащих селах, поодиночке возвращались домой после занятий во вторую смену из поселковой школы. По дороге на них напала ватага подростков. Погода типичная для Донбасса зимой: на небе ни луны, ни звезд. Огни поселка мерцают вдали, можно разобрать лишь силуэты насильников. Присмет никаких. В полушоковом состоянии потерпевшие не запомнили никаких деталей происшествия, даже количества насильников.

После второго изнасилования родители перестали пускать детей в школу, направили жалобы во все инстанции. Дело взяли на контроль в ЦК КПУ. Допросили около сотни школьников, родителей, учителей. Зацепок – никаких. Принял дело к производству. Повторно допрашиваю потерпевших с участием

врача, педагога и без них – результатов нет. Есть только одна деталь: насильники явно не имели сексуального опыта. Понимаю, что если передопрошу всех подростков поселка, итог будет тот же. Прошло время, кто может сказать, где и с кем находился именно в тот вечер? Сведений об устойчивых группах нет. Типичный "глухарь".

Приглашаю одну из девочек (более интеллектуально развитую) пройти вместе в то же время тем же маршрутом. Идем, молчим. Спрашиваю: "О чем думала, когда шла со школы?" – "Меня похвалила учительница за мой ответ и я еще раз вспоминала урок". – "Расскажи, что вспоминала". Начинает подробно излагать что-то из естествознания. Когда становится виден силуэт заброшенного террикона, возле которого произошло преступление, девочка вдруг останавливается: "Здесь я услышала лай собаки, и кто-то из мальчиков крикнул: "Каштан, куси!". Собака ко мне не подбегала, но когда я подошла к террикону, на меня набросились мальчишки".

Утром привожу из райцентра ветеринарного врача, мобилизую всех студентов медицинского училища. Ветврач объясняет, что в поселке произошел случай заражения человека от инфицированной собаки. Необходимо срочно осмотреть поголовно всех собак и выявить, у кого есть лишай. Одновременно следует записать клички собак. В середине дня становится известно: в поселке четыре собаки по кличке "Каштан", из них две содержатся без привязи, и в семье хозяев одной из них есть мальчик-школьник. В конце дня все одиннадцать секс-дебютантов (некоторые не достигли возраста уго-

ловной ответственности) в присутствии классных руководителей собственноручно писали сочинение на заданную тему на бланках протокола допроса.

Описанное действие явно не является проверкой показаний – показаний как таковых до того не было. Нельзя его назвать и допросом на месте события: ни психологически, ни организационно это не допрос. К тому же действующий УПК и Проект предусматривают допустимость допроса только в месте проведения досудебного следствия и, в порядке исключения, по месту нахождения потерпевшего и свидетеля. Это типичное, я бы сказал – классическое, воспроизведение обстоятельств и обстановки события с той лишь модификацией, что при его проведении не требуется участие понятых. Жаль, если оно с реализацией Проекта УПК уйдет в процессуальное подполье.

Некоторые авторы признают: "... с развитием способов совершения преступления и появлением новых составов преступлений может возникнуть необходимость в появлении неизвестных действующему уголовно-процессуальному закону следственных действий. Их формирование может возникнуть и на базе расширения существующих познавательных возможностей, открываемых в том числе и современным научно-техническим прогрессом"¹. Парадокс в том, что констатация такой возможности сопровождается категорическим утверждением: "Только законодатель может расширить или как-то

¹ Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учебное пособие. – Ижевск: Изд-во Удм. ун-та, 1993. – С. 99.

видоизменить указанный в УПК перечень источников доказательств"¹.

Нельзя не понимать: законодательное зашоривание, если ему будут повиноваться, лишает следователя и оперативного работника права на творчество, столь необходимое в расследовании преступлений, превращает их в механических роботов. В свою очередь, трафаретная следственная и оперативно-розыскная практика – это прямой путь к стагнации соответствующих отраслей науки, к разоружению ее в борьбе с преступностью.

В соответствии со ст. 55 Конституции Украины каждый вправе защищать свои права и свободы всеми доступными способами, *не запрещенными законом*. Почему же следователь, защищая права и свободы потерпевшего, интересы государства, должен ограничиваться только средствами, *разрешенными законом*? О каком, пусть опосредованном, но предполагаемом, равенстве прав обвиняемого и потерпевшего можно тогда вести речь?

Сегодня получил законодательную защиту оправданный риск. Но если допустим риск врача, идущего во имя спасения жизни пациента на нестандартную хирургическую операцию, то почему мы лишаем следователя и оперативного работника права на оправданный риск использования столь же нетрадиционных средств доказывания для защиты прав потерпевшего и общества, восстановления справедливости, предотвращения неоснова-

¹ Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учебное пособие. – Ижевск: Изд-во Удм. ун-та, 1993. – С. 99.

тельного обвинения подозреваемого и т.д., "если, – как гласит ст. 42 УК Украины, – поставленная цель не могла быть достигнута в данной обстановке действием (бездействием), не связанным с риском, и лицо, допустившее риск, обоснованно рассчитывало, что предпринятые им меры являются достаточными для предотвращения вреда правоохраняемым интересам"? Следует отметить, что большинство авторов, исследовавших проблему риска в раскрытии и расследовании преступления, на первое место ставят именно риск нарушения буквы закона, однако кардинальное решение не найдено.

Хотелось бы получить внятный ответ: почему вчера результаты снятия информации с каналов связи относились к недопустимым доказательствам, а сегодня, после внесения дополнений в ст. 187 УПК, их допустимость перестала вызывать сомнение? Технология снятия информации не изменилась ни на йоту, документирование – почти то же, разве что ранее оно осуществлялось оперативным работником, а теперь по букве закона (а не в действительности) – следователем. Но не исключается документирование и оперативным работником, поскольку снятие информации может проводиться до возбуждения уголовного дела. Что придает информации доказательственную силу – буква закона или содержание? Как уже однажды отмечалось, напишите в УПК, что северное сияние или метеоритный дождь являются доказательством причастности к убийству человека, обнаруженного спустя месяц или год на месте происшествия, доказательственной силы такой информации не прибавится.

Переход к исковой форме уголовного судопроизводства означает расширение инициативы сторон в доказывании, а инициатива, в свою очередь, предполагает поиск новых средств и способов доказывания, объективно обусловленное нарушение традиционных канонов. В то же время любое отступление от требований закона – это посягательство на основополагающий принцип законности в уголовном процессе, оправдания чему быть не может. *Dura lex, sed lex* (закон суров, но это закон). Эта максима была и остается незыблемой. Общеизвестно, что, учитывая требования жизни, законы могут изменяться, но ни разу ни под каким предлогом не должны нарушаться. На том воспитаны сотни и тысячи поколений юристов. Но в данном постулате допустимо сместить акценты: если требования жизни вступают в конфликт с законом, закон нужно не просто изменять, а совершенствовать саму конструкцию таким образом, чтобы исключить необходимость внесения подобных изменений. Поэтому представляется перспективным не периодически вынужденное расширение в законе перечня источников доказательств, а отмена самого принципа его фиксирования. Доказательством могут быть любые фактические данные, способы получения которых бесконечны.

Тезис о нецелесообразности фиксирования в Уголовно-процессуальном кодексе исчерпывающего перечня доказательств имеет множество теоретических доводов, но вряд ли стоит тратить на это время. Его обоснованность доказывает сама жизнь, многовековая практика, в ходе которой вырабаты-

вались и продолжают вырабатываться новые, не регламентированные законом эффективные следственные (и оперативно-розыскные также) действия, совершенствуются формы и методы противодействия преступности.



амного сложнее проблема оценки постулата о незыблемости процессуальной формы получения и фиксации доказательств.

Ныне в научных изданиях и средствах массовой информации Проект УПК подвергается огульной критике. Это естественно, ибо специалистам прежде всего бросаются в глаза недостатки. Если их не устранить, они сделают Кодекс недееспособным. А недостатков в Проекте, как всегда, более чем достаточно. Для многих отцов-законодателей законодательная техника – terra incognita. Они могут с полным основанием именоваться соавторами не одного десятка диссертаций, защищенных на основе анализа пробелов и противоречий в принятых и принимаемых законах и предложениях по их устранению. Точно как у Гоголя в "Женитьбе": "Вот если бы нос Ивана Ивановича да к глазам Семена Семеновича...". Иногда, правда, физиономию вообще не разберешь – только расплывчатый силуэт.

Нельзя признать нормальным, когда, анализируя Проект УПК, одни авторы вообще не находят никаких проблем, а другие, наоборот, считают, что, кроме проблем, ничего нет. Проект УПК не шедевр, но его нельзя рисовать только черной краской. Он черно-белый, как зебра. И пусть пессимисты говорят, что зебра – черная с белыми полосками, а оптимисты – белая в черную полоску, суть не меняется.

Достоинств у Проекта УПК достаточно, есть новации, за которые я перед авторами готов снять шляпу.

В теории утвердилась точка зрения, согласно которой доказательство – это единство фактических данных, т.е. сведений и их источников. Ряд ученых включает в понятие доказательства еще и порядок, процедуру собирания доказательств, без соблюдения которых сведения о преступлении не могут стать допустимыми доказательствами. Обобщая, можно выделить следующие компоненты допустимости доказательств: а) известность и возможность проверки их происхождения; б) компетентность и осведомленность лиц, от которых они исходят и которые их собирают; в) соблюдение общих правил доказывания; г) соблюдение общих правил собирания данных определенного вида, гарантирующих от неполноты и искажений; д) отказ от включения в них догадок, предположений.

Вместе с тем, получают признание предложения исследовать отдельно каждую из составляющих понятия доказательства. Разумность такого подхода очевидна.

События и факты, являющиеся предметом доказывания, имеют объективную природу, существуют независимо от того, известны ли они субъектам уголовного процесса, возбуждено уголовное дело, проводится расследование или нет. Их познание происходит в рамках общенаучных методов, разрабатываемых гносеологией. Уголовный процесс регламентирует не форму познания (это верно лишь отчасти), а форму вовлечения информации в процесс доказы-

вания, облегчающую ее оценку. Однако сама по себе процессуальная форма не является гарантией качества, достоверности информации. Протокол допроса может быть составлен в соответствии со всеми требованиями УПК, но это не исключает, например, применения психического или физического насилия при получении показаний обвиняемого. И наоборот, протокол может быть составлен с серьезными отклонениями от установленной формы, но информация сомнений не вызывает.

В Российской Федерации УПК в новой редакции уже принят, и там с новой силой развернулась перманентно проходившая ранее полемика по поводу последствий неукоснительного соблюдения новаций. Как и у нас, преклонения перед "буквой" достаточно. Например, вновь утверждается: "Отдельные следственные действия могут быть выполнены только после обязательного проведения строго определенных законом предшествующих им следственных действий. В частности, очная ставка может быть произведена только после допросов лиц, в показаниях которых имеются существенные противоречия... Нарушение этих требований недопустимо"¹. Но что все же будет, если по тактическим соображениям следователь не стал терять время на допрос свидетеля и сразу произвел очную ставку с подозреваемым? Кто согласится не признать полученную в итоге информацию о месте хранения вещественных

¹ Исаенко В. Следственные действия и полномочия прокурора по надзору за ними // Законность. – 2003. – № 2. – С. 22; См. также: Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1972. – С. 34-35.

доказательств или документов, которые вскоре были изъяты при обыске?

Или в продолжение еще одно высказывание того же автора: "Принимая решение о производстве следственного действия, требующего, в соответствии с ч. 2 ст. 29 УПК РФ, обязательного разрешения суда, следователь, дознаватель, прокурор обязаны предварительно оценить достаточность оснований, которыми можно аргументировать перед судом необходимость проведения данного следственного действия. Это тем более необходимо, если в определенных условиях принято решение о производстве одного или совокупности следственных действий, перечисленных в ч. 2 ст. 29 УПК, без разрешения суда, но с обязательным его уведомлением через надзирающего прокурора. В таких случаях недопустимо исходить из принципа "победителя не судят", т.е. рассчитывать на то, что при обнаружении (например, в ходе проведенного без разрешения суда обыска) имеющих отношение к расследуемому преступлению вещественных доказательств суд не будет анализировать достаточность оснований для проведения обыска. Следует помнить, что в случае, если суд признает недостаточными представленные основания для проведения уже выполненного без его разрешения следственного действия, его результаты будут признаны не имеющими юридической силы"¹ (курсив мой. – Б.Р.).

¹ Исаенко В. Следственные действия и полномочия прокурора по надзору за ними // Законность. – 2003. – № 2. – С. 23.

Вновь обращаюсь к собственной практике. Произвожу допрос подозреваемого в убийстве. Задача – выяснить, где хранится пистолет, из которого оно совершено. Оценивая установленные связи, можно полагать, что пистолет находится в одной из двух десятков квартир граждан, с которыми допрашиваемый поддерживал тесные отношения. Производить двадцать обысков – это крайняя мера, основной для нее мало. Допрашиваемый виновным себя не признает, однако, понимая, что все его связи мне известны, ничего не отрицает, рассказывает, с кем и где проводил время, кого вместе крестили, кого хоронили. Внимательно наблюдая за реакцией, вижу, что о двух своих товарищах он говорит как-то не так. Внешне поведение не изменилось, но интуитивно понимаю: если не "горячо", то, во всяком случае, "тепло". Организую одновременное проведение обысков. В одной из квартир находим пистолет, в другой, как выяснилось, он хранился за месяц до того.

О каких основаниях для проведения обыска может идти речь? Если обыск произведен на основании интуиции следователя, изъятый пистолет нельзя приобщать к делу в качестве вещественного доказательства? И незачем охать и ахать по поводу волюнтаризма, произвола, беззакония. Следствие – это всегда риск. Повторяю и повторяю: загоним его в жесткое стойло – получим живой труп.

Радуется, что отечественные парламентарии наконец при разработке закона частично отошли от идеализированных догм теории доказательств, реалистично начали оценивать существующую практи-

ку досудебного расследования. Впервые в Проекте УПК предлагается признать вполне очевидную истину: "не все нарушения норм уголовного процесса имеют негативный для объективного решения дела результат" (ст. 164 ч. 1). Не могут быть положены в основу обвинения доказательства, собранные с такими нарушениями требований Кодекса, которые повлияли или могли повлиять на их достоверность (ст. 164 ч. 2)¹.

Нетрудно представить сложности преодоления сопротивления консервативной части теоретиков уголовного процесса, отстаивающих с оглядкой на Запад незыблемость кристальной чистоты процедуры собирания доказательств. Поэтому я хочу выступить в поддержку новации ст. 164 Проекта УПК, исключаяющей недопустимость любых нарушений требований УПК, и напомнить старую народную мудрость: "Ошибка существует лишь в своих последствиях". В равной мере данный принцип может быть распространен на непреднамеренные и даже преднамеренные нарушения процессуальных норм.

В то же время считаю, что разработчики Проекта остановились на половине пути, исключив в ст. 164 возможность использования в доказывании и той информации, которая получена:

- с нарушением формальных требований соблюдения конституционных свобод и прав граждан;

¹ Предпринимались и ранее попытки смягчить требования недопустимости доказательств, относя к ним только те, которые получены с существенным нарушением УПК. Однако понятие "существенное нарушение" допускает многозначность при его толковании. Формула Проекта УПК конкретна и более приемлема.

- от так называемых вторичных свидетелей (не путать со свидетелями по слуху), излагающих рассказ конкретных очевидцев, когда установить и, соответственно, допросить последних не представляется возможным;

- с применением противоправного насилия (об этом в следующем разделе настоящей работы).

Немецкий философ и математик Г.В. Лейбниц с полным основанием утверждал: "Доказанное примерами никогда нельзя считать полностью доказанным". Действительно, получить объективное представление о том или ином явлении или факте можно, лишь сопоставив его с другими явлениями и фактами в рамках соответствующей системы, где они служат примером, проявлением общей закономерности. А это – задача теории. Примеры же – те кирпичики, из которых она строится после всестороннего их осмысления. Но из одинаковых кирпичей можно возвести и дворец, и хижину, и бесформенное сооружение, не несущее никакой функциональной нагрузки. Почти в любой отрасли науки существуют теории, поразному объясняющие природу одних и тех же явлений и закономерностей. Я хочу акцентировать внимание на другом важнейшем свойстве примеров – их способности иллюстрировать соответствие или несоответствие потребностям практики самой, на первый взгляд, стройной теории.

К сожалению, такой подход в большинстве современных работ по теории доказательств в уголовном процессе начисто отсутствует. Теория обосновывается через теорию. И начинается с постулата:

процессуальная форма – это краеугольный камень, фундамент, основа, базис, незыблемая скала и т.д. и т.п. всей теории доказательств. (Перечень зависит от словарного запаса автора, не знакомого с мудрой характеристикой поэтессы А. Рубальской: "Напрасные слова – виньетка ложной сути"). Делаются ссылки на работы предшественников, утверждавших, что процессуальная форма относится к числу фундаментальных категорий науки уголовного процесса. Она создает режим законности, являющийся первоочередным условием борьбы с преступностью, необходимой гарантией от произвола и судебных ошибок, создает детально урегулированный, стойкий, юридически определенный, строго обязательный, стабильный правовой режим производства по уголовным делам. Без предусмотренных законом процессуальных документов нет уголовного дела, а следовательно, нет и его сущности.

Все правильно, и вряд ли кто-то будет это оспаривать. Но у меня вопрос: что будет, если краеугольный камень, фундамент, основа, базис и т.д. в каком-то месте дал трещину – в одном из юридических документов, которым зафиксирован процесс получения доказательств, допущено отступление от установленной формы? Повлечет ли это обвал всей конструкции доказательств или самодостаточность конструкции обеспечивается содержанием информации, признанной доказательством? Подобные ситуации не исследуются. Специалисты, особенно молодые ученые, работающие над диссертациями, об-

ходят их стороной, боятся как черт лаdana¹. Но жизнь, реальная следственная практика полны противоречий, и заглаживать их недопустимо.

Не могу не привести по этому поводу строки, принадлежащие одному из моих любимых поэтов-современников Андрею Дементьеву:

Пусть юность и спешит, и ошибается,
Пусть думает
И рвется напролом...
Не принимаю осторожность паинек,
Входящих смело в мир с поводырем.

Вопреки традиции, оставим теорию и начнем с практических примеров, и прежде всего – с примеров, подтверждающих революционную новацию законодателя: "Не все нарушения норм уголовного процесса имеют негативный для объективного решения дела результат".

При поверхностно проведенном обыске следователь не обнаружил деньги и ювелирные изделия, нажитые преступным путем, которые, по оперативным данным, находились в квартире обыскиваемого. В то время, когда следователь в жилой комнате составлял протокол, присутствующий при обыске участковый инспектор с разрешения хозяина вышел на кухню выпить воды. В поисках стакана он

¹ Примером может служить недавно изданная монография С.В. Слинько "Проблеми правового статусу суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності". (Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. – 280 с.). Судя по структуре, она написана по материалам кандидатской диссертации. В ней я не нашел вообще ни одного примера – ни за, ни против. Все критические замечания и предложения либо не аргументируются, либо обосновываются ссылкой на научные авторитеты.

заглянул в посудный шкафчик – и обнаружил там пакет. Вместо того, чтобы пригласить следователя и понятых, работник милиции извлек пакет и принес его следователю. Обыскиваемый тут же заявил, что пакет ему не принадлежит и подброшен с провокационной целью. Безусловно, процессуальный порядок производства обыска нарушен, но ведет ли это нарушение к утрате доказательственного значения обнаруженных ценностей? Сошлемся на конечный результат: в суде принадлежность денег и ювелирных изделий лицу, у которого производился обыск, была установлена показаниями участкового инспектора, обнаружением при возобновлении обыска упаковочного материала (часть от целого, как установлено экспертизой, представляла упаковка ценностей), наличием следов пальцев рук на денежных купюрах и опознанием одного из находившихся в пакете ювелирных изделий его продавцом. Таким образом, полная процессуальная несостоятельность источника получения вещественных доказательств – обыска – не явилась препятствием для изобличения преступника.

Действующий УПК и Проект нового вводят ограничение на использование информации, источник которой неизвестен. Однако наиболее консервативные теоретики требуют распространения этого правила на все без исключения случаи, предлагая следующую редакцию нормы: "Не могут служить доказательствами фактические данные, источник и способ получения которых неизвестен или запрещен законом, а также данные, полученные незаконным путем". Не ограничиваясь публикациями в статьях и

монографиях, они навязывают данную трактовку как якобы уже вытекающую из закона в научно-практических комментариях к УПК Украины¹.

К сожалению, такого рода новации остаются без широкого обсуждения. Однако их профессиональную полезность для практики можно оценить на следующем примере.

Молодой орнитолог задался целью записать голоса птиц, обитающих в городе. Для этого он скрытно установил микрофон в укромном уголке парка. При прослушивании полученной записи начинающий естествоиспытатель с удивлением обнаружил, что на пленке зафиксирован разговор двух лиц об обстоятельствах совершенного накануне преступления. Преступники сетовали, что когда они проникли с целью совершения кражи в квартиру и обнаружили там спящего хозяина, третий соучастник, которого именовали "Боровом", ударом ломака его убил. Из-за этого сбывать похищенные вещи стало опасно и их пришлось спрятать в подвале заброшенного недостроенного дома.

Орнитолог немедленно отнес кассету с магнитофонной пленкой в прокуратуру. Следователь составил необходимые протоколы, приобрел ее в качестве доказательства и дал соответствующее поручение органу дознания. По некоторым деталям разговора сотрудники уголовного розыска вычислили упоминавшийся дом и при оперативном осмотре обнаружили похищенные вещи. У дома организовали заса-

¹ См.: Тертишник В.М. Научно-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: А.С.К., 2002. – С. 285.

ду и спустя несколько дней зафиксировали, что туда вошли двое мужчин, которые через 10 минут вышли, не вынося никакого багажа. Мужчин задержали, ими оказались ранее судимые Титарчук и Саенко. Задержанные заявили, что они не знакомы, случайно встретились на улице и зашли в недостроенный дом, чтобы укрыться от внезапно начавшегося дождя, однако из-за обилия нечистот решили там не задерживаться.

После допроса Титарчуку, а затем и Саенко предъявили для прослушивания аудиозапись разговора в парке. Оба показали, что голоса принадлежат им, признались в совершении преступления и назвали третьего соучастника. В дом они заходили, чтобы проверить сохранность спрятанных вещей.

В процессе расследования были проведены шесть опознаний по голосу лицами, знавшими Титарчука и Саенко, и экспертизы для идентификации личности по голосу. Вопрос о доказательственном значении магнитофонной пленки, естественно, не возникал.

В реальной действительности описанные события имели место с одним исключением: орнитологом оказался десятилетний мальчик, который испугался мести преступников и не пришел к следователю, а подбросил пакет с пленкой ко входу в прокуратуру. Его личность установили случайно спустя несколько месяцев после суда. Следователю и суду не было известно происхождение пленки, место и обстоятельства записи разговора Титарчука и Саенко, однако кассету приобщили к делу в качестве доказательства, провели описанные выше следственные дейст-

вия, раскрыли преступление и вынесли приговор в отношении виновных. Какие возможности исследовать доказательства у суда *реально* были ограничены?

Приведенные примеры служат иллюстрацией малоисследованного свойства доказательственной информации – многоаспектности, что позволяет извлекать ее из одного источника разными процессуальными способами и средствами, не конкурирующими между собой, не взаимоисключающими, а взаимодополняющими. Более точно: в одном и том же факте может содержаться неопределенное количество имеющих самостоятельное значение источников информации, весьма опосредованно связанных с первичным источником поступления сведений о факте. Поэтому подброшенная магнитофонная пленка не имеет доказательственного значения по происхождению, но сохраняет его в части содержания зафиксированного диалога преступников; пакет с приобретенными преступным путем ценностями введен в судопроизводство с нарушением на первом этапе регламентированного законом процессуального порядка, но все последующие акты извлечения доказательственной информации полностью правомерны.

Отечественный процессуалист Д. Филин обоснованно ссылается на наличие двух конкурирующих концепций недопустимости доказательств: "чая и чернил" (аналог плодов отравленного дерева), согласно которой ложка чернил портит стакан чая, и "разбитого зеркала" – если зеркало разбилось, можно посмотреть, что видно в каждом кусочке. Будучи

приверженцем второго подхода, Д. Филин приводит убедительные доводы в пользу концепции дифференциации доказательств. Например, если в ходе допроса свидетель, не предупрежденный о свидетельском иммунитете, дал показания не только в отношении себя или своих близких родственников, но и в отношении других лиц, то первый блок информации, касающийся свидетеля и его близких родственников, недопустим для использования в качестве доказательственной информации по делу, тогда как информация в отношении других лиц может быть использована в доказывании¹.

Разумность позиции бесспорна. Однако если обобщить большинство теоретических выкладок других авторов, то процессуальная форма будет подобна хрупкому стеклянному сосуду, наполненному доказательственной жидкостью. Малейшая трещинка – и жидкость безвозвратно вытекла. А на практике процессуальная форма – это (с некоторой модификацией) скорее известная сказочная пещера. Соблюсти процессуальные условия – все равно, что сказать: "Сезам, откройся!". Но напугал в коде процессуальной формы – вооружайся дополнительной техникой (в данном случае – криминалистической), расчищай и укрепляй боковые штольни, протаскивай сокровища через узины и острые выступы. Иногда удачно, а иногда можешь часть, а то и все потерять.

¹ См.: Филин Д. Дифференциация доказательственной информации // Законность. – 2002. – № 2. – С. 45-46.

Я прекрасно понимаю целевую направленность требований соблюдения процессуальной формы. Доказывание – это, без преувеличения, хождение по минному полю. Процессуальная форма по замыслу позволяет отследить каждый этап получения доказательств, выявить сделанный "шаг в сторону", попытки фальсификации информации. Безусловно, на практике имеют место настолько грубые нарушения, что произвести оценку полученного "доказательства" абсолютно невозможно. Поэтому нелепо отрицать допустимость доказательств, если упущения или нарушения при их получении препятствуют оценке объективности информации методом перекрестной проверки. Однако столь же нелепо ратовать за недопустимость всех без исключения доказательств, ущербных по форме. Поиск и оценка доказательств – это творчество в самом высоком его понимании. Элементы стандартизации в нем присутствуют, но стандартизировать все творчество невозможно.

В начале главы я обращал внимание на внутреннюю противоречивость частей первой и второй ст. 65 УПК Украины, из-за которой сводится на нет допустимость гарантированного этой нормой использования любых фактических данных в качестве доказательств. *Но поистине взрывоопасный заряд заложен в части второй данной статьи, где фактически поставлен знак равенства между показаниями свидетеля, подозреваемого, других лиц и протоколами следственных действий, в том числе протоколами допроса перечисленных лиц. Именно отсюда "растут ноги" затянувшейся дискуссии, где*

обосновывается абсолютное значение формы процессуального документа, происходит подмена первичных фактов, сведений о них как реального доказательства, опосредованной формой их фиксации.

Носителями доказательственной информации являются человек или предметы материального мира. С помощью процессуальной формы осуществляется снятие информации. Если при этом не утрачена информация, доказательство продолжает существовать, и в большинстве случаев можно осуществить повторное ее снятие, устранить допущенные процессуальные нарушения. Поскольку при исковой форме задача суда – непосредственно исследовать первичную доказательственную информацию, проблема допустимости доказательств во многом снимается.

Удивляет одно обстоятельство. О недопустимости доказательств, полученных с нарушением процессуальной формы, не пишут только ленивые. Практика же идет своим путем, не пренебрегает любой возможностью установить виновность или невиновность подозреваемого. Может, вспомним древнее утверждение "практика – критерий теории" и сделаем соответствующие выводы?

Еще раз повторяю тезис, приведенный в предыдущем разделе: попытки совершенствования отдельных частей, даже основополагающих, ведущихся без учета предназначения целого, заведомо обречены на неудачу. Можно до бесконечности ужесточать требования к процедуре выявления отдельных доказательств, их фиксации, к условиям допустимости, но нельзя отрицать главное – одно доказатель-

ство, самое идеальное, самое убедительное, выявленное и зафиксированное в полном соответствии с установленными эталонами, за редким исключением, еще не доказательство. Доказательством оно может стать лишь в совокупности с другими доказательствами. А оценка совокупности доказательств имеет свои отличительные особенности, благодаря которым отдельные доказательства приобретают новое качество, вес, даже при наличии ущербности в их индивидуальной оценке.

Попутно отметим еще один аспект проблемы. Информация, полученная с нарушением требований УПК, в теории автоматически исключается из числа доказательств, но на практике это не влечет столь же автоматического исключения ее из доказывания. В логике существует понятие "энтимема", означающее ситуацию, когда в доказывании одна из посылок силлогизма не высказывается, но подразумевается говорящим. Нечто похожее происходит, если из процесса доказывания механически исключается определенная информация. Ее как бы нет, а в действительности она была, с ее учетом выстраивалось доказывание. Непосвященному (например, судье, который не знает, что часть информации на досудебном следствии исключена) сложно, порой невозможно понять логику доказывания следователя. В свою очередь следователь психологически не готов отойти от сложившегося стереотипа, абстрагироваться от той информации, которая прошла процесс осмысления на стадии построения и проверки версий, а затем была изъята, применить другую логику построения оставшихся доказательств. В итоге та-

кого рода дела редко получают надлежащее завершение.

Несостоятельны попытки непризнания допустимости доказательств в случае нарушения процессуальной формы их фиксации. Так, считается, что каждое "доказательство должно быть получено с соблюдением правил проведения процессуального действия. Если, в частности, протокол допроса не подписан свидетелем, то такое доказательство не допустимо"¹. Я сознательно беру столь простейшую ситуацию, чтобы проанализировать практическую прочность теоретической концепции. Что означает "недопустимость доказательства" – недопустимость протокола или недопустимость зафиксированных в нем показаний? Формально в первом варианте свидетель не должен вызываться в суд. Но объективно такой вывод противоречит элементарной логике, ибо в суд для дачи показаний может быть вызвано лицо, вообще не допрошенное на досудебном следствии. А во втором – так ли существенно отсутствие подписи в протоколах, если свидетель данные им показания подтвердит в судебном заседании? И сыграет ли какую-либо роль наличие подписи свидетеля в протоколе, если в судебном заседании он заявит (и таких случаев немало), что его показания следователь искажал, а в силу волнения, плохого состояния здоровья, других причин при зачитывании протокола допроса он не обратил на это внимания? Разве мало

¹ См.: Давимука І. Допустимість доказів у кримінальному процесі: спірні проблеми //Право України. – 2002. – № 12. – С. 126.

примеров, когда в судебном заседании не признаются в качестве доказательства факты, зафиксированные на досудебном следствии даже в собственноручно написанном протоколе допроса?

Давайте усложним проблему и проанализируем доказательственное значение информации, зафиксированной в протоколе допроса обвиняемого. В отличие от свидетеля, он может отказаться от удостоверения данных показаний своей подписью, о чем делается отметка в протоколе. Процессуальная форма соблюдена, но сыграет ли такой протокол какую-либо роль в доказывании? Вполне понятно, что, отказавшись подписывать протокол, обвиняемый в суде будет отрицать данные им показания (если факт отказа от подписи не имеет религиозных или иных мотивов). Примет ли суд в качестве доказательств показания, зафиксированные в протоколе допроса, не подтвержденные в судебном заседании, только на том основании, что была соблюдена процессуальная форма?

В бытность следователем прокуратуры мне пришлось допрашивать известного в Ворошиловградской (ныне Луганской) области вора в законе Миньку Фролова. Когда его вводили в кабинет и конвой удалялся за двери, он садился верхом на стул и говорил: "Ну, следователь, "коли" меня!". "Колоть" его, впрочем, необходимости не было: Фролов, полагая, что доказать его вину невозможно, сам с видимым удовольствием рассказывал о значительной части совершенных им краж со взломом из магазинов и баз, перечислял, оспаривая результаты ревизии, похищенные товары, называл сумму выручки от их

продажи, но тщательно избегал конкретной информации, которая могла бы быть использована для его изобличения. Фролов благосклонно относился к тому, что его показания протоколируются, однако категорически отказывался подписывать протокол допроса, о чем в нем делалась соответствующая запись. Естественно, исключалась возможность участия в допросе посторонних лиц. Об оперативной звукозаписи мы тогда только читали в зарубежных источниках. Тем не менее, протоколирование показаний Фролова даже без его подписи позволяло получить неоценимую информацию для проверки объективности актов инвентаризаций товаров, оставшихся в магазинах и базах после кражи, актов ревизии, другой бухгалтерской документации.

Взлом дверей, судя по результатам осмотра мест происшествий, Фролов производил с помощью металлического предмета с четко зафиксированным дефектом. Последние две кражи были совершены с использованием какого-то другого инструмента, не имеющего индивидуальных признаков. При допросе, обыгрывая тщедушное телосложение Фролова, я стал подтрунивать над ним, говоря, что для взлома ему наверняка нужен был двухметровый лом. Фролов воспринял это как обиду и стал доказывать, что пользовался обычной "фомкой". Как бы не веря, продолжая подтрунивать, я задал Фролову вопрос: а куда же делась "фомка"? В полемическом азарте Фролов заявил, что "фомку" у него украл сосед, из-за чего с ним произошла ссора. Показания Фролова с его согласия были запроотоколированы без подписи в протоколе.

Допрошенный сосед признал, что по поводу "фомки" у него действительно была ссора с Фроловым именно в то время, какое назвал последний, однако факт присвоения "фомки" отрицал. Поскольку в целом Фролов, пусть с бравадой, явно избирательно, но давал на допросах объективную информацию, приняли решение произвести у соседа обыск. В результате "фомка" была найдена, сосед признал факт ее "займствования" у Фролова, эксперты дали заключение, что следы взлома оставлены именно этим орудием. Круг доказательств замкнулся.

Теперь вернемся к исходной посылке. Протоколы допроса (а их было много) Фроловым не подписаны. В суде он все отрицал, поэтому говорить о допустимости их в качестве источника доказательств только на основании соблюдения процессуальной формы более чем проблематично. Возникают вопросы: на каком основании производился обыск, как обеспечить возможность "проследить весь путь формирования доказательств"¹? В рамках действующей концепции условий недопустимости доказательств, когда за основу берется не информация, а только форма ее фиксации, ответа на них нет.

Не столь уж бесспорен и запрет на использование в качестве доказательства информации, известной свидетелю со слов других лиц, допросить которых не представляется возможным.

¹ Шейфер С.А. Использование не процессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 59.

Снова пример. Железнодорожной платформой перевозился крупногабаритный химический реактор. В пути грузовой и пассажирский составы остановились у параллельных платформ станции Попасная. На глазах у пассажиров, вышедших из вагонов, чтобы размяться, реактор взорвался. Жертв среди пассажиров не было, и пассажирский поезд в целях безопасности досрочно отправили на маршрут. В процессе расследования установили, что реактор на заводе-изготовителе подвергли промышленным испытаниям, после которых недостаточно хорошо его дезактивировали. Специалисты завода признавали возможность химических реагентов, оставшихся в реакторе, самопроизвольно взорваться, но для этого требовалась намного большая концентрация, чем была после его промывки. Взрыв мог произойти только при воздействии высокой температуры от внешнего источника огня. Подозрение пало на работников, сопровождавших груз и размещавшихся в приборном отсеке "хвостовой" части реактора. Однако последние вину отрицали.

Перед следствием встал вопрос: какова динамика взрыва? Нужны были очевидцы, но их, кроме пассажиров проходившего поезда, не оказалось. Попытки установить этих пассажиров результатов не дали. Следователь допросил четырех проводников вагонов, которые сами механизм происшествия не видели, но слышали, как его описывали очевидцы. Пассажиры нескольких вагонов (по оценке проводников – человек пятнадцать) рассказывали, что в "хвостовой" части реактора вначале возник пожар. Горела какая-то жидкость. Люди на платформе

пытались ее потушить, накрыв брезентом, но через 2-3 минуты произошел взрыв. Показания проводников из разных вагонов полностью совпадали.

Эксперты, исследовав обломки, обнаружили части трубопроводов, идущих от приборного отсека к телу реактора, со следами внешнего обгорания. С учетом показаний проводников железнодорожных вагонов, дали категорическое заключение об отсутствии прямой вины заводских работников. На очных ставках с проводниками вагонов, излагавших показания очевидцев, охранники признались, что готовили пищу на примусе, который заправили остатками жидкости из реактора. Примус взорвался, произошел пожар в отсеке, после чего взорвался и сам реактор. По необъяснимой случайности охранники остались живы, отделались ушибами и ожогами. Не было и других жертв.

Думается, что проводников железнодорожных вагонов было бы ошибочно в данной ситуации именовать свидетелями "по слуху". Слух – это нечто неопределенное, передающееся от одного лица другим, в процессе чего утрачиваются сведения о первичном источнике информации, возможность оценки реальной причастности конкретного лица к исследуемому событию. В данном случае источник информации известен – это пассажиры поезда. Известны конкретные обстоятельства, при которых ими была получена информация, есть возможность дать ей объективную оценку, сопоставив показания нескольких проводников.

В УПК не оговаривается возможность использования информации свидетеля и потерпевшего, со-

общенной ими перед смертью другим лицом. При буквальном толковании требований УПК и Проекта она относится к числу недопустимых доказательств. Возникает парадокс: даже дежурный врач, не говоря о других должностных лицах, в соответствии со ст.ст. 1251 и 1252 ГК Украины вправе удостоверить завещание гражданина, а "удостоверить" на следствии или в суде показания умершего или отсутствующего по другой причине – нельзя. В следственной и судебной практике такой информации, после соответствующей оценки, придается сила доказательства. Целесообразно не ставить препоны для его использования при расследовании преступлений и завершающую часть п. 4 ст. 64 Проекта УПК Украины изложить в следующей редакции: "Если показания допрошенного основываются на показаниях других лиц, то эти лица *при наличии возможности* также должны быть допрошены. *При отсутствии такой возможности* показания оцениваются на *общих основаниях*".

Не все так однозначно с категорическим запретом на недопустимость доказательств, полученных с нарушением конституционных прав граждан. Некоторые авторы требуют признать недопустимым использование таких доказательств "для обоснования не только обвинительных, но и оправдательных аспектов"¹. Логика в этом есть: требования к доказательствам должны быть едины независимо от направленности уголов-

¹ Громов Н.А. Уголовный процесс в России: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1998. – С. 137-138.

ного процесса. И это тот случай, когда хочется, перефразировав Вольтера, сказать: не будь такого правила, его следовало бы придумать для того, чтобы поколебать обоснованность абсолютизации условий недопустимости доказательств в целом и полученных с нарушением конституционных прав граждан – в особенности.

Современная преступность характеризуется изощренными способами не только совершения, но и сокрытия преступлений. Лидер одной из криминальных группировок К., войдя в состав учредителей крупной коммерческой фирмы, решил стать единственным ее владельцем. С этой целью путем угроз он завладел долей нескольких компаньонов в уставном капитале. Однако два соучредителя не поддались шантажу, проявили стойкость и единодушие в этом вопросе, хотя в остальном их отношения характеризовались рядовыми сотрудниками фирмы как высококонфликтные, доходившие до открытой вражды. Воспользовавшись этим, К. решил организовать убийство компаньона А. и, чтобы отвести подозрения от себя, сфальсифицировать доказательства вины компаньона Б. По его заданию изготовили муляж пальца с папиллярными узорами Б. и дубликаты ключей от квартир обоих компаньонов. Из квартиры Б. в отсутствие хозяина был незаметно похищен принадлежащий ему и хорошо известный коллегам охотничий нож. Этим ножом киллер убил А. в его квартире, поставил на рукоятке с помощью муляжа окровавленный отпечаток пальца Б. и бросил нож на лестничной клетке, как якобы утерянный при поспешном бегстве. Время соверше-

ния преступления было выбрано так, чтобы Б. не имел возможности доказать алиби.

Один из второстепенных участников криминальной группировки сообщал правоохрнительным органам о том, что главари стали часто встречаться, вести о чем-то переговоры, но их содержания он не знает. Поскольку полученная информация была, по сути, беспредметной, в суд с ходатайством о даче разрешения на организацию оперативного прослушивания не обращались. Однако, в нарушение закона, оперативный сотрудник такую акцию осуществил. Как оказалось, по воле случая это произошло в считанные часы после убийства, когда сообщение о преступлении в правоохрнительные органы еще не поступило. Был зафиксирован доклад киллера о проделанной работе. В частности, стало известно, что муляж пальца Б. киллер выбросил в открытый канализационный колодец на безлюдной улице, предварительно попытавшись его сжечь с помощью зажигалки.

Несанкционированно произведенную аудиозапись рассказа киллера оперативный работник, понимая грозящие ему как минимум дисциплинарные последствия, все же представил следователю. Киллера тут же задержали. На его одежде и под ногтями выявили следы крови, сходной по группе с кровью убитого. Под давлением улик он признался в содеянном. Удалось найти остатки муляжа, фрагменты которого достаточно сохранились. Как показало изучение уголовного дела, при отсутствии информации, полученной с нарушением закона, версия о виновности Б. была более чем убедительной.

Приведя пример, я мог бы поставить точку и отказать от какого-либо комментария. Оспаривать нормы Конституции Украины, права и свободы, защищаемые конвенциями Европейского Союза – это слишком, даже если вся работа ориентирована на дискуссию. И все же, закрыв глаза, согласимся на допустимость ситуации, когда во имя чистоты уголовного процесса невиновных людей будут осуждать за убийство, финансовые махинации и другие тяжкие преступления, или попробуем поискать выход?

Некоторые авторы видят его в реализации концепции асимметрии правил допустимости доказательств. Ее сторонники считают, что доказательства, свидетельствующие в пользу защиты, остаются допустимыми, несмотря на нарушение процессуального порядка их получения. Но есть и противники, утверждающие, что такой подход влечет нарушение принципа равенства сторон. У меня доводы последних вызывают, мягко говоря, удивление. Но сам по себе факт их существования показателен: в современной теории уголовного процесса реальный, живой человек отошел на второй план. Его затмили идеализированные, формализованные до абсурда модели и конструкции, допускающие осуждение невиновного. Где сейчас встретишь ранее часто употреблявшиеся понятия "судейское усмотрение", "усмотрение следователя"? Исчез даже сам термин "усмотрение". Ему просто нет места в отстаиваемой отдельными нашими отечественными теоретиками концепции судебной реформы, разработанной российскими коллегами, которая, в частности, преду-

смаатривает "определение жестких критериев допустимости доказательств, введение практики беспощадного аннулирования недопустимых доказательств". Судьба человека – это непревзойденная ценность, а сам человек не робот, действующий только по математически рассчитанной программе. Все его жизненные ситуации не запрограммируешь в законе, каким бы детализированным он ни был. В принципе неосуществима любая завершенная, формализованная модель собирания и закрепления доказательств в уголовном процессе, если то, что мы именуем доказательством – факты и события, порождает зачастую непредсказуемый человек.

Нельзя не отметить, что Европейский Суд по правам человека, на практику которого многие авторы, в зависимости от исповедуемой концепции, ссылаются выборочно, неоднократно указывал, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод является "живым" инструментом и должна толковаться в свете условий, существующих в настоящее время. Справедливое, публичное и скорое судебное разбирательство не имеют никакой ценности, если они приводят к явно несправедливым результатам. Как указал лорд-судья Оулд, "правила о доказательствах должны скорее облегчить установление истины, чем воспрепятствовать ему... Правило может быть применено несправедливо как в отношении обвиняемого, так и обвинения".

Вскоре после учреждения нового единого Европейского Суда на его рассмотрение было передано британское дело, которое дало ему возможность исследовать вопрос о допустимости доказательств, по-

лученных с нарушениями положений Конвенции. Это было дело "Хан против Соединенного Королевства" (2000-V; 31 EHRR 1016). Жалоба состояла в том, что заявитель был осужден исключительно на основании материалов, полученных посредством звукозаписывающего устройства, установленного полицией в доме друга заявителя в нарушение права на уважение его частной жизни. Большинство судей, рассматривавших это дело, пришли к выводу, что хотя доказательства против заявителя были получены в нарушение права на уважение его частной жизни, закрепленных статьей 8 Конвенции, их допустимость, приведшая к осуждению заявителя, не являлась вмешательством в право заявителя на справедливое судебное разбирательство. По мнению большинства, *не было никакой вероятности того, что такое доказательство будет ненадежным.*

Постановление по делу "Хан против Соединенного Королевства" упоминалось в более поздних делах. Одно из них – это дело против Кипра (см. Решение Европейского Суда по делу "Паррис против Кипра" от 4 июля 2002 г., жалоба № 56354/00). В этом деле осуждение заявителя основывалось на незаконной эксгумации трупа, но жалоба была объявлена неприемлемой. Другое дело – против Соединенного Королевства (см. Постановление Европейского Суда по делу "Чоклаи против Соединенного Королевства" от 26 сентября 2002 г., жалоба № 63681/00). В деле против заявителя имелись доказательства в виде разговора, записанного полицией с помощью установленного без соответствующего разрешения прослушивающего устройства путем незаконного про-

никновения в дом с помощью ключей от входной двери, изготовленных по полученным оперативным путем отпечаткам с них. Ссылаясь на свое постановление по делу "Хан против Соединенного Королевства", Европейский Суд признал, что судебное разбирательство не было несправедливым.

Член Европейского Суда по правам человека Лу-хис Г. Лукайдес, из лекции которого, прочитанной в Центре защиты прав человека юридического факультета университета Ноттингема (Великобритания), взяты приведенные примеры, выступает против подобной практики, однако она существует, и ее нельзя игнорировать¹.

Однако сказанное не означает, что можно вообще не регламентировать процесс получения доказательств. Есть масса типовых ситуаций, облегчающих эту работу в рамках серийного производства. Их можно и нужно формализовать. Не является исключением приведенный пример с киллером. Конфликт вполне может быть разрешен, если использовать следующий алгоритм. Конституцию Украины нарушать нельзя. Вносить изменения в нее – долго и малоперспективно. Она нуждается в коренной переработке, значительном сокращении текста. Конституция – основной закон, а она фактически во-брала в себя определенную часть текущего законодательства, в том числе и уголовно-процессуального. Попытка объять необъятное неизбежно приводит к

¹ См.: Лукайдес А. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8-15.

коллизиям и конфликтам. Наиболее показателен пример с перечнем форм собственности. Они возникают и отмирают, и нет необходимости их все перечислять. Упустили в Конституции коллективную собственность, которая исторически существует много веков (вспомним дореволюционные артели), сохранилась и в наше время, есть в США, ФРГ, других государствах, а в результате оспаривается концепция Хозяйственного кодекса, в том числе и потому, что в нем регламентируется не предусмотренная Конституцией Украины коллективная собственность.

Остается один вариант – принимать как должное то, что записано в Конституции, и искать компромисс, изменяя и дополняя Уголовно-процессуальный кодекс.

Формально главарь банды или криминальный авторитет пользуется такой же защитой своих конституционных прав, как и правопослушный гражданин. Но, подчеркиваю, формально. А реально допустимо в законодательном порядке установить перечень ограничений конституционных прав граждан, в отношении которых имеется объективная информация о противоправной деятельности. Причем такой порядок целесообразно установить не только применительно к потенциальным террористам, как это стали делать на Западе. Решение проблемы чрезвычайно сложно, оно потребует четкой регламентации. Вопреки традиции секретить все, что связано с оперативно-розыскной деятельностью, данный проект требует широкого освещения и обсуждения – чрезвычайные меры могут и должны со-

гласовываться с основными демократическими принципами.

Я предвижу реакцию на высказанное предложение наших процессуальных алармистов. Хочу подчеркнуть: произвола не будет, если четко определить категорию граждан, чьи права ограничиваются, основания для такого ограничения, перечень ограничений, условия их реализации, в том числе получение разрешения суда, формы прокурорского надзора.

Мне могут заявить: а что тут нового? Такой порядок установлен для проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий. В том то и дело, что отдельных, и на получение разрешения каждый раз необходимо обращаться в суд. Я предлагаю выдавать своего рода карт-бланш на проведение любого из допустимых мероприятий на определенный срок, в пределах которого оперативный работник, исходя из обстановки, решает, какое мероприятие и в какое время подлежит реализации, не теряя драгоценные часы и минуты на обращение каждый раз к прокурору и в суд.

Прецедент такого рода в определенной части есть. После событий 11 сентября 2001 г. в США принят "Акт 2001 года, сплачивающий и укрепляющий Америку обеспечением надлежащими орудиями, требуемыми для пресечения терроризма и воспрепятствования ему" ("Акт патриота"), которым, вопреки общему правилу о том, что выданный судом ордер должен содержать "подробное описание места, подлежащего обыску, лиц или предметов, подлежащих аресту", допускается санкционирова-

ние судом использования определителей телефонных номеров сообщающихся абонентов "в любом месте Соединенных Штатов", а не только "в пределах территориальной юрисдикции суда", как это обуславливалось прежней редакцией ст. 3123 Титула 18 Свода законов США.

Отменено также правило о необходимости "достаточных оснований" для проведения прослушивания и электронного наблюдения. При обращении за согласием в суд указывается лишь, что техническое наблюдение требуется в интересах проводимой операции.

Однако на практике возникают ситуации, когда оперативно-розыскные мероприятия необходимо безотлагательно провести в отношении лиц, которые ранее не зарегистрированы как подлежащие ограничению конституционных прав. Действующий УПК и Проект нового допускают в порядке исключения проведение без соответствующих санкций (с последующим уведомлением) только обыска. Представляется целесообразным распространить такой порядок и на осуществление, в случае необходимости, оперативно-розыскных мероприятий.

Раньше говорили: "Время – деньги". В практике расследования более актуален другой лозунг: "Время – информация". Если поступают оперативные данные, что встреча двух криминальных авторитетов для согласования преступных действий состоится через час в доме рядом с райотделом милиции, а до областного центра на самом быстром транспорте ехать два часа, и еще неизвестно, не ушли ли на обеденный перерыв председатель апелляционно-

го суда и его заместитель, то о какой эффективности оперативно-розыскной деятельности можно вести речь? Ныне оперативные работники решают такие задачи, руководствуясь ст. 9 Закона "Об оперативно-розыскной деятельности", но, чтобы не создавать коллизии, необходима соответствующая регламентация непосредственно в УПК.

Нельзя попутно не отметить логическую противоречивость ст. 177 действующего УПК, дублируемую в ст. 270 Проекта. Наиболее распространенная цель обыска – обнаружение орудий преступления и других предметов, являющихся доказательством преступной деятельности. Именно эта цель предопределяет его неотложность, ибо преступники делают все, чтобы замести следы. Однако без соответствующего разрешения обыск жилья допускается лишь в экстренных случаях для спасения жизни и имущества, а также при непосредственном преследовании преступника. Целесообразно устранить данный алогизм в регламентации порядка проведения обыска и не допускать его при проектировании регламентации порядка проведения неотложных оперативно-розыскных действий.

Предложенные меры выходят за рамки существующей практики, сужают гарантии конституционных прав и свобод граждан. Но пора понять: сегодня во всем мире преступность достигла таких количественных показателей и приобрела такое качество, что противодействовать ей традиционными средствами и методами стало невозможно. Подчеркиваю – это глобальная проблема, Украина не исключение.

Если спокойно рассмотреть данную микроновацию (она таковой в действительности и является), то она сводится лишь к реформированию организации скрытого контроля за деятельностью злостных правонарушителей без изменения и дополнения разрешенных законом его существующих средств. Необходимо идти дальше, полностью используя западный опыт. Мы к нему относимся избирательно – гипертрофически воспринимаем демократические институты и не хотим видеть существующих там их ограничений. Оперативно-розыскная деятельность – исторически сложившаяся форма скрытого контроля и противодействия преступности. У некоторых наших процессуалистов она вызывает "аллергическую реакцию". А в Великобритании, например, пять тысяч злостных правонарушителей подвергаются открытому контролю за передвижением с помощью электронных датчиков, и общественность, в том числе научная, данную новацию только приветствует.

Предложенные меры – варианты решения проблемы. Надеюсь, при широком их обсуждении будут сделаны и более эффективные предложения по устранению поводов для признания доказательств недопустимыми из-за объективно обусловленного нарушения конституционных прав граждан.

Почему столь упорно постулируется незыблемость процессуальной формы выявления, фиксации и исследования доказательств? Анализ причин начнем с наиболее общей.

Современное общество характеризуется высоким уровнем не только производственных, но и ор-

ганизационных стандартов. Необходимость стандартизации в нынешней ее трактовке обусловлена появлением и развитием серийного производства, которое в принципе невозможно без данного атрибута цивилизации. Как ни парадоксально, действующее уголовно-процессуальное законодательство, судя по степени его стандартизации, также предполагает отправление правосудия по технологической схеме серийного производства. Во всяком случае, хотим мы это признать или нет, но именно для достижения такой цели УПК регламентированы жесткие требования к процедурам получения и исследования доказательств. В итоге процессуальная форма стала некой заранее заданной матрицей, в которую вкладывается содержание. Отдадим должное: она выработана методом векового отбора по критерию наивысшей оптимальности, и, как всякий стандарт, не допускает отклонений, даже по формальным признакам. Безусловно, как способ организации деятельности и условие последующего контроля за правильностью ее осуществления процессуальную форму отвергать неразумно. Однако по многим основаниям явно нецелесообразно и канонизировать регламентируемую ныне УПК процессуальную форму собирания и фиксации доказательств.

Эпоха серийного производства вместе с индустриальным обществом, частью которого оно является, подходит к концу. Ему на смену приходят глобальные информационные технологии. В теории и практике судопроизводства в этом направлении делаются пока робкие шаги, но заявки уже есть. Так, одна из "софтверных" фирм разработала программу,

позволяющую, по убеждению ее авторов, прогнозировать исход судебных разбирательств.

Программа, называемая FactLogic, основана на методе оценки независимых предметов. Использование предлагаемого метода приводит к более качественным решениям и точным прогнозам. Если определить количественную сторону суждений о независимых предметах, то эти суждения можно объединить в соответствии с законами вероятности для обеспечения логического заключения, называемого вероятностью ответственности. Когда суждения "измерены" и сведены к вероятности ответственности, становится возможным анализ, помогающий определить точность решений и прогнозов.

По мнению владельцев программы, этот метод является "технологией прорыва": он призван изменить способы, при помощи которых оценивается большое количество предметов, например, таких, как улики, а также способы принятия решений и прогнозов. Более того, данный метод позволит изменить способ принятия судьями своих решений¹.

Скорее всего, согласно пословице, первый блин может оказаться комом. Несмотря на достаточное время, указанная программа пока не нашла широкого применения. Но сама идея явно прогрессивна, она широко обсуждается. Кибернетизация уголовного процесса в повестке дня стоит. Бесспорно, реализация идеи потребует существенной модернизации

¹ См.: Кожухов А. Компьютерный оракул. Революционный метод прогнозирования судебных вердиктов // Юридическая практика. – 2002. – № 14 (224). – 3 апреля.

процессуальной формы, отказа от многих из ныне действующих догм. Готовиться надо уже сейчас.

Если возвратиться из недалекого, надеюсь, будущего в повседневное настоящее, то следует учесть одно важное обстоятельство, которое почему-то обходят теоретики: процессуальная форма – порождение серийного производства, а само серийное производство рассчитано на исполнителя со стандартной квалификацией – на середнячка, а то и на посредственность. Он обязан неукоснительно соблюдать требования УПК, чем страшется от разного рода неприятностей. Но в законе, самом хорошем, все многообразие жизни не отразишь. И происходят ситуации, подобные той, когда в советское время диктор местного радио или телевидения сообщает: "Погода прекрасная, безоблачно, осадки не предвидятся", а за окном – проливной дождь. Окна студии не зашторены, но диктор обязан вещать только то, что написано в сценарии и утверждено соответствующей инстанцией. Любое отступление, "отсебятина" наказуемы.

Между тем почти каждое преступление уникально в силу индивидуальности личности преступника, многообразия вариантов сочетания причин и условий, способствовавших его совершению. Недаром издревле считалось, что следствие – это симбиоз науки и искусства. Отсюда два вектора противоречий, заключенных в требованиях неукоснительного соблюдения процессуальной формы собирания, фиксации и использования доказательств.

Я хочу видеть в следователе, судье, других участниках процесса индивидуальность, профессиона-

ла, обладающего особыми способностями, не побоюсь преувеличения – талантом. При таких качествах его трудно "взнуздать", во всех без исключения случаях загнать в рамки жесткой процессуальной формы собирания доказательств. Талантливый следователь во имя достижения позитивного результата с наименьшими затратами времени и средств зачастую сознательно идет на нарушение процессуальной формы, как правило, получая ожидаемый результат. Ситуация типичная для новаторства, и, наверное, нигде, кроме юриспруденции, несоблюдение формы деятельности не означает непризнание полученного результата.

Прямо противоположный вариант – несоблюдение процессуальной формы собирания, фиксации и исследования доказательств в силу недостаточной квалификации следователя. Проблема кадрового состава следователей, особенно в органах внутренних дел, – извечна. Ныне она обострена до предела. Ошибки, в том числе нарушения требований УПК, допускались, допускаются, и никто от этого не застрахован в будущем. А действующий УПК в принципе исключает право на такого рода ошибки. В. Мойсик, один из авторов Проекта УПК, категоричен: "Я считаю, что нельзя отпускать убийцу только потому, что делом занимался неквалифицированный следователь"¹. На все сто процентов с ним согласен.

¹ Цит. по: Примаченко А. Уголовно-процессуальный кодекс переходного периода // Зеркало недели. – 2004. – № 12 (487). – 27 марта. – С. 7.

Не будем спешить навешивать на такой подход ярлык обвинительного уклона. Я лично не вижу оснований осуждать обвинительный уклон, если под ним, в частности, подразумевается максимальное использование следователем средств для изобличения виновного. Но в приведенном примере с киллером надо говорить об оправдательном уклоне, то есть об использовании следователем максимума средств для предотвращения осуждения невиновного. Сейчас принято считать следователя стороной обвинения. Пусть будет так. Однако это не означает, сколько бы ни дискутировали по данному вопросу, что следователь, обрабатывая версии, не занимается оценкой доказательств, исключающих вину заподозренных лиц. *Ограничение следователя в средствах доказывания – это ограничение не только в возможностях изобличить виновного, но и в снятии подозрения с невиновного.* Уголовный процесс должен предоставлять следователю широкое поле деятельности для сбора информации в целях установления события преступления, виновности или невиновности заподозренных лиц. Законодатель не может витать в облаках, создавать идеальные формы судопроизводства, не учитывая, кто будет выполнять его предписания. Недопустимо с осуждением именовать обвинительным уклоном порядок, предоставляющий возможность исправить допущенные в ходе расследования ошибки, с тем чтобы виновный не ушел от ответственности, а невиновный не был предан суду и осужден. Говоря об обвинительным уклоне, мы забываем, что защитник может и должен выявлять допущенные следователем

ошибки и требовать их устранения, проявлять активность, представлять доказательства, искать варианты оценки собранных. В пределах разумного его права должны быть расширены.

Хочу еще раз вернуться к вопросу о системности Уголовно-процессуального кодекса. Ранжирование цели и средств должно лежать не только в основе решения проблемы возбуждения уголовного дела, о чем говорилось в предыдущем разделе. Разрабатывая теорию доказательств, также нельзя уходить от конечной цели (задачи) уголовного процесса.

Я не за то, чтобы поощрять нарушения требований процессуального закона. *Нарушитель законности* – здесь я это понимаю только как **реальное** нарушение прав и свобод граждан, должен понести наказание. Однако государство приняло на себя обязанность оградить своих граждан от преступников, а если преступление совершено – раскрыть его и наказать виновного. Потерпевший не должен страдать от того, что государство в лице его должностных лиц допустило ошибку. Если ошибку можно исправить, ошибку нужно исправить, различая форму процессуального документа и формальность требования о его недопустимости при малейших нарушениях формы. И сам Кодекс должен быть открыт для процессуальных новаций.

В теории доказательств форма процессуального документа возводится в абсолют, она трактуется как объективная категория, обеспечивающая в свою очередь объективность документа в целом. Я утверждаю, что соблюдение формы не дает таких гарантий. Любой процессуальный документ, втисну-

тый в стандартную форму, в реальной действительности от начала и до конца субъективен, ибо его составляет человек, который отражает свое субъективное понимание фиксируемых фактов и событий.

Поэт и критик XIX века Аполлон Григорьев очень точно подметил: "... создания искусства столь же живы и самобытны, как и явления самой жизни, так же рождаются, а не делаются, как рождается, а не делается все живое". Может, не в такой степени, но процессуальные документы своим содержанием так же отличаются от событий и фактов, которые были в жизни. Они рождаются в голове следователя или оперативного сотрудника, осуществляющего сложный процесс моделирования исследуемого явления и в рамках воспроизведенной модели фиксирующего существенно важные для дела моменты.

Даже фотография – это субъективная картина, ибо она зависит от избранного фотографом ракурса, расстояния до объекта, освещения, правильности подобранных фотоматериалов, самого аппарата. Знаменитый кинорежиссер Станислав Говорухин утверждает: "В документальном кино можно сделать что хочешь. Например, снять некрасиво, как у нас часто делают с людьми неудобными. Я Зюганова очень хорошо знаю. У него совершенно обычная внешность. Но по ТВ его, председателя оппозиционной партии, раньше снимали с такой точки, что это был просто монстр и урод".

От человека в первую очередь, от его общей, а не только профессиональной культуры, эрудиции, наблюдательности, психологической устойчивости и

десятка других качеств зависит адекватность отображения действительности в процессуальном документе.

Один пример из практики прошлых лет. Из промтоварного магазина на территории Луганского сельскохозяйственного института совершена кража путем пролома стены в угловой части здания. При осмотре места происшествия обнаружено, что в нижней части пролома внутри помещения сохранилась нетронутая паутина. Проникнуть через пролом, не сняв паутину, невозможно. Сотрудники милиции сделали вывод, что имеет место хищение товаров и выручки, инсценированное кражей, и направили дело по подследственности в прокуратуру. Приезжаю в магазин. Пролом заложен, но паутину тщательно охраняют. Инвентаризация заканчивается, сумма недостачи внушительная. Заведующая магазином, она же продавец и уборщица, сидит безучастно в стороне. Подхожу, представляюсь. Реакции почти никакой. Еле слышу: "Не виновата я". В отличие от толстовской Катюши Масловой, произнесено это почти шепотом, видимо, уже двадцатому, если не более, человеку, с неподдельной тоской и отрешенностью. Обыск у нее произвели, в доме никаких излишеств. Соседи характеризуют положительно.

Беру инвентаризационную ведомость, беседую с ревизорами. Недостает тканей не столь уж дефицитных. Но вот особенность: никто рулонами ткань не покупает. А при продаже метражом всегда имеются какие-то остатки-"недомерки". Их даже уценивают, а то и списывают. Здесь остатков нет. При хищении обычно изымают выручку, сбывать кому-

то рулоны, если их можно продать в магазине, – не логично. Но как знать, может, удачно совпали заказы покупателей и остатков ткани не оказалось.

В присутствии понятых провожу эксперимент – пробую паутину на эластичность. Рвется. Паук не появляется, "ремонт" не занимается. Интересно, сколько времени ему требуется, чтобы сплести сеть? Магазин открыли в 10 часов, осмотр места происшествия произведен около 13. Пролом могли сделать и под утро, и в полночь. Делаю несколько фотоснимков паутины и прошу ревизора параллельно с основной работой следить за появлением паука. Уже вечером звонок: поймали, посадили в банку. Направляю нарочным на экспертизу паука и снимки паутины. Заключение экспертов: паук данного вида восстанавливает нарушенную паутину в течение 4-6 часов. Дело возвращаю по подследственности в райотдел. Воров вскоре установили.

Можно ли говорить, что в данном случае раскрытию преступления способствовала только процессуальная форма протокола осмотра места происшествия? И сыграла ли она вообще какую-либо роль, если в протоколе было только зафиксировано, что пролом затянут паутиной? Предвижу формальный ответ: не будь протокола, не возникла бы версия о способности паука быстро ткать паутину. Согласен, хотя понимаю, что ответ легко дать, зная конечный результат.

Но вот пример, который и сейчас вспоминаю с содроганием из-за почти гарантированной судебной ошибки, избежал которой только случайно. Инсценировка кражи. (В те годы их было довольно много).

Сделан пролом чердачного перекрытия. Похищены промтовары на крупную сумму. Однако пол магазина покрыт густым слоем пыли и на нем – ни одного следа. Проводим различные эксперименты – пройти по пыли, не оставив следа, невозможно. Других вариантов передвижения по магазину нет. Двери в магазин заперты, хотя открыть замки, находясь в помещении, – проблемы нет. Стекла в окнах целы.

Ревизоры восстановили количественный учет движения товаров и выручки за период трех предшествующих инвентаризаций и выявили длительно скрываемую недостачу. Перебрав все мыслимые и немыслимые варианты, остановились на единственной версии: для сокрытия недостачи привлекли лиц, которые сделали пролом в чердачном перекрытии, но в магазин не проникли. Когда дело было готово для направления в суд, задержали группу воров, совершивших кражу из продовольственного магазина. На допросе они признались в краже и из промтоварного магазина, были изъяты вещдоки. Оказалось, что, проломив перекрытие, воры спустились в магазин по веревке, связали похищаемые товары в тюк, привязали его к веревке, поднялись по ней на чердак и затем стали поднимать груз. Но произошла заминка – тюк оказался больше отверстия. Удерживая его на весу возле пролома, воры расширили отверстие по габаритам тюка и при этом повторно завалили пол глиной, штукатуркой, пылью. Выносить похищенное через дверь магазина преступники побоялись, так как улица хорошо освещалась и даже ночью по ней двигался дежурный транспорт. Ушли проходными дворами, следов не

оставили, а если они и были, их смысла прошедший под утро дождь. В доступной следственной практике подобный способ хищения известен не был.

Я не хочу, чтобы меня обвинили в подмене понятий. Процессуальная форма нужна – буду это повторять неоднократно. Однако незачем проблемы доказывания сводить только к процессуальной регламентации формы, ставить их в прямую зависимость от ее соблюдения. Процессуальная регламентация перечня источников доказательств, порядка сбора и исследования доказательств сама по себе не служит гарантией их достоверности. И, напротив, далеко не всякое нарушение требований УПК является невозможным и не означает недопустимости доказательства. В противном случае лишается смысла ст. 67 действующего УПК Украины, которая регламентирует, что никакие доказательства для суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, не имеют заранее установленной силы. Нельзя во всех без исключения случаях низводить форму до уровня непреодолимой бюрократической формальности. Соблюдение формы – это основополагающее условие проверки доказательств. А фундамент доказывания – оценка доказательств в их совокупности, то есть исследование, анализ содержания информации, претендующей на доказательство. Произошло смещение акцентов, причем весьма существенное.

Доказательством в уголовном судопроизводстве является информация, которая отражает имевшиеся в реальной действительности факты и в силу своей природы поддается познанию, оценке, воспроиз-

ведению и интерпретации при осуществлении регламентированных законом следственных и судебных действий для установления события преступления, виновности (невиновности) лица и других обстоятельств, необходимых для отправления правосудия. Приходится констатировать: наблюдаемая абсолютизация процессуальной формы при решении вопроса о допустимости доказательств порождена попытками их оценки вне контекста доказывания *как процесса переноса информации*, ее накопления, приобретения нового качества. Отсюда и постановка вопроса о недопустимости доказательств по принципу "плоды отравленного дерева". Но если в реальной жизни не каждое отравление смертельно, может быть излечимо, то почему "с порога" исключается такая возможность в уголовном процессе? Регламентации целесообразно подвергнуть лишь основополагающие принципы получения доказательств и условия, нарушение которых лишает информацию доказательственной силы реально, а не по формальному признаку.

Самые идеальные доказательства вплоть до добросовестного признания виновного – есть ничто, если они рассматриваются вне процесса доказывания. И, наоборот, доказательства, недопустимые при формальном толковании норм закона, даже при признании их недействительными, иногда в процессе доказывания могут сыграть решающую роль в изобличении преступника. Причина в том, что факты и обстоятельства сами по себе служат доказательствами в ограниченном числе случаев. Как правило, отражаемая ими информация трансформиру-

информацией, в процессе ее текстуральной¹ интеграции и синергизации². Поэтому решение проблемы видится в отказе от сложившейся практики индивидуальной оценки допустимости доказательства вне всей их совокупности. Речь не идет об отказе от оценки допустимости каждого доказательства – без этого не обойтись. Однако общая оценка собранных доказательств не есть их арифметическая сумма. Поэтому оценка каждого доказательства должна производиться не изолированно, а в контексте системных связей всей их совокупности. Только так могут получить объективное освещение последствия допущенных нарушений процессуальной формы сбора и фиксации доказательств.

Проблема быть или не быть недопустимым доказательством в уголовном процессе существует и в кратком анализе, естественно, не может быть полностью решена. Закон, безусловно, должен запрещать определенные приемы получения доказательств. Вопрос лишь в исходных постулатах. Я вижу возможность ограничиться тремя.

Процессуальный порядок получения, фиксации и исследования доказательств призван обеспечить:

- недопустимость утраты или искажения информации, имеющей доказательственное значение;

¹ От лат. *texo* – тку, сплетаю.

² От греч. *synergia* – сотрудничество, содружество – взаимодействие двух и более факторов, превышающее действие каждого из них в отдельности.

- возможность интерпретировать информацию в доступной для исследования форме;

- соблюдение в разумных пределах гарантированных законом прав и свобод участников процесса и других граждан.

Исходя из целей и задач уголовного судопроизводства, стоило бы критически переосмыслить некоторые устоявшиеся в теории догмы и сформулировать следующие аксиомы:

- в уголовном судопроизводстве подлежит исследованию любая информация, имеющая доказательственное значение для раскрытия преступления и изобличения виновного, независимо от способов и форм ее получения, за исключением прямо запрещенных законом;

- назначение уголовного процесса – исследовать поступающую информацию с соблюдением процедур, обеспечивающих объективность ее проверки;

- подобно тому, как ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы, так не имеет заранее установленной силы и ни одна процессуальная форма их получения и исследования.

Еще раз напомню: я не ставлю задачу дать исчерпывающую аргументацию выдвигаемых тезисов. Это лишь "информация к размышлению". Но тем, кто следует канонам, рекомендую при обсуждении мысленно держать перед глазами картинку: сидит в зале судебного заседания обыкновенный нормальный человек и думает: "Где я нахожусь? Прослушали магнитофонную запись. Человек признается в том, что убил (украл, изнасиловал, поджег), а люди в мундирах и мантиях не хотят даже обсуждать,

правду говорит подсудимый или нет, ибо пленка получена с нарушением каких-то непонятных законов. Комедию ломают, или со здоровьем у них не все в порядке?". А ведь люди в мундирах и мантиях поступают так, как им предписали законодатели, те, в свою очередь (хочется верить), – так, как рекомендовали мы с вами, ученые. Может, пора нам перестать считать себя богами, находящимися на Олимпе, и действительно задуматься о состоянии собственного здоровья? Иначе со временем диагноз с благодарностью поставит не врач, а криминал, дорвавшийся с нашей помощью до власти.

Говорят, архитектура – это застывшая в камне музыка. В таком контексте современная теория доказательств – это обрамленная в камень законодательных норм однообразная монотонная мелодия, архитектура Ле Корбюзье – искусство не предполагающих трансформации безликих "коробок", стандартных модульных элементов, параллелепипедов из бетона, стали и стекла, игнорирующее связь здания с окружающей средой и топографией. Модернисты учили: у здания есть жесткий скелет из горизонталей и вертикалей, тем самым обедняя язык зодчества. Сегодня модернизм в архитектуре уходит в прошлое. Его сменяют здания, раздувающиеся парусами, мягко обнимающие пространство и выстилающие землю волнистыми коврами. Хочется надеяться, что кардинальная смена отправных концепций произойдет и в теории доказательств.

Естественное право быть дураком и его интерпретация в уголовном процессе

Нобелевский лауреат Джеймс Уотсон, открывший в далеком 1953 году ДНК, высказал предположение, что глупость имеет генетическую основу и в принципе ее можно лечить. Заявление вызвало бурные споры - причем не столько в отношении реалистичности его предположения, сколько об этичности такого лечения. Шизофрения считается болезнью, а глупость - свойством личности, которая, как известно, неприкосновенна¹.

Когда у меня прошел шок после прочтения статьи, цитата из которой взята в качестве эпиграфа, я подумал: а почему бы и не согласиться? Очень удобный ключ к пониманию многих научных парадигм, на которых строится современная теория уголовного процесса.

Право быть дураком - естественное право представителей некоторой части человечества. Такими

¹ См.: Зеркало недели. - 2004. - № 5 (480). - 7 февраля. - С. 15.

они родились. В рамках концепции естественного права дурак имеет равные права с умным. Философы права оговаривают, что речь идет о равенстве юридических прав ("равенстве прав на право"), а не фактических, но когда дело доходит до законодательной регламентации, выдержать указанную грань весьма трудно. На практике обладатель равного права стремится им полностью воспользоваться, и умный – именно потому, что умный – вынужден снизойти до понимания претензий дурака, создать такую систему отношений, в которой дурак, пользуясь естественным правом на равенство, не будет чувствовать себя дураком. Сегодня во многих сферах деятельности быть дураком или выглядеть таковым куда комфортнее, чем проявлять интеллект.

В теории уголовного процесса отеческая забота о дураке нашла отражение в постулате о равенстве естественных прав преступника и правопослушного гражданина. Впрочем, называя их права равными, я явно преувеличил.

Понятно, почему в уголовном процессе столь много внимания уделяется регламентации прав обвиняемого. Дамоклов меч осуждения невинного более подходит в качестве символа правосудия, нежели кривоногая дама с завязанными глазами. (Хотелось бы посмотреть, как она управляет со взвешиванием, держа весы одной рукой, тогда как другая занята мечом). Но все это не дает оснований Главу 3 действующего УПК Украины "Участники процесса, их права и обязанности" начинать с нормы, регламентирующей права обвиняемого. Даже

по формальным признакам уголовный процесс по общему правилу начинается с заявления потерпевшего, и именно он, как никто другой, заинтересован в его исходе. А возможности в достижении справедливого решения суда у него существенно урезаны.

Вряд ли есть логичное объяснение тому, что защитник, представляющий интересы обвиняемого, имеет право (обязан) использовать предусмотренные УПК и другими законодательными актами средства для осуществления защиты обвиняемого (ст. 48 УПК), а потерпевший не участвует в производстве следственных действий, не может ходатайствовать о назначении эксперта из числа указанных им лиц, просить о постановке перед экспертизой дополнительных вопросов, давать объяснения эксперту (хотя именно потерпевший максимально осведомлен об обстоятельствах совершения преступления), ограничен в перечне категорий дел, где он может участвовать в судебных прениях и т.д. и т.п. А почему вообще потерпевший должен рассчитывать только на усердие правоохранительных органов в раскрытии преступления? Почему он не вправе обратиться в частное сыскное агентство и почему результаты такого расследования не могут быть положены в основу судебного разбирательства? Столь же куцы и права представителя потерпевшего, даже если им является адвокат.

В Проекте УПК Украины права потерпевшего и обвиняемого в основном уравнены. Скорее в силу технических погрешностей потерпевшему, в отличие от обвиняемого, не предоставлено только право при проведении следственных действий задавать

вопросы, делать замечания и высказывать возражения по порядку проведения следственных действий (п. 8 ст. 47 и п. 7 ст. 62). Отсутствует также регламентация прав адвоката или представителя на стороне потерпевшего. Более серьезное разночтение – отсутствие у потерпевшего права на получение бесплатных услуг адвоката. Есть и другие проколы. Однако принцип регламентации в Проекте УПК процессуального статуса и прав потерпевшего после прав обвиняемого сохранен.

Но это присказка. А сказка начинается, когда законодатель, опасаясь, что дурак обвиняемый признается в содеянном, да еще наговорит чего лишнего, наделяет его правом не свидетельствовать против себя¹. А он, оказываясь, не такой уж дурак и с большой пользой для себя активно реализует свое право.

Права обвиняемого, оценка его показаний – самая болевая точка теории доказательств и уголовного процесса в целом. После того, как признание обвиняемого было провозглашено царицей доказательств, маятник качнулся в противоположную сторону: они не только низвергнуты с процессуального престола, но создана целая система рвов и заграждений, из-за которых к обвиняемому для его допроса подъедешь не на каждом танке. Понять ситуацию можно: инквизиция прошлых столетий и ее рецидивы в XX веке, патология практики нынешних

¹ Очередной алогизм – предоставление потерпевшему права отказаться от дачи показаний (п. 1.1 ст. 62 Проекта УПК Украины). Каков тогда смысла его обращения в правоохранительные органы?

правоохранительных органов – все это привело к введению в уголовный процесс целого каскада страховок и перестраховок, охраняющих обвиняемого от противоправного воздействия. Ожидаемый эффект не достигнут, и происходит перманентное наращивание новых и новых мер. Результат тот же, но в геометрической прогрессии снижается результативность расследования, растет численность преступников, избежавших благодаря усложнению уголовного процесса разоблачения и наказания.

Посягнуть на права обвиняемого, оспорить разумность нынешней их регламентации – все равно, что щелкнуть льва по носу: страха много, а оценка ожиданий на взаимопонимание – почти нулевая. Тем не менее, познание начинается с сомнения, и цель настоящей главы – зародить у читателя сомнение в целесообразности некоторых постулатов о правах обвиняемого. Я хочу поддержать законодателя: при косности многих позиций, в этой части в Проекте УПК делаются хотя и робкие, но последовательные, но разумные шаги. Их нужно приводить в систему, создавать завершенную концепцию.

Какова цель обеспечения права обвиняемого на защиту? По формальной логике, теоретически – создать гарантии от необоснованного обвинения в том, чего лицо не совершало, выяснить реальную картину происшедшего. А после того, как наши процессуалисты были оглушены и ослеплены фейерверком философских трактовок прав и свобод человека и гражданина, не трансформировалось ли фактически право обвиняемого на защиту в право на за-

конном основании уклоняться от ответственности за совершенное преступление?

На первый взгляд, такое утверждение абсурдно. Если государство обязано наказать преступника, то по все той же логике и преступник обязан понести наказание. Даже В. Высоцкий устами своего героя категорически утверждал: "Вор должен сидеть в тюрьме!". Но недавно появилась новая крылатая фраза: "Тюрьма не роскошь, ее надо еще заслужить". И, как ни странно, она возникла на вполне реальной почве.

Реализация принципа состязательности в современном его понимании в концепции уголовного процесса приводит к ревизии фундаментальных положений. Теперь понятия законности и обоснованности приговора вовсе не обязательно соответствуют установлению истины по делу. Известный российский процессуалист П.А. Лупинская подчеркивает: "... требование непременного установления истины по каждому уголовному делу несовместимо с установленным Конституцией РФ (ст. 51), а затем и в нормах УПК РФ правом обвиняемого на молчание (п. 3 ч. 4 ст. 47), правом не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и родственников, а также в иных случаях освобождения лиц от обязанности давать свидетельские показания"¹. Из УПК РФ не только понятие, но и сам термин "истина" начисто выброшены.

¹ Лупинская П. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 5.

Необходимость корректировки взгляда на истинность судебного приговора отмечает и Н. Михайловская. Она полагает: "Доминирование в установленных законом случаях юридической истины над истиной материальной и, соответственно, принципа диспозитивности над принципом публичности отражает современные представления о социальной ценности судебной процедуры не только и не столько как формы легитимной государственной репрессии в отношении нарушителей закона, но и как способа разрешения возникающих конфликтов с наименьшими потерями для общества"¹. Начинает утверждаться мнение о том, что в условиях состязательного процесса приговор более отвечает на вопрос, кто победил, чем на то, что же было на самом деле.

К состязательности судебного производства, возможно, обратимся в дальнейшем. Но ряд отечественных процессуалистов настаивает, чтобы этот принцип распространялся и на стадию досудебного следствия. К каким последствиям приведет реализация данного предложения? Какова тогда будет цель расследования? Могут ли быть разные цели на стадиях досудебного следствия и судебного разбирательства? Прогноз явно неутешителен. Как отмечалось в предыдущем разделе, в оценке доказательств по критерию соблюдения процессуальной формы "доминирование юридической истины над истиной материальной" прослеживается уже давно.

¹ Михайловская Н. Права личности – новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 3.

Немного желая, и будут наведены мосты ко всем другим процессуальным нормам.

Сделаю отступление. Состязательность на досудебном следствии была, есть и будет независимо от того, признается она или нет. Что это, если не состязательность, когда следователь принимает все меры к изобличению, например, убийцы, а тот столь же активно противостоит им? Речь может идти лишь о процессуальной регламентации прав сторон, а здесь все не так просто. Начнем с того, что стороны (а не сторона) возникают после появления подозреваемого. Но к этому времени уголовное дело может состоять из нескольких томов, где собраны десятки и сотни улик, которые лишь на завершающем этапе "замкнулись" на конкретном человеке. К собиранию этих доказательств сторона защиты отношения не имела, она может теперь их только проверять, оценивать. Далее, состязательность требует равенства сторон, а для этого необходимо адвокату и обвиняемому предоставить право не ходатайствовать перед следователем об истребовании доказательств, а самим их получать на законном основании. Но, как уже обращали внимание процессуалисты, перечень источников доказательств в УПК дан исчерпывающий, адвокат в силу своего статуса ими воспользоваться не может. Он вправе лишь собирать средствами, заведомо не имеющими юридической силы, сведения и факты, которые могут быть использованы в качестве доказательств. Хотел бы от авторов идеи состязательности на досудебном следствии по-

лучить предложения, как эти противоречия разрешить на практике.

Не говорю уже о реально непреодолимых трудностях. Например, экспертиза некоторых объектов проводится только в определенных экспертных учреждениях, и если даже есть возможность, как организовать проведение исследований экспертами из разных НИИСЭ, чтобы достичь компромисса между следователем и адвокатом? О сторонних экспертах говорить не приходится – разделить объект на части можно далеко не всегда, а отдать его туда, где нет процессуальных гарантий объективности исследования и сохранности доказательств, слишком рискованно.

"Европейский Суд установил, что при определенных обстоятельствах принцип "равенства сил" не создает позитивного обязательства для государств по предоставлению обвиняемым возможности до проведения судебных слушаний по их делам осуществить собственные экспертизы (наравне с обвинением) тех предметов или иных материалов, которые могут быть использованы в качестве доказательств против них. Однако такое обязательство основывается на презумпции того, что факты дела предполагают физически возможным проведение параллельных экспертиз одних и тех же предметов и что результаты любых исследований, проведенных обвиняемым, могут иметь вес относительно соответствующих вопросов по делу. Например, физически невозможно предоставить обвиняемому возможность провести его собственные экспертизы следов крови на крошечном куске материи, которая скорее

всего будет уничтожена после первой же экспертизы. Но в той мере, в какой такие параллельные исследования могут проводиться, имеет место обязательство по обеспечению их проведения. Если это невозможно, тогда обвинением предпринимаются меры, чтобы эксперты со стороны обвиняемого смогли эффективно проследить за проведением исследований, проводимых экспертами со стороны обвинения, и выразить свои мнения относительно проведенных исследований"¹.

Позиция однозначна, но вопрос лишь в одном: где в Украине найти достаточное количество независимых экспертов, чтобы удовлетворить ходатайства всех обвиняемых?

Привлечение судьи в качестве посредника между следователем и адвокатом – это паллиатив, а точнее – копия судебного процесса, причем копия, намного хуже оригинала. Судья должен разобраться в каждом ходатайстве, принять соответствующее решение, и тогда становится непонятно, кто же ведет расследование. Судья был "хозяин", "диктатор" в судебном разбирательстве. Сейчас и этого не будет. А на досудебном следствии он кто? А если учесть каббалистику с обязанностью судьи не предрешать доказательств вины – сплошная чертовщина.

Есть еще один аспект проблемы. Состязательность не просто противостояние сторон, словесное противоборство. Суть состязательности в аргумен-

¹ Лукайдес А. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 18.

тации сторонами своей позиции с помощью доказательств, интерпретации имеющихся фактов и обстоятельств. Именно для этого должно быть обеспечено равенство сторон, равенство их прав и, что зачастую упускают в дискуссии, равенство возможностей фактических, а не только процессуальных. И здесь есть один, отнюдь не подводный, видимый всеми камень, который почему-то не привлекает внимания сторонников состязательности на стадии досудебного следствия.

Речь идет об избрании подозреваемому в качестве меры пресечения содержание под стражей. Цели и основания применения мер пресечения определены в ст. 148 УПК. Со всеми можно согласиться, кроме одной: "воспрепятствовать установлению истины по уголовному делу". Формула типовая, применяется почти повсеместно и, как правило, без какой-либо аргументации – "может воспрепятствовать", и достаточно.

Что это такое на практике – подкуп свидетелей, фабрикация документов? Бывает, но не так часто. Кстати, арест тому не помеха – посредниками в организации требуемых акций выступают, к сожалению, некоторые адвокаты и родственники в роли защитников. Да и без них, как свидетельствует опыт, есть кому подсутиться. Но подозреваемый и обвиняемый имеют процессуальное право – собирать и представлять следователю и суду доказательства по делу. Как реализовать свое право, сидя за решеткой, не имея денег на адвоката и зная о "результативности" работы адвокатов, защищающих по назначению?

Представив себя в роли следователя, понимаю: изолировать подследственного – это значит свести до минимума хлопоты по удовлетворению его ходатайств. Удобно. Но можно ли забыть о презумпции невиновности не как фикции, а возможной реалии? Решения на поверхности, остановка за законодателем.

Еще один абсурд – мера пресечения избирается с учетом тяжести совершенного преступления. В УПК мы стыдливо умалчиваем если не основание, то фактор, влияющий на избрание меры наказания, – общественное мнение. Не надо долго объяснять, что будет в селе, поселке, да и в большом городе, если человек, совершивший убийство, продолжает ходить по улицам. Но возьмем нашумевшее дело ЮКОСа. Кому и чем мешал М. Ходорковский? Он мог сбежать, украсть еще пару миллиардов, вытащить из компьютера жесткие диски? Я категорически возражаю против ограничения права следователя применять тактические приемы допроса обвиняемого и подозреваемого, против безоглядной интерпретации практики Европейского Суда. Но я четко разграничиваю следственную тактику, в основе которой лежит высокий интеллект следователя, и тактику, опирающуюся на силу, в какой бы форме – законной (путем ареста) или незаконной – она бы ни применялась. Пора эти вопросы выносить на широкое научное обсуждение и ставить перед законодателем.

Любые идеалы корректирует действительность – такова история, такова практика. Беда, когда, вопреки очевидному, практику начинают насиловать

во имя абстрактного идеала. Вдвойне обидно, если сам идеал изначально является игрушечной конструкцией. Есть такая детская считалка: "Царь, царевич, король, королевич, сапожник, портной, а ты кто такой?". У нас нет ясности с царем и царевичем – политическая реформа буксует. Проблема и с судом, ибо отсутствие следственного судьи превращает в миф независимость действующего суда, дающего добро на проведение следственных действий и оперативных мероприятий, а затем рассматривающего дело по существу. Функции прокурора – сплошная окрошка. А на вопрос "Кто ты, следователь, такой?" в трезвом виде ответить вообще невозможно, ибо, как в той же детской считалке, введено правило: "черное и белое не называть, да и нет не говорить".

Следователь – сторона обвинения. С этим можно было бы согласиться, если определить отправную точку – с какого этапа. Но детское требование "не называть", "не говорить", трансформируясь в запрет упоминать о том, что всесторонность и объективность расследования неминуемо предполагают выяснение и проверку фактов и обстоятельств, опровергающих вину подозреваемого, ибо это функция защиты, – уже не детские игры.

Наверное, многим следователям приходилось сталкиваться с уголовными делами, возбужденными по ложному доносу, подкрепленному сфальсифицированными доказательствами. Какую функцию они здесь выполняли? А сколько необычных ситуаций создаст сама жизнь.

Примерно в конце 50-х годов прошлого века моему коллеге – старшему следователю прокуратуры города Луганска пришлось решать одну из таких загадок. Демобилизовавшись после окончания Великой Отечественной войны, Н.¹ в городе Ворошиловграде (ныне Луганске) построил жилой дом с погребом, вход в который находился в коридоре дома. Через 10-12 лет (точно не помню) дом продали. Новый хозяин решил углубить погреб и обнаружил там останки захороненного трупа с бесспорными признаками насильственной смерти. По заключению судебно-медицинской экспертизы давность смерти не превышала трех-четырёх лет. В период владения домом Н. никогда из него не выезжал, кроме жены и несовершеннолетних детей, никто из посторонних в нем не проживал. Версия, естественно, одна. Но кто убит? Допрошенные соседи утверждают, что к Н. никто из неизвестных им лиц не приезжал и не приходил, а те, кто был, – благополучно здравствуют или умерли своей смертью. Данных о без вести пропавших нет. Оперативная информация только в пользу Н., да и сам он принадлежал к категории людей, которым невольно хочется верить. К тому же достаточно умен, чтобы понимать опасность продажи дома с трупом в подвале. Однако повторная судмедэкспертиза подтвердили выводы первой.

Ломали голову все десять старших следователей горпрокуратуры, терзали всех судмедэкспертов – решения нет. Не помогли и консультации с сотруд-

¹ К сожалению, фамилию его не помню, поэтому дело в архиве найти не удалось. Не было оно описано и в литературе, хотя того заслуживало.

никами вышестоящих прокуратур. Срок следствия приближался к критическому. Скорее для очистки совести, чем опираясь на какие-либо знания (сделайте скидку на те давние времена), извлекли из погребя полцентнера грунта и направили его вместе с уголовным делом на экспертизу в Москву. Вопрос был поставлен примерно так: "Не могли ли особенности почвы привести эксперта к ошибке в определении давности смерти?". Не помню, кто участвовал в исследовании, — кажется, даже палеонтологи и зоологи, но вывод был сделан однозначный: труп захоронен еще в период боев с фашистами. Благодаря настойчивости следователя, человек избежал необоснованного осуждения.

Если отбросить экзотику и взять элементарно простой пример: есть разрозненные улики против десяти, а преступление совершил один, то какую функцию выполняет следователь, отметая непричастных? Применительно к следователю я считаю неприемлемым само понятие "функция защиты" в том контексте, который сейчас служит предметом дискуссии. Функцию защиты он выполняет как представитель публичной власти, очищая общество от преступников. Делает это он, раскрывая преступление и объективно, всесторонне исследуя доказательства. Условно можно согласиться, что функция обвинения процессуально у него появляется с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. Однако и это не исключает обязанности следователя как представителя публичной власти выяснять и фиксировать обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смяг-

чающие его вину. Эта власть по своей природе не может быть или "обвинительной", или "защитительной" – это одна, единая функция, которая охватывается понятием справедливой власти. Навешивать на нее нетрадиционную терминологию, неадекватную фактическим реалиям, – явно излишне.

Российские процессуалисты с данной проблемой уже столкнулись и считают, что она решена в УПК РФ неудачно. "Состязательность, – пишет А. Давлетов, – как всякий принцип, явление качественное. Нельзя быть принципиальным наполовину. Состязательность либо в полной мере есть, либо ее вообще нет. Отдельные элементы, характерные для этого принципа, сами по себе не делают производство истинно состязательным. Поэтому если процесс объявлен состязательным, однако всей совокупности правил, присущей этой форме производства, нет, то такое положение дел есть не что иное, как декларация, фикция, обман"¹.

Но это побочная разминка. Главный вопрос: для чего все же существует уголовный процесс? Что такое подвергаемая П.А. Лупинской сомнению законность привлечения гражданина к уголовной ответственности и осуждения его приговором суда? Отбросим философские споры об истине. (Я не раз замечал: когда аспирант не знает, как подойти к решению конкретной проблемы, то лезет в философию). Обязан следователь

¹ Давлетов А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно // Российская юстиция. – 2003. – № 8. – С. 17.

установить преступника и доказать вину? Обязан суд вынести приговор только в том случае, когда вина подсудимого доказана? И причем здесь право обвиняемого и подсудимого не свидетельствовать против себя? Когда ранее данное право не регламентировалось в УПК, у нас все обвиняемые и подсудимые признавались в содеянном и оказывали содействие в раскрытии преступления? И разве свидетели не давали ложные показания или не утаивали известные им факты? Но дела, как правило, расследовались в полном объеме, выносились приговоры.

Трудности в расследовании были, есть и будут, даже тогда, когда обвиняемый дает показания. Будучи прокурором-криминалистом, я убеждал следователей, что самые трудные дела – это те, где с самого начала есть признание обвиняемого: наступает самоуспокоение, собиранию доказательств внимание уделяется недостаточно, и потом, когда обвиняемый по совету адвоката отказывается от ранее данных показаний, дело летит вверх тормашками.

Я настороженно отношусь к процедуре упрощенного судопроизводства по делам, где подсудимый признает свою вину. Экономия ресурсов очевидна, но уж очень она напоминает пословицу: "Лес рубят – щепки летят". Почему-то никто не занялся статистикой ложных самооговоров. Только в моей практике их было около десятка. Приведу характерный случай.

В Антрацитовский горотдел милиции Луганской области после полуночи явился с повинной гражданин Мишин. Он сообщил, что в окно его дома стучал

какой-то пьяный. Когда Мишин вышел на улицу, неизвестный, ничего не объясняя, набросился на него, нанес несколько ударов по голове, пытался душировать. Попытки вырваться и убежать или утихомирить нападавшего успеха не имели, поскольку он превосходил Мишина по росту и силе, в переговоры не вступал. Понимая, что схватка может закончиться для него трагически, Мишин поднял с земли увесистый камень и нанес нападавшему по голове удар, оказавшийся смертельным. Выехавшая на место происшествия оперативная группа обнаружила труп мужчины ростом 192 см с обширной раной в височной части головы. Утром опросили всех жителей близлежащих домов. Никто из них драку не видел, криков не слышал, так как расположенное неподалеку предприятие является источником постоянного шума.

При освидетельствовании у Мишина, рост которого 167 см, обнаружили телесные повреждения на голове и шее, подтверждающие сделанное заявление. Его верхняя одежда была разорвана в нескольких местах, с пятнами крови, как показала экспертиза, идентичной по группе с кровью потерпевшего. Их происхождение Мишин объяснил тем, что пытался оказать помощь потерпевшему, в частности, перенес его с проезжей части дороги, где тот оказался при падении.

При воспроизведении обстоятельств события Мишин на манекене показал, как и куда он нанес удар нападавшему. Участвовавший в следственном действии судебный медик дал заключение: показанный Мишиным механизм нанесения удара по-

зволяет причинить повреждение, зафиксированное на трупe. Эксперт подтвердил также возможность образования пятен крови на одежде Мишина при перетаскивании трупа. Вскрытием установлено, что незадолго до смерти потерпевший принял большую дозу алкоголя. Служивцы потерпевшего заявили, что в состоянии алкогольного опьянения он бывал чрезвычайно агрессивен, беспричинно вступал в драку. Следователь при данных обстоятельствах не имел оснований ставить под сомнение достоверность собранных доказательств – фактических данных, полученных при строгом соблюдении процессуальной формы. Дело против Мишина было прекращено.

Но примерно через неделю за неоднократное злостное хулиганство был арестован Золотко. Своим сокамерникам он рассказал, что ранее совершил убийство в драке. Информация поступила к следователю, которому Золотко затем дал об этом подробные показания. Картина почти полностью повторилась. Ширкин, встретив проходившего по улице Золотко, вступил с ним в драку, пытаясь задушить. Находясь в состоянии необходимой обороны, Золотко камнем нанес Ширкину удар по голове. У Золотко была изъята одежда со следами крови Ширкина, осуществлено воспроизведение обстановки и обстоятельств события, проведены соответствующие экспертизы. Нашлись и свидетели, которым Золотко рассказал об инциденте. Дело по этому эпизоду против Золотко было прекращено, но в судебное заседание явился Мишин. По ходатайству адво-

ката, вопреки мнению прокурора, он был допрошен и заявил, что убил Ширкина.

Только после вступления в законную силу приговора, которым Золотко был осужден за злостное хулиганство без привлечения к ответственности за убийство Ширкина в состоянии необходимой обороны, Мишин, имевший незаконченное высшее юридическое образование, объяснил причины своего поведения. Незадолго до описанных событий после отбытия наказания за умышленное убийство вернулся домой сын Мишина. В тот день он ушел на встречу со своими давними друзьями, крепко выпил и где-то порвал отцовскую куртку, в которую был одет. Возвращаясь домой, споткнулся в темноте о какой-то предмет и упал. Будучи сильно пьян, не смог сразу встать, и лишь потом понял, что лежит на каком-то человеке. Когда сын зашел в порванной окровавленной куртке, а рядом с домом оказался труп, Мишин, несмотря на все заверения сына о непричастности к убийству, не поверил ему. Опасаясь, что за повторное убийство его единственного сына приговорят к высшей мере наказания, Мишин решил заявить о якобы совершенном им убийстве в состоянии необходимой обороны, для чего нанес себе несколько телесных повреждений.

Известно, что цыгане, даже став оседлыми, сохраняют наработанные веками приемы противодействия правосудию. Так, в случае провала кого-либо из активных участников преступной группы, выдвигается "козел отпущения", который, будучи невиновным, добровольно признается в якобы содеянном и отбывает наказание по приговору суда.

Обычно это женщина, не судимая, имеющая кучу детей и потому заслуживающая снисхождения. Во время отбывания ею наказания дети находятся на иждивении членов рода, ей самой гарантируются передачи и всевозможные льготы. Ныне подобную практику ввели многие современные интернациональные преступные группы, причем жертва не только покупается за весьма приличное вознаграждение, но и "сознается" под угрозой расправы над ней или близкими.

Последствия права обвиняемого и подсудимого на молчание, так же как и добровольного признания ими своей вины, не однозначны. Поэтому не столь прямолинейны должны быть оценки "доминирования юридической истины над истиной материальной". Если под истиной понимать доказательства вины лица, действительно совершившего преступление, то аморально, если не преступно, уже само противопоставление этих дефиниций.

Однако коль только допускается, что при наличии права обвиняемого и подсудимого на молчание ставится под сомнение законность и обоснованность приговора, то почему мы во весь голос не говорим, не кричим о необходимости отмены этого права, ставшего камнем преткновения на пути отправления правосудия? Понятно, вопрос упирается в Конституцию. Но ее писали не боги, а люди. Спешили, принимали ночью. Можно поставить вопрос о внесении изменений. Вначале только необходимо самим разобраться что к чему.

Вообще-то запреты в праве, как и в политике, — результат осознанного мифотворчества. Последнее,

в свою очередь, считается абсолютно нормальным способом сделать политические события или правовые постулаты понятными для идеологических верований. Кристофер Флад пишет: "Мифы призваны поддерживать исповедуемые нами ценности, поскольку они служат примером их практического использования. И поэтому идеология не может обойтись без мифотворчества... Философия не в силах разрушить политический (и правовой тоже. – Б.Р.) миф. В определенном отношении миф неуязвим. Вера в него глуха к доводам разума, ее невозможно опровергнуть при помощи силлогизмов"¹.

Однако, в отличие от религиозных, политические и правовые мифы, как и основанные на них запреты, недолговечны. Многочисленные примеры из истории права достаточно известны. Но их природу, наверное, легче оценить с помощью аналогии с запретом литературных произведений. Не будем упоминать "Архипелаг ГУЛАГ" или "Лолиту". Остракизму подвергались "Оливер Твист" (Диккенса обвинили в антисемитизме из-за образа еврея Фиджина), "Гекльберри Финн" (Марк Твен "не осуждает рабство"), "Дневники Анны Франк" (за "чрезмерную депрессивность"), и даже сказку Корнея Чуковского "Крокодил" пыталась стереть с лица земли самолично Крупская².

Может, именно из-за его мифологической природы сегодня трудно доказывать несостоятельность

¹ Флад К. Политический миф. Теоретическое исследование / Пер. с англ. – М.: Прогресс-Традиция, 2004. – С. 28, 117.

² См.: Каролидес Н., Балд М., Соува Д., Евстратов А. Сто запрещенных книг. – М.: Ультра Культура, 2004.

запрета нарушать права обвиняемого не свидетельствовать против себя, но слишком велики порожденные им издержки отправления правосудия, чтобы отдавать решение проблемы на откуп времени.

Исторически право не свидетельствовать против себя и своих близких обосновывается с позиции христианской нравственности. По мнению А.Ф. Кони, выразившего взгляды основоположников судебной реформы в царской России, процессуальное право признает законность вторжения в область своего применения требований нравственности и старается в тех случаях, где эти требования можно выразить прямыми предписаниями, указать на их смысл и содержание.

Так, например, оно признает, что ради целей земного правосудия нельзя ослаблять или нарушать священные узы, связывающие людей между собой и с Верховным Судьей. Поэтому супруг подсудимого, родственники по прямой линии, восходящей и нисходящей, его родные братья и сестры могут устранить себя от дачи показаний по делу о нем.

В человеческом взгляде закона на таинственный голос крови или супружеской привязанности заключается большая близость к внутренней правде жизни, чем ее содержалось бы в предписании добиваться объективной и холодной истины. К таким же юридико-нравственным правилам судопроизводства, считал А.Ф. Кони, должно быть отнесено и право подсудимого молчать на суде.

Еще в начале XX века известный российский процессуалист Л.Е. Владимиров, критически оценивая английский Закон "Об уголовных доказательст-

вах" 1898 года, писал: "Основное начало всякого правильного уголовного процесса: "Nemo tenetur accusare se ipsum" – "никто не обязан сам себя обвинять". Принять другое руководящее положение – значит признать, что бывают случаи, когда человек можно законом принудить к самоубийству"¹.

Оспаривать этот освященный веками канон трудно. Но нынешнее столетие – время прагматиков, и потому не столь кощунственно задать вопрос: если убийца попирает нормы права, морали, этики, все мыслимое и немислимое, то, возводя над ним нимб великомученика, не хотим ли мы быть святее Папы Римского, опасаясь ненароком больно затронуть душевные струны преступника? Да и так ли уж мы будем святотатствовать? Религиозные постулаты не однозначны. Почему, оценивая этическую сторону свидетельствования против себя, забывают, что основу христианской морали составляет покаяние грешника? Принято считать, что урон, причиненный потерпевшему, компенсируется понесенной преступником карой. Но чисто по-человечески потерпевшему прежде всего нужно получить искреннее покаяние преступника. Ведь многовековая народная мудрость сфокусирована в емкой формуле: "Повинную голову меч не сечет". И закон, хоть в этой части отличаясь логикой, говорит о чистосердечном раскаянии как смягчающем вину обстоятельстве. Таково же и отношение судебной практики. В качестве образца приводят решение одного из

¹ Владимиров А.Е. Учение об уголовных доказательствах. – Тула: Автограф, 2000. – С. 324.

судов, который, в частности, указал: "Наличие ребенка и признание вины обвиняемым может быть основанием для амнистии"¹.

В цивилизованном обществе покаяние и принесение извинений потерпевшему – это норма, элементарное правило общежития. История хранит факты, когда А.С. Пушкин с разрешения царя написал извинительное письмо княжне Волконской, где просил великодушно простить ему неумышленное оскорбление², а известный русский публицист В.В. Розанов через газету принес извинения поэту Рославлеву за публикацию заметки, затрагивающей его честь³.

В отечественной теории уголовного процесса покаянию в форме признания своей вины в совершенном преступлении, в том числе активного содействия в расследовании, уделяется достаточное внимание, чего не скажешь об обратной ситуации, когда подсудимый, несмотря на неоспоримые улики, вину отрицает. В Уголовном кодексе формально отсутствие раскаяния не относится к числу отягчающих обстоятельств, хотя прецеденты такого рода были. Так, согласно Артикулу воинскому Петра I, если виновный отказывался извиняться, то наказание ужесточалось: "Ежели оный поупрямитца, который приговорен себя обличить, то он может быть денежным наказанием и заключением к тому принужден быть, и ему иной срок ко исполнению при-

¹ Юридическая практика. – 2004. – № 19(333). – 11 мая. – С. 19.

² См.: Пушин И.И. Записки о Пушкине. – М., 1984. – С. 35.

³ См.: Комментарии к книге В.В. Розанова "Уединенное". – М., 1990.

говора положить. И ежели сему учиница противен, то тюрьмою крепчае, а дачею денежною вдвое прибавить, и иной срок назначен будет" (Артикула 151).

Логике современного законодателя понять можно: введи такую норму – получишь мощный рычаг психологического давления на подозреваемого. Однако на практике она де-факто действует. При интервьюировании ста судей практически все они заявили, что отрицание вины подсудимым при ее доказанности влечет назначение более сурового наказания. Зачастую непосредственно в приговоре указывается: "подсудимый имярек в содеянном не раскаялся...".

Если же стать на твердую почву системного анализа, то вполне очевидно, что право обвиняемого не свидетельствовать против себя *функционально* находится в явном противоречии с генеральной целью уголовного процесса. Оно не только не способствует изобличению виновного, но *может даже привести к ошибкам в отношении невинного человека.*

Еще один аспект. Даже формально, коль государство ставит основной целью наказания исправление оступившегося, то почему ее реализация должна начинаться после вынесения приговора? Почему это не относится к одной из задач досудебного и судебного следствия?

Нужно согласиться, что обязанность свидетельствовать против родных и близких противоречит этике отношений в цивилизованном обществе. Но преступник, оставаясь человеком и гражданином, тем не менее, своими действиями сам вывел себя за пределы правового поля правопослушных граждан.

Право вернуться в общество он должен заслужить осознанным, добровольным деятельным раскаянием, неотъемлемым условием которого является свидетельствование против себя, дача полных и правдивых показаний следователю и суду. *В противном случае постулаты о равенстве прав и свобод, о равенстве всех перед законом приобретают ущербную форму, теряют свою сущность.*

Я не раз был вынужден констатировать отсутствие элементарной логики в существующей концепции уголовного процесса. Право не свидетельствовать против себя – очередное тому подтверждение. Подозреваемому и обвиняемому *от имени государства* объявляется, что они имеют право *продолжать противостоять государству*. Создается психологическая уверенность в том, что отказ от раскаяния *не осуждается* этим самым государством. И после всего этого следователю рекомендуется установить психологический контакт с допрашиваемым и попытаться убедить его чистосердечно раскаяться. Ничего нового в криминалистике не появилось, никаких действенных рекомендаций по тактике допроса обвиняемого, уверенного в праве не свидетельствовать против себя, нет и не предвидится. Не анализируем практические последствия процессуальной новации, смотрим на нее, как на икону.

В либерализации уголовного процесса западное законодательство – непререкаемый образец. Однако сами западные теоретики и практики так к нему не относятся. Например, в США наша новация нашла отражение в правилах Миранды, сформулированных в 1966 году Верхов-

ным судом США. Суть этих правил: "... когда лицо заключено под стражу или каким-либо другим образом лишено властями свободы и подвергнуто допросу, возникает угроза праву гражданина против самообвинения. Для того, чтобы это право было защищено, должны быть применены процессуальные гарантии...". Эти гарантии выражаются в том, что лицо "должно быть предупреждено до начала допроса, что: 1) оно имеет право хранить молчание; 2) все, сказанное им, может быть использовано против него в суде; 3) оно имеет право на присутствие адвоката и 4) если оно не в состоянии нанять адвоката, он будет ему назначен, когда это лицо так пожелает, до начала допроса... До тех пор пока обвинитель в суде не докажет, что такие разъяснения были сделаны и что лицо отказалось воспользоваться своими правами, доказательства, добытые в результате допроса, не могут быть использованы против него".

Указанное правило было сформулировано по делу Миранды против штата Аризона (*Miranda v. Arizona*)¹. Верховный суд США определил, что проверка добровольности признания является недостаточной защитой подозреваемых против принудительных действий полиции на допросах. Поэтому показания, полученные на допросах в тюрьме, не могут использоваться против подозреваемого при рассмотрении уголовного дела в суде, если полиция не предоставит процессуальных гарантий против самообвинения подозреваемого. Такой гарантией,

¹ United States Reports, v. 384, 1966. – P. 436.

по мнению Суда, является оглашение допрашиваемому цитированных выше прав.

Принятие правил Миранды вызвало неоднозначную реакцию среди судей и ученых-юристов. Проведенные исследования свидетельствовали, что эти правила оказывают неблагоприятное воздействие на готовность подозреваемых отвечать на вопросы полицейских. Например, районный атторней (ставший потом сенатором) Арлен Спектр сообщил, что до решений Суда (здесь и далее имеется в виду Верховный суд США) по делам Эскобедо (1964 г.) и Миранды примерно 90% подозреваемых, арестованных полицией в Филадельфии, делали самоинкриминирующие заявления. После выполнения требований правил Миранды в полном объеме этот показатель снизился до 41%.

Конгресс США в 1968 г. принял закон, ограничивающий применение правил Миранды, но он не получил до сих пор одобрения Верховного суда США, без чего не может вступить в действие.

Противостояние сторонников правил Миранды, которые придерживаются модели уголовного процесса, отдающей предпочтение охране прав личности, и их противников продолжается. Последних поддерживает Министерство юстиции США. Департамент правовой политики подготовил ряд материалов, "запущенных" им затем в средства массовой информации, где резко критиковались правила Миранды. Одновременно департамент подготовил доклад "Правила допроса в полицейском участке", который был опубликован лишь в 1989 году (вероятно, именно к этому моменту дала результаты целена-

правленная работа в СМИ, и общественное мнение оказалось подготовленным поддержать его положение). В докладе утверждалось, что Конституция США и Билль о правах не предусматривают никакого специального права против самооговора и оно опирается на положение общего права. Суд игнорировал часть текста V поправки к Конституции США, которая создает не право хранить молчание, а только право не принуждаться к даче показаний против себя.

В докладе одобрялся принятый в 1968 году Конгрессом США закон (не санкционированный Верховным судом США) и утверждалось, что многие американские адвокаты восприняли его как аннулирование правил Миранды. В большинстве случаев суды стали игнорировать проверку соблюдения требований правил Миранды или обходить эту проблему другими способами. По сообщениям американской печати, полиция в пяти южных штатах (Мэриленд, Виргиния, Западная Виргиния, Северная Каролина и Южная Каролина) теперь не обязана сообщать арестованным об их праве хранить молчание согласно решению Федерального апелляционного суда в Ричмонде (1999 г.), установившему новую правовую норму, которая провозглашает опасность сохранения знаменитого решения по делу Миранды в национальном масштабе. В докладе сделан ряд выводов. В частности, указывалось, что правила Миранды, препятствуя обвинению преступника, мешают государству защищать граждан. Их применение заметно уменьшает готовность подозреваемых отвечать на вопросы полиции. Правила Миран-

ды подрывают доверие граждан к закону, так как противоречат интересам жертв преступления. Решение по делу Миранды представляет собой застывший на 20 лет кодекс правил допроса до суда, лишает их возможности развития в целях защиты граждан от преступления и обеспечения справедливого отношения к подозреваемым.

В заключение в докладе отмечалось, что нет никаких существенных причин для сохранения правил Миранды. Необходимо установить такие правила допроса до суда, которые бы минимизировали возможность манипуляции ими со стороны ответчиков¹.

21 июня 2004 г. Верховный суд США рассмотрел дело Ларри Дадаи Хийбея против суда шестого юридического округа штата Невада. Суть конфликта в том, что упомянутый господин, сославшись на свою невиновность, не пожелал представиться сотруднику полиции, который расследовал дело о разбойном нападении. Формально Ларри Дадаи прав, поскольку Конституция США гарантирует каждому гражданину защиту от дачи показаний, способных нанести ему вред. Однако по законам штата любой человек, остановленный полицией "в обстоятельствах, четко указывающих на то, что данное лицо совершило... преступление", должен "идентифицировать себя по требованию".

Пятью голосами против четырех Верховный суд постановил: "В данном случае разглашение имени

¹ Подробнее см.: Махов В., Пешков М. Правила Миранды подвергаются критике // Российская юстиция. – 2000. – № 1. – С. 55-57.

не несло явной угрозы уголовного преследования". Подводя итог, судья Энтони М. Кеннеди заявил, что не видит ничего предосудительного в том, если по просьбе работника правоохранительных органов гражданин назовет свое имя. Отныне отказ сообщить собственное имя американскому офицеру полиции может трактоваться как правонарушение.

В последнее время Верховный суд США принял исключения в правилах объявления предупреждения Миранды "для общественной безопасности" по делу штат Нью-Йорк против Кварлаза (New York v. Quarles)¹. Полиция получила информацию, что вооруженный насильник проник в овощной магазин, работающий круглосуточно. Найдя его там, полицейские осуществили личный обыск и обнаружили пустую кобуру. Не объявляя предупреждения Миранды, полицейский спросил преступника, где тот спрятал пистолет. Он указал место. Поскольку "допрос арестованного лица" осуществлялся в условиях существования угрозы общественной безопасности, Верховный суд изменил решение суда нижней категории о запрете использования показаний относительно пистолета. Суд заметил, что право ответчика на молчание перевесили соображения общественной безопасности².

Возникают вопросы: абсолютно ли право не свидетельствовать против себя, или у него ограниченная сфера применения? Если данное право имеет пределы, то какова нижняя планка допустимости

¹ United States Reports, v. 467, 1984. – P. 649.

² См.: Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Вид-во Україна, 1999. – С. 278-279.

его несоблюдения? Постановка таких вопросов обусловлена отсутствием четкого определения понятия "угроза общественной безопасности". Оружие представляет опасность только в том случае, когда кто-то имеет возможность воспользоваться им в преступных целях. В деле, явившемся предметом рассмотрения Верховного суда США, преступник был один, пистолета в момент задержания у него не было. Тем не менее, Суд признал такую ситуацию как создающую угрозу общественной безопасности.

Исходя из логики Верховного суда США, более обоснованно допустить исключение из правил Мирранды в том случае, если задержан один участник вооруженной банды, другим удалось скрыться, но задержанный может знать, где они находятся. Однако возникают следующие вопросы: почему понятие угрозы общественной опасности связывается только с оружием? Почему нельзя распространить этот критерий на ситуацию, когда, например, по имеющейся информации, два рецидивиста вступили в сговор с целью изнасилования несовершеннолетней, а задержание только одного не исключает возможности реализации умысла другим? И почему исключение не может быть допущено даже применительно к рядовой квартирной краже? Ведь общественно опасным считается любое деяние, квалифицированное как преступление. Нельзя не учитывать, что градация процессуального порядка производства следственных и оперативно-розыскных действий в зависимости от тяжести преступления нарушает основополагающий принцип равенства

прав граждан на защиту законных интересов и восстановление нарушенных прав.

Дискуссия по поводу сохранения правила Миранды обострилась в США после событий 11 сентября 2001 г. Мы же покорно, безоговорочно воспринимаем процессуальную регламентацию права подозреваемого и обвиняемого не свидетельствовать против себя. Невольно возникает аналогия: когда на торги выставляли рабов, "продавец очень громко выкрикивал, что выставленные рабы – самые новые, простые, нехитрые, королевского (т.е. польского, литовского и украинского) народа, а не московского, считавшегося в Крыму хитрым, коварным, способным к побегам и потому сравнительно дешевым"¹. Правда, россияне, вопреки истории, в отказе от позитивного решения данного вопроса идут впереди нас.

Некритическое заимствование дореволюционных концепций и откровенный плагиат западных работ, механический перенос в украинское законодательство указанных процессуальных норм – все это, по сути, стало революцией, революцией многообещающей, преследующей цель стать вровень с западным правосудием. Но самое лучшее, что было в этой революции – произошла она первоначально в зарубежье. И у нас имелось время подготовиться, спокойно присмотреться, оценить плюсы и нейтрализовать минусы, рассмотреть систему не как шаблон, а как конст-

¹ См.: Яворницький В.І. Історія запорозьких козаків. У 3-х т. – Т. 1. – К.: Наукова думка, 1990. – С. 333.

руктор. Мы этого не сделали, сунулись в воду без учета своих способностей плавать.

Следственная практика не была готова к такому кардинальному повороту. Следователи в одночасье оказались обезоруженными, ибо в криминалистике допросу обвиняемого отводилась большая роль. Существуют ситуации (например, преступник скрытно убил жертву и тайно захоронил ее в лесу), когда без показаний обвиняемого преступление раскрыть невозможно. Допустимость же применения тактических приемов, исключающих физическое или психическое насилие, но позволяющих получить от подозреваемого и обвиняемого правдивые показания, сведена к нулю. Сегодня, например, практически нереально воспользоваться элементарными рекомендациями по установлению психологического контакта следователя с допрашиваемым, ибо присутствие защитника, даже в идеальном варианте, когда он не будет вмешиваться в допрос (чего практика еще не знает), создает непреодолимые сложности.

Как отреагировали на изменения требований к тактике допроса криминалисты? Практически никак. Кто постарше, помнит, как на прилавках советских магазинов лежала тушенка – отдельно банки, отдельно этикетки. Заводы-изготовители считали излишним наклеивать этикетки на консервные банки. По данному принципу строятся рекомендации следователям. Возьмем, прельстившись названием, первую попавшуюся опубликованную работу. Вначале следует реверанс в сторону официальных требований: "Все то, что ограничивает свободу во-

леизъявления подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля, "подтягивает" их показания в желаемое русло, препятствует установлению истины, является противозаконным. Поэтому следователю необходимо уметь различать границу между правомерным и неправомерным путями ее достижения. Он выбирает и использует методы и приемы на свое усмотрение, учитывая обстоятельства по делу, а также свой опыт следовательской работы и тактический арсенал. Но, несмотря на свободу выбора, он во всех случаях обязан обеспечить его полное соответствие принципам законности и морали, а также научной обоснованности¹.

Однако когда дело доходит до практических рекомендаций по тактике допроса, "принципы законности и морали" в процессе "научной обоснованности" приобретают значение, прямо противоположное пропагандируемому. Так, автор утверждает: "...эффективное применение психологического влияния – основа тактического мастерства следователя. Тактические приемы следователя – не "ловушки" и "хитрости", они только создают необходимые условия для облегчения протидействующему лицу перехода от лжи к правде. Например, тактически целенаправленная система вопросов может выявить, вопреки желаниям допрашиваемого лица (курсив мой. – Б.Р.), факты и детали, известные только причастным к совершению преступления".

¹ См.: Кришевич О.В. Застосування тактичних прийомів під час допиту // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ України. – 2002. – № 3. – С. 221-229.

Еще один пример из работы того же автора. "Психологическое влияние усиливается за счет сочетания форсированного и замедленного темпа допроса. При этом рекомендуется малозначимые вопросы подавать в замедленном, а существенные – в ускоренном темпе. Это нарушает индивидуальную ритмику допрашиваемого, создает негативное возбуждение в коре больших полушарий, вследствие чего развивается усталость нервных центров, снижается сознательный самоконтроль за поведением, речью и т.д. Действие приема основано также на том, что интенсивный темп вопросов не позволяет допрашиваемому тщательно обдумывать варианты ответов и концентрировать внимание на деталях (курсив мой. – Б.Р.), которые свидетельствуют о неправдивости показаний".

Не забыты и такие приемы, как "создание психологического вакуума, вызывающего представление о полном раскрытии преступления и изобличении виновного", создание иллюзии о сознании других соучастников преступления¹.

Не будем винить автора. Приведенные приемы психологического влияния можно найти в десятках других работ, это азбука допроса. Дело не в частности. Вполне понятно, что все такие приемы несовместимы с правом обвиняемого не свидетельствовать против себя, вызывают обоснованное сомнение в добровольности отказа от реализации данного ему права после их применения.

¹ См.: Кришевич О.В. Застосування тактичних прийомів під час допиту // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ України. – 2002. – № 3. – С. 221-229.

Не меньше проблем возникает и при теоретическом осмыслении права обвиняемого и подозреваемого не свидетельствовать против себя. Несмотря на обилие философских комментариев, в конечном итоге все завершается, как у Чехова. Антон Павлович написал большой монолог о жене, потом его зачеркнул и вывел: "Жена есть жена". Так и здесь: есть право не свидетельствовать против себя. Этим все сказано.

Если следовать букве закона, то право обвиняемого на молчание не допускает какого-либо вмешательства с целью побудить его дать показания. Не хочет – не надо, не лезь к обвиняемому со своими советами и убеждениями. Но возьмите любую работу – нигде так вопрос не ставится. Наоборот, начинается хождение вокруг да около: психологическое воздействие на обвиняемого допустимо, но законное. А что такое – законное? В теории ответ есть: "Правомерное психическое воздействие в уголовном процессе отличается от психического насилия наличием у подвергающегося воздействию лица свободы выбора той или иной позиции. Поэтому к правомерному и нравственно оправданному психическому воздействию на личность в следственной тактике следует отнести такое воздействие, которое, будучи направлено на обеспечение свободы выбора той или иной позиции, понимается как положительное влияние на психику человека, как создание наиболее благоприятных условий для течения психических процессов, поддержания активных психических состояний и проявления положительных психических свойств личности".

Что-нибудь поняли? В доступном изложении это означает возможность разъяснить, что чистосердечное и деятельное раскаяние является смягчающим вину обстоятельством, то есть провести комплекс политико-воспитательных мероприятий. При этом "не перегибать". Основное требование, даже критерий: у обвиняемого должна быть свобода выбора. Какой выбор? Можно подумать, что у нас каждый следователь квалифицированный психолог и психиатр или нет граждан с психическими отклонениями. У меня, да, наверное, не только у меня, был случай, когда по вызову в качестве свидетеля по какому-то затрапезному делу явился ничем не примечательный гражданин с аккуратно упакованным набором вещей для отбытия наказания. Да объяви ему о раскаянии как об обстоятельстве, смягчающем наказание, он бы у меня без всякого нажима и в убийстве признался.

А мало ли людей с нормальной, в бытовом понимании, психикой признавались черт знает в чем, опасаясь худшего? Законное психическое воздействие – это мираж, уловка, к которой прибегают, чтобы хоть как-то обойти неудобную формулу права обвиняемого на молчание.

Теперь попробуем разобраться, что такое незаконное психическое или физическое воздействие на обвиняемого в целях получения от него показаний. В такой постановке проблема, насколько я знаю, всесторонне не обсуждалась. Все вроде бы и так понятно. Но, как и в предыдущих разделах, начну с примеров.

Случай давний. Он достоин занесения в сборник анекдотов на юридические темы, но, тем не менее, я столкнулся с ним на практике. В прокуратуру обратился некий Н. с просьбой подтвердить, что из крупного гастронома в г. Ворошиловграде (ныне Луганск) он украл только 17 рублей 20 копеек и две бутылки водки. Кража значилась нераскрытой, и сумма ущерба, по данным инвентаризации, превышала несколько тысяч рублей. Явку с повинной со столь необычной просьбой Н. пояснил тем, что он длительное время был должен двум ворам крупную сумму денег. Для погашения долга ему предложили совершить кражу из охраняемого сторожем гастронома, куда можно проникнуть, спустившись на крышу магазина по громоотводу с чердака прилегающего здания, и тем же путем возвратиться. Н. занимался воздушной акробатикой в цирке и согласился на предложение. По условиям договора он должен был похитить выручку магазина, из нее вернуть долг и половину оставшейся суммы за организацию кражи. Краже предшествовала длительная разведка, в ходе которой установили, что по понедельникам инкассация не производится, выручка за этот день и вечерняя выручка за воскресенье хранятся в металлическом плохо запирающемся ящике в кабинете завмага. Сторож охраняет магазин снаружи.

Как выяснилось в ходе расследования, в понедельник завмаг отсутствовал, а старший продавец на время позаимствовала выручку для своих нужд, никого не поставив об этом в известность. После кражи она скрыла этот факт. Соучастники Н. ре-

нили, что тот их обманул, избили, пригрозили убить его и сына в случае невозврата похищенной, по их расчетам, большой суммы денег. Дело было расследовано в полном объеме, привлечены к ответственности соучастники Н. и продавец магазина. Ни у следователя, ни у суда даже не возникал вопрос о допустимости или недопустимости в качестве доказательства явки с повинной под угрозой применения к виновному психического и физического насилия соучастниками преступления.

Менее экзотическими и потому более частыми являются случаи, когда, например, убийцу устанавливали родственники или близкие погибшего, и после жестокого избиения он показывал место захоронения трупа, выдавал вещественные доказательства. Насколько известно, вынесенные приговоры по таким делам не отменялись, вопрос о недопустимости доказательств на практике пока не ставился.

Можно утверждать, что формальных оснований для его постановки нет и в теории, ибо недопустимым может быть признано доказательство, добытое в нарушение требований УПК соответствующим субъектом уголовного процесса – органом дознания, следователем и др., а в приведенном примере информация получена вне уголовного процесса, порой еще до возбуждения уголовного дела. Нет подозреваемого и обвиняемого, нет процессуальной фигуры, которой закон предоставляет право отказаться давать показания органу дознания, следователю, прокурору и суду. Но это казуистика, а факт остается фактом – обвиняемые дали показания не добровольно, а в результате противоправного физическо-

го и психического воздействия. Так можно эти показания считать доказательством или нет?

Наконец, к сожалению, стала типичной ситуация, когда в процессе дознания или досудебного следствия показания "выбивают" у обвиняемого или подозреваемого, он также указывает место захоронения трупа, выдает вещественные доказательства и т.д. В итоге труп есть, а информации о нем, если следовать букве закона, в деле не должно быть. Заведомо зная, что доказательства будут признаны недопустимыми, следователь вправе отказаться от составления протокола воспроизведения подозреваемым (обвиняемым) обстановки и обстоятельств события, эксгумации трупа, назначения экспертиз и т.д. В противном случае нарушается логика: доказательство получаем с нарушением закона, а оформляем процесс его получения в полном соответствии с требованиями закона.

Проблема права обвиняемого и подозреваемого не свидетельствовать против себя относится к числу системообразующих. Пунктуальное соблюдение этого права ставит гамлетовский вопрос "Быть или не быть?" перед всей криминалистической тактикой допроса, однозначно требует наложения запрета на любые, подчеркиваю, любые тактические приемы стимулирования обвиняемого к даче правдивых показаний. Они основаны на тех или иных формах психического воздействия на допрашиваемого, что расценивается как посягательство на его психологический иммунитет. Многовековую следственную практику, теоретические исследования криминалистов, психо-

логов, конфликтологов, социологов, которые нашли отражение в рекомендациях по тактике допроса, необходимо выбросить в мусорную корзину. Следуя логике, туда же надо отправить соответствующую часть учебников и учебных пособий, одновременно наделив следователя статусом писаря, пассивного регистратора той околесицы, которую вправе нести при допросе обвиняемый и подозреваемый.

Впрочем, это касается не только тактики допроса. Замах делается на всю тактику расследования преступлений. Я заведомо стараюсь избегать адресного цитирования, но здесь хочу сделать исключение. Работа, из которой приведу выдержки, характерна тем, что опубликована еще в советский период, когда западные новации протаскивались под лозунгом морально-этических ценностей социализма. Именно с этих высот подвергается осмеянию идеология следственной тактики, и не где-нибудь, а в пособии, изданном в серии "Библиотека следователя". Несколько цитат.

"Проикновению в следственную тактику приемов, основанных на психическом насилии, по нашему мнению, способствуют неверные взгляды на процесс расследования преступлений как на "процесс борьбы, принимающей очень острые формы", "реальное соперничество двух сил", сравнение его со "сложной тактической игрой, которая выигрывается только при определенном умении вести ее". О борьбе в следственной тактике можно говорить лишь в плане общего направления следственной деятельности как о борьбе с преступностью и в плане воспитательном – о борьбе за человека, за сохранение и

укрепление в нем положительных качеств личности"¹.

Риторика автора даже не социалистическая, а прямо коммунистическая. Только о ком идет речь – о следователе или инструкторе-воспитателе в пионерском лагере?

Дальше – больше. "Не могут быть нравственно оправданы приемы, основанные на "введении противоборствующей стороны в заблуждение", "раздроблении сил и средств противодействующей стороны", "использовании внезапности и неизвестных противодействующей стороне методов и средств", "воздействии на нравственную и эмоциональную сферу подследственного, вызывающем невыгодный для него эффект" и др.

Использование подобных приемов с нравственных позиций следует признать недопустимым, поскольку их применение основано на психическом насилии. Они затрудняют осмысливание тех или иных обстоятельств и принятие правильного решения, нарушают нормальный мыслительный процесс допрашиваемого"².

Социализма уже нет, но при нашем "капитализме" эти теоретические мудрствования приняли форму закона. Что теперь остается делать следователю? Согласно научным рекомендациям психологов оклеить стены кабинета обоями раздражаю-

¹ Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики. – М.: Юридическая литература. Серия "Библиотека следователя", 1980. – С. 12-13. Работы, подвергнутые критике С.Г. Любичевым, умышленно не называются.

² Там же. – С. 14.

щего цвета, поставить мягкие кресла, включить тихую, успокаивающую музыку, приглушить свет, поить подозреваемого чаем или кофе и угощать гаванскими сигарами? Иначе как обеспечить нормальный мыслительный процесс допрашиваемого? Можно еще и психотерапевта ввести в штат, поручив ему поддержание в норме психо-эмоциональной сферы подсудимого. Правда, как это сделать, когда в одном кабинете работают два-три следователя, сидит конвой (а порой стоит из-за нехватки стульев), трещит телефон, в самый ответственный момент вызывает начальник или заходит прокурор? Трудно же с рекомендациями по обеспечению этого самого нормального мыслительного процесса, только не допрашиваемого, а допрашивающего, что-то не видно.

Но деваться некуда, закон надо выполнять. Поэтому, предупредив подозреваемого и обвиняемого о том, что он имеет право не давать показания, задай вопрос, дай полчаса на обдумывание, пока не завершится "нормальный мыслительный процесс", а потом спроси, согласен ли он ответить. Идиллия!

Впрочем, проблема не исчерпывается только допросом. Возникает целая серия "нельзя" для тех следственных действий, которые недопустимо осуществлять без согласия обвиняемого (подозреваемого). Он вправе отказаться от предоставления образцов крови, слюны, иных выделений организма, почерка, голоса, от участия в освидетельствовании, предъявлении для опознания, экспертных исследованиях, следственных экспериментах и любых иных действиях по сбору доказательств против себя.

Срабатывает "принцип домино": одна кость, падая, сбивает другую, та – следующую и так далее. Но все это в понимании отечественных и других постсоветских процессуалистов. Если же буквально толковать практику применения норм международных актов, то об использовании в качестве доказательства показаний обвиняемого надо вообще забыть.

Согласно Международному пакту о гражданских и политических правах, "каждый имеет право при рассмотрении любого предъявленного ему обвинения... не быть принуждаемым к даче показаний против себя самого или к признанию себя виновным" (ч. 3 ст. 14). Вопрос о понимании этого права возник по делу никарагуанского солдата, обвиняемого в шпионаже. Он заявил, что признание от него получено под давлением в течение 30-дневного содержания под стражей и поэтому оно недействительно. По утверждению правительства Никарагуа, обвиняемый не подвергался давлению, если только не считать давлением содержание под стражей и расследование. Обвиняемый самостоятельно решил сделать заявление и не может утверждать, что признание было получено под давлением. Комитет ООН по правам человека решил, что признание, полученное во время содержания под стражей, является нарушением ч. 3 ст. 14 Пакта и является недействительным. Комитет также отметил, что продолжительное одиночное заключение под стражей может приравниваться к актам, запрещенным ст. 7 Пакта ("никто не должен подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающим его досто-

инство обращению или наказанию"), и, "следовательно, признательные показания обвиняемого, которые он дал во время такого содержания, должны рассматриваться как полученные под давлением"¹. Остается прямо заявить: во имя гуманного отношения к обвиняемому расследование должно производиться без его участия.

Если быть последовательным, то право не свидетельствовать против себя означает не только возможность отказа от дачи показаний, но и гарантию того, что подозреваемый или обвиняемый *не будет понуждаться правоохранительными органами к созданию улик против себя*. А по-крупному решение именно такой задачи составляет суть значительной части оперативно-розыскной деятельности. Характерно, что данная задача в равной степени стоит и перед оперативными службами западных государств с их считающимся демократичным уголовным процессом.

Следственные и оперативно-розыскные действия по обнаружению, закреплению и проверке доказательств в уголовном судопроизводстве имеют единую гносеологическую природу. При законодательной регламентации они приобретают и процессуальное равенство. Однако между ними есть и существенные различия, на которые пока не обращено внимание теоретиков уголовного процесса. Так, если следственные действия обеспечиваются госу-

¹ Цит. по: Алексеев А.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации: Практическое пособие. – М., 1996. – С. 201.

дарственным принуждением, то у действий оперативно-розыскных таковое отсутствует. Даже элементарное объяснение оперативный работник может отобрать только с согласия опрашиваемого. Тем самым сфера прав и свобод подозреваемого и обвиняемого на стадии оперативно-розыскного дознания значительно расширена.

Уже само название: "оперативно-розыскная деятельность" раскрывает ее назначение – поиск информации, в том числе ее получение от подозреваемого и обвиняемого негласным путем. Здесь задействован широкий спектр мер – от технических средств снятия информации до методов агентурной работы. Естественно, что все эти средства и методы применяются помимо воли обвиняемого не свидетельствовать против себя, без его согласия.

В оперативно-розыскной деятельности особую специфику приобретает понятие "формирование доказательств".

В процессе расследования принято говорить о собирании доказательств. Некоторые авторы вносят поправку, предлагая заменить собирание доказательств их формированием. Суть этой поправки сводится к тому, что информация о существующих фактах и обстоятельствах превращается в доказательство только после опосредования ее уголовно-процессуальными средствами¹. В действительности, если уж использовать термин "формирование доказательств", нельзя ограничиться лишь процедурами

¹ См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М.: СПАРК, 1998. – С. 45-46.

приобщения их к уголовному делу. Основная масса доказательств – это информация о фактах и обстоятельствах, которые уже объективно возникли в связи с совершением преступления. Как и досудебное следствие в целом, оперативно-розыскное дознание направлено на их установление (сбор) и фиксацию. Но отнюдь не редко перед оперативным работником стоит еще одна, не менее важная, задача: стимулировать подозреваемого и обвиняемого к такому поведению, которое позволило бы установить и зафиксировать его причастность к совершенному преступлению¹. То есть в процессе оперативно-розыскного дознания формируются (как синоним "создаются") новые доказательства преступной деятельности, которых ранее в природе не существовало. Обвиняемый (подозреваемый) осознанно совершает определенные действия, но не желая и не предполагая, что тем самым правоохранительные органы получают доказательства его вины.

Простейший пример такого рода приведен в описании дела о хищении около 70 млн. долларов из Первого национального банка Чикаго.

Агент ФБР, установив причастность к хищению клерка банка Габриеля Тэйлора, сумел добиться его раскаяния и согласия содействовать раскрытию преступления. По заданию агента Тэйлор позвонил организатору преступления Уилсону и попросил уточнить свои дальнейшие действия по сокрытию

¹ Стоит вспомнить, что первоначальное значение термина "полицейский агент" (во французском языке – agent provocateur) – "provocateur", "подстрекатель", и этот термин довольно точно отражает суть некоторых методов оперативной работы.

аферы. Ничего не подозревавший Уилсон в телефонном разговоре, который фиксировало ФБР на магнитную пленку, повторил все детали проведенной преступной операции и пояснил, как их маскировать банковскими операциями. Магнитофонная запись была использована в качестве доказательства вины Уилсона¹.

Приведенный пример позволяет высветить имеющуюся принципиальную коллизию между существующими принципами уголовного процесса и оперативно-розыскной практикой в части права подозреваемого и обвиняемого не свидетельствовать против себя. Можно, конечно, объяснить правомерность получения информации от подозреваемого в результате проведения описанного выше и подобных оперативных мероприятий по аналогии с получением ее от обычных свидетелей, которым преступник добровольно рассказал о содеянном. Закон не усматривает в допросе таких свидетелей нарушения права обвиняемого не свидетельствовать против себя. Однако наличие определенной "натяжки" в такой аналогии очевидно. Поэтому неизбежность вхождения ОРД в уголовный процесс является еще одним доводом в пользу пересмотра некоторых существующих в последнем аксиом.

¹ См.: Каллехейм Джон. Справа красномовного шахряя // Міліція України. – 2000. – № 2. – С. 30.

Давным-давно несколько прокуроров-криминалистов, в числе которых был ваш покорный слуга, задались целью выявить и довести до сведения всех следователей применяемые на практике тактические приемы допроса, стимулирующие обвиняемого к даче правдивых показаний, в том числе приемы, основанные на введении допрашиваемого в заблуждение об имеющейся у следователя информации. Заранее было оговорено основоопределяющее условие: обман как сообщение допрашиваемому заведомо ложных сведений недопустим. Идею одобрили Прокуратура СССР и Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности. Наши статьи публиковались в "Следственной практике", широко обсуждались, описываемые приемы не только не осуждались, но, напротив, получали супернаучное обоснование.

Прошло время. Отечественные процессуалисты и криминалисты стали тайком (официальная наука налагала табу) исповедовать получившую распространение на Западе концепцию права отказа обвиняемого свидетельствовать против себя. В ее свете от наших предложений полетели пух и перья. Как уже указывалось, критика базировалась на произвольно истолковываемых применительно к теме нормам социалистической морали. Однако, знаю достоверно, споры на научном Олимпе не воспринимались практиками. Следователи не хотели разоружаться и широко использовали разного рода новации. Жаль только, что без открытого их обсуждения допускались перегибы, из-за чего бросалась тень на сам первоначальный замысел.

Сейчас, анализируя целесообразность сохранения в отечественном уголовном процессе права обвиняемого на отказ от свидетельствования против себя, обойти молчанием результаты полемики о допустимости или недопустимости использования "острых" тактических приемов допроса было бы просто малодушием. Однако следует сразу отметить, что на общей волне осудили приемы, не только получившие название "психологических ловушек", но и вполне лояльные, не противоречащие даже современным либеральным взглядам. С них-то и начнем, причем в основном это будут подвергнутые критике тактические приемы, предложенные когда-то мною¹.

Приведу в изложении С.Г. Любичева более сорокалетней давности трактовку приема, реализованного мною при допросе двух братьев – членов банды кочевых цыган: "В ряде случаев формирование у допрашиваемого неправильного представления осуществляется при помощи приемов, к которым относится "такая относительно несложная комбинация, как предложение одного обвиняемого другому говорить правду при отсутствии у последних признания своей вины". Так, в совершении преступления подозревались два брата – Николай и Петр, достаточными доказательствами вины которых следствие не располагало. Николай на допросах уверял

¹ См.: Розовский Б.Г. Некоторые вопросы применения психологических приемов в допросе обвиняемого // Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1965. – Вып. 2; Розовский Б.Г. Еще раз о тактике допроса // Следственная практика. – 1966. – Вып. 12; Розовский Б.Г. Допрос обвиняемого. – Ровно, 1969.

следователя, что они с Петром невиновны; следователь предложил ему сказать брату фразу: "Петя, я сказал всю правду, говори и ты правду". Николай согласился. В результате Петр признался в том, что они с братом совершили преступление.

Допустимость этого приема обосновывается тем, что "обвиняемому предлагается сказать правду, не подсказывая содержания его показаний. Возможность оговора или самоговора в такой ситуации исключена".

Как видим, при обосновании возможности использования такого приема его сторонники рассматривают действия следователя изолированно от обстановки расследования, личности допрашиваемого. Обвиняемому предъявляется обвинение в совершении конкретного преступления. Помимо этого, он зачастую располагает информацией, полученной от других лиц, в том числе от следователя, черпает ее из задаваемых ему вопросов и т.д. В этой ситуации постоянное требование "говорить правду", когда допрашиваемый дает показания, не соответствующие, по мнению следователя, действительности, может привести его к выводу о необходимости дать такие показания, которые косвенно требует от него следователь. Результатом этого может быть оговор и самоговор. В то же время применение такого приема приводит следователя независимо от его желания к необъективности и обвинительному уклону¹.

¹ Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики. - М.: Юридическая литература. Серия "Библиотека следователя", 1980. - С. 37-38.

Прежде чем комментировать позицию С.Г. Любичева, хочу предупредить: в конкретной ситуации прием был не так прост. Цыгане говорили на языке, которого я не знал. У них существовал язык жестов и кодов, активно используемых на следствии. (Практически все члены банды имели по несколько судимостей). Впоследствии Николай признавался, что пошел на рискованный шаг, надеясь подать "знак", но реализовать замысел ему мы не дали. Сообщаю об этом обстоятельстве преднамеренно, дабы исключить обвинение в неполном описании приема и создании условий для искаженной его оценки.

А теперь по существу обвинения в том, что предложение говорить правду чревато оговором и самооговором. Рассуждая подобным образом, допустимо протестовать против любого вопроса, вплоть до анкетных данных. Где гарантия, что человек, которому задали вопрос "Ваша фамилия?", не начнет рассуждать следующим образом: "Сейчас восстанавливается культ императорской фамилии. Об этом пишут в газетах, идут передачи по телевидению. Вчера был разговор между конвоирами, следовательно тоже помянул царя, в какой-то поговорке. Кто причастен к убийству царя точно неизвестно. Может, выяснили, что среди убийц был мой дальний родственник. Позор на всю оставшуюся жизнь. Лучше не называть свою фамилию". Бред чистейшей воды, но аналогия безупречна.

Может, не стоило бы разбирать доводы С.Г. Любичева, но его активно цитируют другие авторы, причем явно незнакомые с моими работами. В противном случае пришлось бы обосновывать недопус-

тимостью использования описанного буквально в следующем абзаце статьи случая применения такого же приема по делу о хищении, когда с подобным предложением я обратился к организатору преступной группы – директору крупного угледобывающего треста. Цитирую: "Последний попросил на размышление сутки. На следующий день заявил, что прекрасно понимает всю сложность создавшегося положения: отказаться от предложения – значит расписаться в собственной виновности; предлагая же сообщникам говорить правду, он как руководитель преступной группы не может надеяться на невыполнение его указаний. Обладая достаточно трезвым умом, обвиняемый сам решил дать правдивые показания". Здесь контраргументов не нашлось, поэтому С.Г. Любичев решил обойти пример молчанием, что само по себе не лучший способ вести дискуссию.

В чем суть возражений оппонента? Выделю каждое из них:

- действия следователя рассматриваются изолированно от обстановки расследования, личности допрашиваемого;

- обвиняемому предъявляется обвинение в совершении конкретного преступления. Помимо этого, он черпает информацию из других источников;

- постоянное требование "говорить правду" может привести к самооговору;

- следователь подвержен необъективности и обвинительному уклону.

Не берусь судить о том, какова должна быть обстановка расследования в понимании С.Г. Люби-

чева. Я был следователем и прокурором во втором поколении и свято выполнял напутствие своего отца: "Следователь должен всегда быть в белых перчатках, не пятнать их". С этих позиций я и подходил к разработке тактических приемов допроса. Если речь вести о допустимых методах незаконного ведения следствия, то на их фоне описанный прием – невинная штучка, не заслуживающая затраченных усилий.

Обвиняемый на самом деле может располагать значительно большим объемом информации, чем изложено в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого. Более того, по ошибке ему могут предъявить обвинение в совершении преступления, которого он не совершал. Но суть приема не в предложении *признавать свою вину* – это и есть типичное психическое насилие, а *говорить правду*, говорить то, что было в действительности, безотносительно к предъявленному обвинению.

Может ли постоянное требование "говорить правду" привести к самооговору? Да, лиц со слабой психической устойчивостью может. Но такой результат допустим и без посредничества соучастника. В принципе он не исключается при использовании любого тактического приема, и даже без них. Мнимых "явок с повинной" у лиц с нарушенной психикой достаточно. Требование учитывать личность допрашиваемого относится к числу элементарных и никакой спецификой в приведенном примере не обладает. Признание, полученное с применением тактического приема и без него, подлежит объективной проверке.

Наконец, говорить об обвинительном уклоне сегодня, когда следователь признан стороной обвинения, просто не хочется. Но в анализируемой ситуации данная ссылка вообще не приемлема. Дело в том, что я сам стремился уточнить, что именно совершили соучастники и совершили ли они вообще преступление или какой-либо аморальный в их понимании проступок, нарушили родовой, семейный обычай, который не считают возможным вынести на общий суд. Напомню, описанный прием применялся к членам банды кочевых цыган, а там существовали родовые табу, часть которых мне была неизвестна. О какой необъективности, о каком обвинительном уклоне идет речь?

Даже в рамках требований исключения принудительного свидетельствования против себя прием вполне корректен: у брата оставалась свобода выбора – признаваться в содеянном или заявить, что он ни в чем не виноват. Право раскрыть содержание "правды" оставалось за ним.

К сожалению, и в криминалистике, и в уголовном процессе, да и в других отраслях науки критических выступлений, в основе которых лежит "я так считаю", более чем предостаточно. Приходит однажды ко мне курсант и спрашивает: "Можно ли применять тактические приемы при допросе обвиняемого?" – "Поясните, чем вызван вопрос?" – "Да вот в "Библиотечке следователя" Вас критикуют". – "Хорошо, значит читают. А за что критикуют, в чем Вы согласны с оппонентом?". Ответа нет, ибо, действительно, реальные доводы отсутствуют. Однако срабатывает принцип: "Или он украл, или у него укра-

ли, но что-то было", и потому лучше воздержаться от использования прочитанного.

Может, этот разговор и заставил вновь вернуться к проблеме тактических приемов допроса. Критику своих работ я читал своевременно, но не хотел реагировать на комариные укусы, так как был увлечен другими научными проблемами. Прошли десятилетия, я думал, что все уже забыто. Оказывается, нет. Придется стряхнуть пыль с пожелтевших страниц.

За полтора десятилетия работы в прокуратуре набралось немало тактических приемов стимулирования обвиняемых, а зачастую – и свидетелей, к даче правдивых показаний. Многие были "одноразовыми", ситуативными, основывались на специфике преступного деяния, личности допрашиваемого, характере имеющихся доказательств. С высоты прожитых лет понимаю, что именно такие приемы свидетельствуют о классе следователя, его умении быстро оценить обстановку, "поймать момент" и принять единственно правильное решение. Но сходная ситуация может никогда не повториться или, в лучшем случае, возникнет через годы. Тиражировать же тактические приемы (а именно так ставилась задача, когда с коллегами прокурорами-криминалистами мы решили обобщить накопленный опыт) можно было, лишь разрабатывая типовые их формы. Обобщенно они получили название "психологические ловушки".

Суть "психологических ловушек" будет понятна из приведенных далее примеров. Но чтобы повествование не превратилось в оправдывание перед по-

томками, попытаюсь найти вразумительный ответ на первостепенный вопрос: допустимо ли введение в заблуждение об имеющихся у следователя доказательствах обвиняемого, не желающего свидетельствовать против себя?

На первый взгляд, вариантов ответа нет и быть не может – тактические приемы, основанные на получении показаний без всесторонне осознанного желания дать их, недопустимы. Но все же для начала проанализируем один пример. Как и все последующие, анализ будем вести в двух направлениях:

- нарушает ли использование тактического приема допроса право подозреваемого и обвиняемого не свидетельствовать против себя;

- допустимо ли использование этих приемов с позиций морали и этики.

Убили гражданина, в числе других предметов похитили "фирменные" швейцарские наручные часы. В период развитого социализма такие вещи у нас были редкостью. Оказалось, что часы той же марки есть у брата погибшего. Я изъял часы и перед допросом задержанного подозреваемого положил на стол. Войдя в кабинет и увидев часы, он разразился проклятиями в адрес любовницы, которой, как выяснилось, подарил часы погибшего. Расчет на ошибочное восприятие подозреваемым реального события оправдался. При описании тактического приема я заведомо лукавил: написал, что часы были изъяты у брата погибшего для предъявления свидетелям, которые могли видеть их у кого-либо после совершенного убийства. На моем столе они лежали якобы случайно. Однако и в такой интерпретации такти-

ческий прием в криминалистической литературе осудили: "На столе следователя не должно быть посторонних предметов!".

Анализ примера начнем с "наивной" версии. Где, в каком законе или ином нормативном акте указано, что именно может находиться на рабочем столе следователя? С позиций безопасности на нем не должно быть ничего такого, чем может воспользоваться преступник для нападения на следователя, — тяжелых бюстов, мраморных чернильных приборов и т.п. Но очень часто я вижу на столе следователя, прокурора, начальника милиции подставку с фотографией детей. Нельзя? Однако даже психологи подтвердят: при столь напряженной работе нужны предметы, позволяющие хоть кратковременно "отвести душу". Потому на столах и лежат разные мелкие сувениры, напоминающие о каких-то приятных событиях. Кстати, нередко рассказ об их происхождении способствует установлению психологического контакта следователя с допрашиваемым. А уж свои часы следователь может положить на рабочий стол? Или часы друга, который дал их следователю на время?

Понимаю, что приведенные объяснения столь же наивны, как и сама версия. Но каков упрек, таковы и возражения. Ответ же надо давать по существу.

Право обвиняемого не давать показания — это право, а не обязанность. Отсюда у следователя есть право не только убедить допрашиваемого в целесообразности отказаться от такого права, но и создать условия, при которых обвиняемый не воспользуется им по собственной инициативе, что мы

и имеем в приведенном примере. Недопустимо абсолютизировать право обвиняемого не свидетельствовать против себя, отрицать возможность любого психического воздействия на него.

Давайте будем последовательны: и действующий УПК, и Проект нового регламентируют производство очной ставки с обвиняемым.

Некоторые ультралибералы, среди которых по сей день лидирующее место занимает цитированная работа С.Г. Любичева¹, утверждают, что допрос на очной ставке можно провести, избегая какого-либо психического воздействия на ее участников. Для этого, правда, потребуется отказаться от ставших стандартными тактических рекомендаций.

"Противоречат требованиям нравственных, – утверждает С.Г. Любичев, – взгляды на очную ставку как на специфический метод воздействия на лицо, дающее ложные показания. Подобные цели неизбежно порождают необъективность и обвинительный уклон, ставят участников этого следственного действия в неравные условия.

Сторонники указанного взгляда рассматривают очную ставку как средство, обеспечивающее "нарастающую силу воздействия, концентрацию ее до такого предела ... когда дающий ложные показания убеждается в бесполезности подобной позиции".

¹ Я умышленно ограничиваюсь ссылками на это пособие. Во-первых, как указывалось, я не ставлю цели сделать обзор всего массива литературы по теме – не тот жанр работы. Во-вторых, труд С.Г. Любичева – непревзойденная энциклопедия методических указаний, как на научной основе утробить любое расследование. Лучшего спарринг-партнера не найти.

Кроме того, следователю в ходе очной ставки рекомендуется воздействовать на обвиняемого, отрицающего свою вину, или лицо, дающее, по мнению следователя, ложные показания, – предъявлять вещественные доказательства, заключения экспертов, документы и протоколы иных следственных действий.

Подобные рекомендации противоречат установленным законом требованиям и нравственным критериям. Неравные условия допроса участников очной ставки, предвзятое к ним отношение, основанное на презумпции ложности показаний одного из участников, может привести к недостоверным результатам.

Предлагаемые методы воздействия на "изобличаемого" участника очной ставки несомненно выступают как психическое принуждение. Проведенное подобным образом следственное действие из средства установления истины по делу превращается в недозволенное с позиций нравственности действие, приводящее к ошибкам в расследовании, нарушению прав и законных интересов граждан"¹.

Однако, как бы ни обезличивали допрос на очной ставке, как бы ни пытались имитировать его встречи если не закадычных друзей, то хотя бы единомышленников, заинтересованных в быстром и полном раскрытии преступления, психологи однозначно утверждают: "В психологическом плане очная ставка отличается от допроса тем, что она явля-

¹ Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики. – М.: Юридическая литература. Серия "Библиотека следователя", 1980. – С. 46-47.

ется одним из наисильнейших способов психологического воздействия ее участников друг на друга"¹. Почти сто лет тому назад предлагал на этом основании исключить ее из процессуального законодательства царской России цитированный выше профессор А.Е. Владимиров². До сих пор не исключили. Почему?

Ни законодатель, ни авторы научных комментариев УПК ответа не дают. На практике любой следователь приведет массу примеров, когда участники очной ставки теряли самообладание, "входили в раж" и начинали полностью изобличать друг друга. Кстати, следователь тоже небезучастен – по ходу очной ставки он в самый напряженный момент может предъявить доказательства, к опровержению которых допрашиваемые не готовы.

В равной мере все сказанное относится и к допросу. Допрос – это не односторонняя стенограмма, в которой фиксируется только то, что пожелал сообщить допрашиваемый. И у нас, и на Западе допрос – это *целенаправленная деятельность следователя*. Он задает вопросы, комментирует ответы, предъявляет доказательства. Как бы там ни осуждали с псевдофилософских позиций термин "противоборство", но допрос обвиняемого, не признающего свою вину, – это типичное противоборство. Есть ли в этом какое-либо противоречие с правом обвиняемого не свидетельствовать против себя? Не вижу.

¹ См.: Лозова С.М. Тактико-психологічне забезпечення очної ставки: Автореф. дис. ... канд. психол. наук. – Х., 2004. – С. 6.

² См.: Владимиров А.Е. Учение об уголовных доказательствах. – Тула: Автограф, 2000. – С. 338.

Во-первых, обвиняемый изъявил желание участвовать в допросе. Без добровольности участия ни о каком применении тактических приемов, естественно, речи быть не может. Во-вторых, обвиняемый понимает, что ему будут предъявлять доказательства, идет на это, готовится их опровергнуть. Все сказанное не исключает права обвиняемого молчать, не реагировать на вопросы следователя и предъявленные доказательства. Хочет – дает показания, не хочет, не готов – молчит или отвечает на вопросы избирательно.

Достоверно знаю, что ни американский, ни французский следователь или полицейский, предъявляя обвиняемому доказательства, не занимается успокоительной психологической подготовкой. Предложите ему при предъявлении орудия убийства говорить обвиняемому: "Я прошу вас подготовиться к неприятному моменту, собраться с силами, не волноваться..." – боюсь, он посмотрит на вас как на не совсем нормального человека. Фактор внезапности – элемент следственной тактики, рекомендуемый криминалистами и у нас, и в Африке. Право не свидетельствовать против себя не превращает обвиняемого в пушистый одуванчик, который надо оберегать от малейшего дуновения ветра. Обвиняемый, уклоняющийся от признания в содеянном, вступает в соперничество со следователем. Он – игрок, я бы сказал – игрок азартный. Право на молчание – это право сказать "пас", но если реагируешь на вопросы и предъявленные доказательства – значит, рискуешь, и винить в этом проигрыше некого.

Еще раз повторяю: участвуя в допросе, обвиняемый знает, на что идет. Предъявляя доказательства в любой форме, следователь не лишает его права на молчание. Принуждения к признанию вины здесь нет, выбор поведения сохраняется, а сумеет обвиняемый им воспользоваться или нет – его личное дело. Поэтому если бы в приведенном примере на столе следователя лежали часы, действительно принадлежащие убитому, никаких поводов для дискуссии не было бы. Не было бы оснований и для утверждения о нарушении права обвиняемого на молчание.

А теперь я готов выслушать любые доводы в пользу того, что подмена часов реально нарушила право обвиняемого не свидетельствовать против себя. Их, в моем понимании, быть не может – обвиняемый среагировал на часы, сам домыслив их происхождение. Его к этому не принуждали, свобода выбора имелась. Подмена часов не находится в причинной связи с поведением обвиняемого. (О моральном аспекте – см. далее).

Еще более наглядна допустимость подобных тактических комбинаций в следующем примере.

Была арестована шайка валютчиков. Главарь группы Ашаровский, признавая себя виновным, категорически утверждал, что все накопленные ценности он промотал. Однако из показаний одного из соучастников – Букова стало известно, что Ашаровский незадолго до ареста с его помощью переплавил значительное количество золота в 12 слитков, завернул их в кусок портьеры из плотной пестрой ткани, оригинально завязал узлы, уложил сверток в

портфель и куда-то с ним уехал на своей автомашине.

В целях проверки показаний Букова, в порядке ст. 194 УПК УССР, ему предложили воспроизвести обстоятельства, о которых он рассказал. Буков изготовил форму, в специальном приспособлении, изъятом при обыске, расплавил сплав, сходный по цвету с золотом, и отлил 12 слитков. Слитки Буков завернул в ткань, ранее опознанную им из числа изъятых при квартирном обыске у Ашаровского, и завязал такие же узлы. В процессе укладки и упаковки слитков в соответствии с требованием закона производилось фотографирование.

Несколько цветных снимков, запечатлевших в масштабе слитки, ткань, узлы и весь сверток, лежали на столе следователя во время допроса Ашаровского. Внешне он ничем не выдавал своей заинтересованности. Потом не выдержал:

– Можно посмотреть?

– Пожалуйста, если это вас интересует.

– Как они к вам попали?

– Понимаете, привилегия следователя состоит в том, что вопросы задает он, а не обвиняемый.

Долгая, долгая пауза.

– Да, прилично пришлось вам повозиться. Наверное, весь колодец разворотили. А ведь там существовало приспособление. Сверток можно было достать, не спускаясь в колодец.

... И Ашаровский рассказал о тайнике.

Самое трудное в использовании таких приемов – не сорваться, не переиграть. Прием сразу становится незаконным, когда следователь начинает агать,

что эти часы принадлежат убитому, золото мы уже наши и т.д. Говорить должны сами доказательства и дело обвиняемого – сетовать потом, что он неправильно понял их значение.

Любой перегиб не только чреват падением авторитета следователя, но может привести и к более тяжким последствиям. Известны случаи, когда после предъявления "доказательств", вообще не фигурировавших в деле, обвиняемые заявляли в суде, что следователь скрывает истинного преступника, у которого были изъяты вещи погибшего, о чем он (обвиняемый) узнал во время допроса, либо даже обвиняли следователя в присвоении предъявлявшихся, но отсутствующих в деле ценностей.

Мне трудно понять, что происходит в современной криминалистике. Сравните монографии и пособия с разницей в 30-40 лет – такое впечатление, что предмет науки изменился. Сегодня это не криминалистика, а скорее философия криминалистики: все на таком супервысоком теоретическом уровне, что для практики не остается места. Ее почти не анализируют, основное внимание уделяется разработке новых дефиниций, дискуссиям типа чем отличается тактическая операция от тактической комбинации.

Я не против теории. Криминалистика стала наукой, когда от разработки практических пособий перешла к теоретическому осмыслению проблем, особенно в русле уголовного процесса. Однако недопустимо за теорией забывать практику. Нерешенных практических вопросов масса, и они нарастают по мере усложнения форм и способов совершения пре-

ступлений. Некоторые из них требуют осмысления на стыке уголовного процесса, криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности. (Последней, надеюсь, будет посвящена специальная глава работы).

Есть чем заниматься и криминалистам. В конце 60-х годов мне пришлось участвовать в расследовании убийства в Москве двух студенток Энергетического института. Орудие убийства – кусок ржавой водопроводной трубы, на разрозненных, отдаленных друг от друга микроскопических (почти в буквальном смысле) участочках неокисленного металла просматриваются следы папиллярных линий пальца руки человека. Заключение эксперта безоговорочно: след для идентификации не пригоден. Пошли на эксперимент – попросили молодых экспертов (потом, когда дело пошло, подключились корифеи) создать модели возможных вариантов папиллярных узоров пальца преступника по имеющимся следам. Работа была ювелирной, но в конечном итоге удалось сделать репродукцию следа, исключаящую другие варианты, по которой убийца был установлен. Совпадение модели с оригиналом было в пределах 90-92 процентов. Сегодня, когда моделирование с помощью ЭВМ достигло значительных высот, из практики дактилоскопической экспертизы должно уходить (за редким исключением) само понятие "след, не пригодный для идентификации". Построение вероятностных моделей дает ключ к раскрытию многих преступлений.

Параллельно с гипертеоретизацией идет бурный поток публикаций, содержание которых в теории

информации именуется "шумом", то есть полным отсутствием в содержании чего-либо познавательного. Названия, как правило, с претензией – "Проблемы...". Ключешь – а там одна мякина: никаких проблем, постановочных вопросов и вообще вопросов. Большая часть статьи – пересказ норм УК или УПК, трафаретный их комментарий вроде этого: "Производство дознания предусматривает обязательность принятия заявлений и сообщений о преступлении, а также порядок их рассмотрения в соответствии со ст. 97 УПК Украины. В соответствии с требованиями этой нормы УПК органы дознания обязаны принимать заявления, сообщения о преступлениях – как совершенных, так и готовящихся, проверять их даже в тех случаях, когда они не относятся к их компетенции. По результатам рассмотрения не позднее чем в трехдневный срок принимается одно из следующих решений:

- возбудить уголовное дело;
- отказать в возбуждении уголовного дела;
- направить заявление или сообщение по принадлежности".

И в том же духе на нескольких страницах. Столь же однозначны предложения: "улучшить", "усилить", "углубить", "разработать методiku" (если взялся за тему, так не давай наряды, а сам и разрабатывай), "разрешить производство экспертизы до возбуждения дела" (автору невдомек, что это уже предложено в Проекте УПК)¹.

¹ См.: Малаютін І. Проблеми дослідчої перевірки злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 6. – 60-65. Пример взят наугад, из последнего номера журнала. Подобных – множество.

Не берусь судить, каково это выслушивать студенту или курсанту на лекции, но читать не где-нибудь, а в журнале "Прокуратура, людина, держава"...

Между полюсами гипертеории и примитива найти что-либо полезное для практики – проблема, на сей раз без кавычек. Не пойму: то ли практику низвели до реализации команды: "Спожняй!", и писать не о чем, то ли сильна память о сказанном когда-то научными гуру "это недопустимо", и к обсуждению острых проблем не возвращаются.

Авторитет ученого был, есть и будет движителем науки. Это своего рода островок устойчивости в постоянно меняющемся ее мире. Но ничего абсолютно неизбежного в науке не может быть в принципе, рано или поздно самые прочные островки размываются даже относительно небольшими волнами.

Подкину информацию к размышлению. Американские специалисты в области экономики знаний и инновационной экономики в описании процесса приращения новых знаний и преобразований идей в экономически полезный продукт исходят из того, что он не имеет линейной структуры. Профессор Танака, сотрудник одного из ведущих мировых инновационных центров – Института менеджмента, инноваций и организаций University of California (Berkeley), используя метафору, говорит, что этот процесс может быть представлен не как эстафетный бег, а как игра в регби. В регби нельзя передавать пас вперед, только в сторону и немного назад. Следующий игрок должен пробежать еще немножко вперед и опять отдать пас в сторону и назад. Это

командные действия, все движутся в одном направлении, совершая множество боковых перемещений, передавая боковые пасы. В уголовном процессе, криминалистике не может быть иначе.

Выступая за право следователя проявлять активность в выяснении истины при допросе обвиняемого, я писал, что начало использования такого рода тактических приемов теряется в глубине веков. Уже Али Сафи – один из выдающихся мыслителей Востока XVI века описывал следующий случай из судебной практики. "Однажды к судье Шурайху пришли двое тяжущихся: один говорил, что другой должен ему большую сумму золота, но тот отпирался и твердил одно: "Первый раз я его вижу и дел никаких никогда с ним не имел".

– Где ты вручил ему то золото, которое сейчас с него требуешь? – спросил судья жалобщика.

– Под одним деревом, что растет в пустыне в трех фарсангах от города, – ответил тот.

– Ступай, – сказал судья, – и принеси мне два свежих листа с того дерева; я допрошу их как свидетелей, и они расскажут мне всю правду.

Жалобщик ушел за листьями, а отпиравшийся уселся и стал дожидаться его возвращения.

Судья же приступил к рассмотрению других дел, но в разгаре одной тяжбы вдруг повернулся к ожидавшему и спросил его:

– Дошел он уже, наконец, до дерева?

– Нет, по-моему, еще не дошел, – ответил тот.

– Как же ты можешь это знать, если не бывал там вместе с ним? – спросил судья.

Отпирравшийся растерялся и смутился, а судья добрыми наставлениями и ласковыми назиданиями смягчил ему душу настолько, что тот во всем признался"¹.

Почему-то забыли, что к подобным тактическим приемам прибегали не только следователи, но и выдающиеся адвокаты прошлого, профессионализм и нравственные качества которых вне всякого сомнения. Вспомним хотя бы известное дело, когда проститутка обвинила мужика в изнасиловании и пыталась по суду получить с него значительную сумму за нанесенную травму, где защитником выступал Ф. Плевако. Обстоятельства дела таковы: истица утверждала, что ответчик завлек ее в гостиничный номер и там изнасиловал. Мужик же заявил, что все было по доброму согласию.

Последнее слово за Плевако:

"Господа присяжные, – заявляет он. – Если вы присудите моего подзащитного к штрафу, то прошу из этой суммы вычесть стоимость стирки простынь, которые истица запачкала своими туфлями.

Проститутка вскакивает и кричит:

– Неправда! Туфли я сняла!!!

В зале хохот. Подзащитный оправдан".

А.Ф. Кони относил право подсудимого не свидетельствовать против себя к важнейшим юридико-нравственным правилам судопроизводства, выражал возмущение против произвольной его отмены Сенатом в 1911 году путем разрешения читать по-

¹ Али Сафи. Занимательные рассказы о разных людях / Пер. с перс. – М., 1966. – С. 113.

казания подсудимого на предварительном следствии (вопреки целому ряду предшествующих решений того же Сената).

"Закон, – писал А.Ф. Кони, – не требует от подсудимого неперменного ответа на все вопросы суда, не грозит ему обращением его молчания в оружие против него, ибо нравственному чувству составителей Судебных уставов претила мысль пользоваться для судебных целей замешательством, неумением или несообразительностью поставленного в безвыходное и психически подавленное положение человека". В то же время А.Ф. Кони в книге "На жизненном пути" весьма доброжелательно отзывается о деятельности даровитого начальника Петербургской сыскальной полиции И.Д. Путилина и приводит без какого-либо осуждения один из характерных приемов его работы с подозреваемым: "По делу о жестоком убийстве для ограбления купца Бояринова и служившего у него мальчика он разыскал по самым почти неуловимым признакам заподозренного им мещанина Богрова, который, казалось, доказал свое алиби и с самоуверенной усмешкой согласился поехать с Путилиным к себе домой, откуда все уже было тщательно припрятано. Сидя на извозчике и мирно беседуя, Путилин внезапно сказал: "А ведь мальчишка-то жив!"

– Неужто жив? – не отдавая себе отчета, воскликнул Богров, утверждавший, что никакого Бояринова знать не знает, и сознался...". (Несмотря на достигнутый результат, я отношу такого рода приемы, основанные на обмане, сообщении заведомо ложной информации, к недопустимым. Они чрева-

ты непредсказуемыми негативными последствиями).

Я часто для убедительности прибегаю к примерам, но, говоря о морали, считаю неизбежным обратиться к разуму. За тысячелетия человек внешне не изменился – одна голова, две ноги, две руки и т.д. Иное положение с миропониманием человека, с его отношением к своим согражданам, близким. Вроде бы есть у человечества какие-то стабильные чувства. Страдания юного Вертера, наверное, вечны, как вечна любовь. (Патологические отклонения, когда любовь низводится до секса, были и будут, но они не определяют общую тенденцию. Пока...). Однако столь же стабильно человечество меняет своих героев. О пестром многобожии уже не говорю: боги Древней Греции, Рима, Азии, христиане разных религий, сектанты и т.д. А искусство! Один великий композитор сказал: "Каждая эпоха слышит по-своему".

Остается ли неизменной мораль? Ответить трудно. Скорее, и да, и нет. Да, так как десять заповедей существуют достаточно долго. Нет, ибо возникает вопрос, какая часть общества их разделяет и соблюдает? Грубая, но достоверная аналогия с законом: закон, который не соблюдают, – это не закон, а пугало в огороде.

Однако в данной аналогии есть другая сторона. В обществе с устойчивыми цивилизованными традициями законы разрабатываются в рамках столь же традиционных моральных представлений. В государствах, переживающих социально-экономические катаклизмы, зачастую принимается закон, а

затем искусственно к нему подводится моральное обоснование. Мораль становится синтетической, сиюминутной, однако, будучи освящена законом, получает политическую поддержку. Потом возникают дебаты: правовой это закон или неправовой? Но дебаты дебатами, а закон действует и если достаточно эффективно применяется – происходит морализация охраняемых им отношений. Острота вопроса о неправовом характере закона теряется. Сегодня в США и Европе это происходит с законами, регламентирующими чрезвычайные меры против террористов. Новые законы существенно ограничивают права и свободы граждан, нарушают моральные принципы. Тем не менее, как свидетельствуют социологические исследования, эти меры одобряет большинство граждан, количество последних постепенно растет.

Мораль и этика – свод неписаных правил. Основополагающие постулаты считаются общепризнанными давно, и в подавляющей массе населения одобряются, если даже и не соблюдаются. Однако существует масса производных, содержание которых со временем трансформируется, порой приобретает прямо противоположное значение. В этом еще одна причина трудности ответа на вопрос о стабильности или изменчивости морали (если забыть, что в мире ничего неизменного нет).

Каюсь, я со своими обывательскими представлениями влез в сферу, где не всегда уверенно чувствуют себя даже маститые философы. Перейду к вопросам, более приближенным к рассматриваемой проблематике. Здесь двух мнений быть не может:

современная государственная политика и мораль – это, как говорят в Одессе, две большие разницы. Незачем вспоминать Макиавелли. О какой морали может идти речь, если источники дохода значительной части граждан ниже официального прожиточного минимума, больные не могут получить полноценную медицинскую помощь и т.д.? Но действительность существует не сама по себе, она есть результат соответствующего правового регулирования. Поэтому, что бы ни говорили философы, взаимосвязь морали и права далеко не однозначна. Между ними находятся категории "возможность", "необходимость" и даже "целесообразность".

В полной мере сказанное относится к уголовному процессу. Как всегда, теоретики дискутируют о частностях, о моральности отдельных институтов и норм, в упор не видя "аморальности" уголовного процесса в целом. Абстрагируйтесь от того, что он направлен на борьбу с преступностью (а именно так поступают моралисты от процесса), и попробуйте доказать моральность уголовного преследования, содержания под стражей или ограничения в передвижении, прослушивания переговоров, перлюстрации корреспонденции, скрытного проникновения в жилье и т.п. В этом ряду "психологические ловушки" – мелкие цветочки на сплошь сорном поле. Тем не менее, именно они стали когда-то предметом оживленной дискуссии, рецидивы которой проявляются и сейчас.

Наиболее жесткую позицию занимал М.С. Строгович: "Формирование неправильного представления, которое может быть только намеренным,

умышленным, есть не что иное, как обман, причем в наиболее изощренной форме"¹. С этим нельзя не согласиться. Обман в самом общем виде есть сообщение ложной, не отвечающей действительности информации. И тот, кто ее выдает, – безоговорочно обманщик. Но формы обмана многообразны, неоднозначна и их оценка. Продавец предлагает купить медное кольцо, утверждая, что оно золотое. Другой также продает заведомо медное кольцо, но на вопрос покупателя заявляет, что не знает, из какого металла оно изготовлено. Обман это или нет? Может ли во втором случае покупатель считать продавца обманщиком, если сам полагал, что поживился за счет его неосведомленности об истинной ценности кольца? Помнится, даже обсуждался вопрос о недопустимости признания жертв мошенничества потерпевшими из-за схожести их умысла с умыслом преступника.

По принципу "Кто кого перехитрит?" строится немало тактических приемов. Например, известно: на большом приусадебном участке захоронен труп. Ни визуально, ни с помощью приборов место захоронения обнаружить не удалось. Следовательно объявляет: будем перекапывать всю территорию. В течение дня выкопали траншею вдоль участка и, ничего не найдя, засыпали ее, сделав разметку для других траншей. Утром следующего дня вскрыли засыпан-

¹ Строгович М.С. О судебной этике // Проблемы государства и права на современном этапе. – Вып. 7. – М., 1973. – С. 9.

ную траншею и там обнаружили перезахороненный труп¹.

Несмотря на высочайший авторитет М.С. Строговича, некоторые из участников дискуссии пытались найти компромисс с моралью при применении описанных тактических приемов допроса – уж очень не хотелось их осуждения на этой почве. А исходная посылака непоколебима: мораль как социальный институт, выполняющий функцию регулирования поведения человека, служит необходимым критерием допустимости применения криминалистических рекомендаций на практике. Требования законности и целесообразности не могут противоречить принципам общественной морали. Я, в частности, пытался доказать, что введение в заблуждение без прямого сообщения ложной информации обвиняемому не есть обман, обман и хитрость не одно и то же. Другие ставили вопрос о специфике морального статуса нарушителя общепринятых правил поведения, о санкционированном моралью общества особом режиме отношений с ним. Утверждалось: как человек, преступивший закон, тем самым добровольно выходит за пределы правового поля, гарантированного правопослушным гражданам, так и всякий игнорирующий мораль не может требовать неукоснительного соблюдения по отношению к нему определенных моральных норм.

¹ Пример реальный, он описан в "Следственной практике". На его основе возник анекдот. В гражданскую войну жена обменивается с мужем телеграммами: "Кто будет копать огород?" – "Не вздумай, в огороде зарыт пулемет". – "Пришли чекисты, перерыли всю землю". – "Теперь сажай картошку".

Наконец, еще одна группа ученых считала, что судебная этика включает не только общие, но и специфические нравственные начала, присущие деятельности следователя, судьи, адвоката, дополняющие общие моральные принципы, а в некоторых случаях и ограничивающие их. Им-то и досталось больше всех. Так, М.С. Строгович полагал, что "судебная этика изучает применение общих норм нравственности в специфических условиях судебной и следственной деятельности, а вовсе не создает каких-либо особых нравственных норм для судей, прокуроров, следователей, адвокатов"¹. Подчеркивалось, что нет таких норм для юристов, как нет их и для представителей любой другой профессии². Более того, старые процессуалисты настаивали на особом отношении к нравственности именно в сфере правосудия, где решается судьба человека. А.Ф. Кони писал: "Мерилом дозволенности могло бы служить то соображение, что цель не может оправдывать средства и что высокие цели правосудного ограждения общества и вместе защита личности от несправедливого обвинения должны быть достигаемы только нравственными способами и приемами"³.

Проблема отнюдь не исчерпана, она продолжает обсуждаться и сегодня⁴. Однако накал страстей

¹ Строгович М.С. Судебная этика, ее предмет и сущность // Советское государство и право. – 1971. – № 12. – С. 12.

² См.: Проблемы судебной этики. – М., 1974. – С. 15.

³ Кони А.Ф. Собрание сочинений. – Т. 4. – М., 1968. – С. 61.

⁴ См.: Бахин В.П. Возможность использования провокации и обмана в качестве средств выявления и изобличения преступников // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. – 2000. – № 1. – С. 50.

угас, центр тяжести вновь переместился в практическую плоскость. Тем не менее, подвести итог, пусть с опозданием, нужно. Сегодня я бы подошел к решению проблемы следующим образом. Не может быть двойной, тройной и многих моралей – она или есть, или нет. И оспаривать аморальность тактических приемов допроса, так же как и многих регламентированных законом процессуальных следственных действий, бессмысленно. Для понимания противоречий воспользуемся аналогией. Первая христианская заповедь – "не убий". Она не знает никаких исключений. Убийство человека – это тяжкий грех. Однако в старое время священнослужители благославляли воинов на ратные подвиги. Но не просто благославляли, а одновременно заранее отпускали им грехи, ибо шли они на благое дело – защиту отечества. Такую же позицию занимает и законодатель: не отрицая аморальности большинства процессуальных действий, он нормативно освобождает субъектов уголовного процесса от моральной ответственности за их вынужденное выполнение.

Еще раз подчеркну: в приведенных примерах нельзя говорить о существовании двойной или ограниченной морали. Общество защищает свою безопасность и потому признает допустимым в порядке исключения отступление от моральных норм для ее обеспечения как от военного нападения, так и от преступных посягательств. Другое дело, что все же есть пределы игнорирования моральных ценностей даже во имя самых высоких целей. Установить их законом, приказом или инструкцией невозможно –

это производная от общей культуры общества и культуры его членов.

По современной традиции право не свидетельствовать против себя идет рука об руку с правом подозреваемого и обвиняемого иметь защитника. Как таковое, оно само по себе никем не оспаривается, предметом дискуссии стало лишь время, с которого допускается его участие. По УПК и Проекту нового защитник может появиться в процессе с момента признания лица подозреваемым или обвиняемым. Пунктом 5 ст. 46 Проекта УПК предусмотрено, что подозреваемый до первого допроса вправе иметь конфиденциальное свидание с защитником, а после первого допроса – без ограничения количества и продолжительности в свободное от следственных действий время. Аналогичное право регламентировано обвиняемому (п. 4 ст. 48 Проекта УПК). В приведенных нормах заметно влияние цитированных выше правил Миранды.

Миранда сознался в совершении преступления вскоре после заключения под стражу. Он не требовал себе адвоката в ходе допроса, но полицейские его не уведомили о том, что он имеет на это право. Его признание вины было признано допустимым в ходе судебного разбирательства. Но Верховный Суд, отменяя обвинительный приговор Миранде, основывал свое решение на саботировании полицией исполнения новых правил, которые были объявлены в решении по данному делу. Однако на этом сходство ст.ст. 46 и 48 Проекта УПК с правилами Миранды заканчивается, ибо в США арест без последующего допроса или допрос подозреваемого, ос-

тавленного на свободе, не являются основаниями для применения правила Миранды. Кроме того, в США обвиняемый и его защитник даже не присутствуют на заседаниях Большого жюри присяжных, решающего вопрос об утверждении обвинительного акта на основании представленных обвинителем доказательств. При этом вызываются и допрашиваются свидетели и эксперты, изучаются другие доказательства обвинения, в том числе и те, с которыми ранее не были ознакомлены обвиняемый и его защитник.

Отметим также неоднозначность применения правила Миранды Верховным судом США. В упомянутом докладе Министерства юстиции США систематизированы многие решения Суда, ограничивающие применение правил Миранды. Так, Суд отказался применять правила Миранды вне допросов в условиях содержания под стражей; провозгласил, что заявления ответчика до суда, полученные в нарушение требований этих правил, могут использоваться с целью импичмента (выражения ему недоверия), если ответчик дает противоречивые показания в ходе судебного разбирательства; проявил некоторую гибкость относительно повторного возобновления допроса после того, как подозреваемый заявил, что не желает отвечать на вопросы. Кроме того, в докладе отмечается, что, вопреки правилам Миранды, в деле "США против Гоувей" (1984 г.) Суд четко заявил: право VI поправки на адвоката начинает действовать не раньше регистрации обвинительного акта, или информации полиции, или первого появления ответчика в суде, чтобы ответить на

обвинения. При этом Суд сослался на ряд решений по данному вопросу и отметил, что все они, за исключением решений по делам "Миранда против штата Аризона" и "Эскобедо против штата Иллинойс", последовательно считали, что право VI поправки не действует до инициирования состязательного судопроизводства¹.

Оставим американцам споры по поводу правила Миранды. Констатируем лишь, что даже на родине оно не вызывает восторга у многих теоретиков и практиков, вал критики нарастает, и в итоге растет количество допускаемых исключений из его применения. Активное реформирование происходит после событий 11 сентября 2001 г. (Некоторые подробности в следующих главах). Отечественный же законодатель занял крайнюю позицию и непоколебим в своем решении.

Не буду, хотя прямо зудят руки, касаться реальной роли, реального поведения современного адвоката в уголовном процессе. Не всем, но и не единицам далеко до тех требований, которые предъявляя к этой профессии А.Ф. Кони: "Уголовный защитник должен быть муж добрый, опытный в слове, вооруженный знанием и глубокой честностью, бескорыстный и независимый в суждениях; он правозаступник, но не слуга своего клиента и не пособник ему уйти от заслуженной кары правосудия"². Ухожу от проблемы не из-за недостатка информации - ее с

¹ См.: Махов В., Пешков М. Правила Миранды подвергаются критике // Российская юстиция. - 2000. - № 1. - С. 56-57.

² Кони А.Ф. Избранные произведения: В 2-х томах. - Т. 1. - М., 1959. - С. 72.

избытком, а потому, что современный адвокат, за некоторым исключением, звено в отнюдь не лучшей по нравственным и более серьезным оценкам системе всего постсоветского правосудия. Незачем писать об общеизвестном.

Хочу обратить внимание на такую категорию защитников, как близкие родственники обвиняемого, подсудимого, осужденного, его опекуны и попечители (ст. 44 УПК Украины). Если адвокаты художественно связаны профессиональной этикой и теоретически несут ответственность за противоправное посредничество подзащитного с лицами, способствующими противодействию расследованию, то поведение родственников ничем не регламентируется, посещение ими содержащихся под стражей никем не контролируется. Я не берусь судить о реальном состоянии дел, а приведу лишь такие цифры. Если адвокат по относительно несложному делу имеет одно-три свидания с подзащитным, то некоторые родственники, как показал анализ, на протяжении пяти месяцев посещали следственный изолятор от тридцати до восьмидесяти пяти раз.

Обратимся непосредственно к праву подозреваемого и обвиняемого иметь адвоката и последствиям его нарушения.

На страницах "Юридической практики" одно время велась дискуссия по вопросу, является ли судебная практика источником права. Основным доводом противников новации было утверждение, будто суды, в том же числе и Верховный Суд Украины, не создают новых правовых норм. Любопытно, что ни сторонники, ни противники не при-

бегали к анализу прецедентного права, опыту его применения там, где оно существует веками. Критерий брался один – новая норма. Действительно, Верховный Суд Украины полномочен лишь толковать закон в рамках его применения. Но, как и некоторые другие, последний случай заставляет задуматься.

В Украине возникла идея по примеру России признать недействительными показания обвиняемого, не подтвержденные в суде, если они получены на допросе без участия адвоката, в том числе и при отказе от адвоката. Такого рода законодательную инициативу хотело проявить МВД Украины. Предложение было направлено для предварительного обсуждения в региональные структурные подразделения органов внутренних дел и учебные заведения. Однако Верховный Суд Украины не стал ожидать рассмотрения новации законодателем. В п. 6 постановления Пленума Верховного Суда Украины от 24 октября 2003 года она признается как якобы уже реально существующая: "Суды должны учитывать, что согласно статьям 43 и 43¹ УПК подозреваемый, обвиняемый, наряду с другими правами, имеют право на свидание с защитником до первого допроса, и во время рассмотрения дел проверять, было ли разъяснено им такое право и не были ли они ограничены в этом. В случае, когда лицо, осуществляющее дознание, или следователь нарушили указанные требования закона и при наличии заявления подозреваемого, обвиняемого на свидание с защитником допросили его без участия последнего, суд не может

использовать эти показания для подтверждения вины подсудимого в совершении преступления".

Как и с правилом Миранды в США, оценка данного постановления Пленума Верховного Суда Украины далеко не однозначна. Ни в ст. 43, ни в ст. 43¹ санкция за несоблюдение права воспользоваться услугами адвоката не предусмотрена. Суд ввел ее путем логических построений. Но указанные статьи существуют не изолированно, и фактически Пленум Верховного Суда грубо нарушил ряд норм главы 5 действующего УПК Украины. Так, в ст. 65 показания обвиняемого признаются источником доказательства, какие-либо ограничения этого отсутствуют. Статьи 73 и 74 требуют проверки показаний подозреваемого и обвиняемого наравне с другими доказательствами. Они не могут быть положены в основу обвинения только при неподтверждении их совокупностью имеющихся по делу доказательств. Как быть с этими нормами? Наверное, надо вносить коррективы и в них.

Однако, провозгласив запрет, нельзя не думать о его последствиях. Юристов отличает от представителей многих других профессий владение логикой. Оказалось, не всех. Если на основе постулата, сформулированного Пленумом Верховного Суда Украины, построить обратный силлогизм, то в УПК нужно записать: "Действительным доказательством являются показания обвиняемого, не подтвержденные им в суде, если на досудебном следствии они были получены при допросе с участием адвоката". А если с участием прокурора? Или с участием понятых при воспроизведении обстановки и обстоя-

тельств события? Это что, гарантия объективности показаний?

Алогична сама формула "непризнание (признание) показаний обвиняемого". Оценке подлежит не сам факт признания или непризнания вины обвиняемого, зафиксированный в протоколе с участием или без участия адвоката, а та информация, которую сообщил допрашиваемый. Приведу пример.

В 1960 г. в Луганске в собственной квартире на первом этаже многоэтажного дома был обнаружен труп известного профсоюзного деятеля М. Соседка около пяти часов утра выводила гулять собаку и заметила, что дверь в квартиру М. приоткрыта. Зная, что М. обычно рано не встает, она позвала его и, не получив ответа, зашла в комнату, где обнаружила хозяина лежащим на диване без признаков жизни.

При осмотре трупа на месте происшествия судмедэксперт сделал предварительное заключение: смерть наступила от удара в затылочную часть головы тяжелым предметом с выступающими гранями или падения на такой предмет. Потерпевшему, видимо, пытались оказать помощь, о чем свидетельствовали валявшиеся на полу два окровавленных полотенца.

М. был убежденным холостяком, и его квартиру посещали многие лица. Чтобы выяснить характер отношений с каждым из них, я на допрос вызвал ближайшего друга потерпевшего, юриста с высшим образованием К. По отзывам сослуживцев и соседей, К. прекрасно относился к М., когда тот болел, ухаживал за ним, приносил продукты и лекарства. Подозрений против него нет, хочу выяснить, не вы-

сказывал ли при жизни потерпевший каких-либо опасений. Допрашиваю в качестве свидетеля и вдруг интуитивно начинаю понимать, что К. ведет себя неадекватно. Финал – признание в неосторожном убийстве в ходе ссоры на почве ревности.

Дружеские отношения с М. поддерживала и жена К. Они вместе бывали в компаниях, ходили друг к другу в гости. Иногда, будучи занят, К. поручал своей жене приготовить обед для М., когда тот болел. М., шутя, не раз заявлял, что бросит холостяцкую жизнь только при условии, если жена К. выйдет за него замуж. В конечном итоге К. стал подозревать свою жену в неверности. На этой почве у него возникла ссора с М., во время которой он нанес ему удар кулаком в лицо. М. упал навзничь, ударился затылком о массивное бронзовое основание старинного торшера и, не приходя в сознание, скончался.

Обстоятельства случившегося таковы, что материализованного подтверждения показаний К. нет. При допросе дотошно выясняю все детали. Есть зацепка: убийство совершено утром, но, опасаясь быть опознанным, виновный не выходил из квартиры жертвы до глубокой ночи. Все это время он сидел у окна и наблюдал, что происходит во дворе. На нескольких листах протокола допроса я зафиксировал его показания об увиденном: кто приходил и уходил, кто сидел во дворе на скамейках, во что были одеты, какие дети в какие игры играли – благо К. знал большинство жильцов дома. В протоколе нашел отражение следующий эпизод: буквально под окном стояли и о чем-то разговаривали мальчик и девочка. Возле них лежала собака. Мальчик нечаянно насту-

пил на хвост собаки, и та рефлекторно схватила его за ногу, поцарапав кожу. При допросе жильцов дома показания К. полностью подтвердились. Характерно, что мальчик, которого укусила собака, никому об этом не заявил. При судебно-медицинском освидетельствовании следы укуса были зафиксированы.

Адвокат в то время в допросах не участвовал. Скажу честно: К. признал себя виновным и в суде. Но давайте перенесемся в сегодняшнее время. К. допрашивался вначале в качестве свидетеля вполне обоснованно: никаких улик против него не было. Когда он признался в неосторожном убийстве, следователь, не фиксируя показаний, должен прервать допрос и объявить К. о его праве иметь адвоката. Предположим, К., искренне раскаявшись и будучи юристом, отказался от услуг адвоката, а в дальнейшем оценил ситуацию и опроверг свои показания. Неужели столь детализированное изложение может быть проигнорировано судом со ссылкой на отсутствие адвоката при допросе?

Понятно, можно говорить о недопустимости использования в качестве доказательства показаний обвиняемого или подозреваемого, полученных с нарушением норм УПК, если их содержание примерно таково: "Я такого-то числа в такое-то время, будучи в нетрезвом состоянии, открыл имевшимся у меня ключом, который случайно подошел к замку, дверь в квартире на втором этаже какого-то многоэтажного дома и похитил носильные вещи. Похищенное я тут же продал за 50 гривен какому-то прохожему, деньги пропил. Куда делся ключ – не знаю. Дом, где

совершил кражу, показать не могу, так как был сильно пьян".

Такие показания даже при отсутствии сомнений в правомерности их получения ни один следователь, ни один судья не использует в качестве доказательства. Однако хотелось бы получить разъяснение Верховного Суда Украины как быть, когда обвиняемый называет, где он взял ключ, где он сейчас находится, где хранятся похищенные вещи, кому он рассказал о совершенной краже, и все это подтверждается при производстве соответствующих следственных действий. Что именно нужно не признавать доказательством – протокол допроса обвиняемого или заодно с ним и все следственные действия по их проверке, исповедовать концепцию "плодов отравленного дерева" или стать на разумный путь – разделить наказание преступника и сотрудников правоохранительных органов, виновных в нарушении закона?

Есть еще один любопытный вопрос: каков процессуальный статус документа, которым зафиксированы показания обвиняемого или подозреваемого в отсутствие адвоката? По форме это протокол следственного действия, процессуальная характеристика которого неоспорима, особенно в тех случаях, когда обвиняемый (подозреваемый) добровольно отказался от услуг адвоката. В нем содержится информация, имеющая значение для расследования, зачастую неопределимая. Признание доказательства недействительным по логике должно означать оспариваемость формы его получения и фиксации. Но в момент составления протокол отвечал всем требо-

ваниям УПК. Ситуация, не имеющая прецедента. Может, тогда стоит говорить, что следователь, составив протокол, который заведомо будет признан процессуально недействительным, осуществляет не следственное, а оперативно-розыскное действие?

Попытки прояснить ситуацию утверждением, что без адвоката обвиняемый на первом допросе занял неправильную линию защиты, не выдерживают критики. Изменение показаний – дело привычное, оно не влечет никаких процессуальных последствий. Обвиняемый мог это сделать позже при любом допросе после консультации с адвокатом. Именно такую позицию занял Европейский Суд по делу "Имбриосия (Imbrioscia) против Швейцарии"¹.

Имбриосия было предоставлено право пользоваться помощью другого адвоката по назначению. Однако этому адвокату не сообщили о проведении двух первых допросов. Он только присутствовал на третьем допросе, а также участвовал потом в процессуальных действиях, завершающих следствие. Имбриосия был осужден к семи годам лишения свободы за торговлю наркотическими средствами.

В заявлении, которое он подал в Страсбург, Имбриосия указал, что его адвокат не присутствовал на большинстве допросов, проводимых полицией. Это, по его мнению, нарушило ч. 1 и ч. 3(с) ст. 6 Конвенции. Суд определил, что нарушение Конвенции не имело места.

Главным аргументом Суда при постановлении такого решения было то, что хотя на предваритель-

¹ Решение от 24.XI.1993 г. Серия А, № 275.

ном следствии адвокат был заменен и ему не сообщили о предстоящих допросах, однако господин Имбриосия имел возможность консультироваться со своим новым адвокатом как перед, так и после каждого допроса. Адвокат присутствовал на одном из допросов, участвовал в следственных действиях при завершении расследования. При этом он не имел ни одного вопроса и фактически не ставил под сомнение выводы следствия. На протяжении судебного рассмотрения дела адвокат пользовался всеми процессуальными возможностями защиты подсудимого как в суде первой инстанции, так и в апелляционном суде.

Какова цель непризнания в качестве доказательства показаний обвиняемого или подозреваемого, полученных в отсутствие адвоката? Без ответа на данный вопрос запрет выглядит как своего рода штрафная санкция, что, в общем, не присуще теории уголовного процесса. Ведь когда речь идет о недопустимости других доказательств, полученных с нарушением процессуальной формы (например, обыск или осмотр без участия понятых), то подразумевается, что данные нарушения препятствуют проверке допустимости доказательств. По аналогии получается, что адвокат, присутствуя на допросе, выступает в роли обычного понятого, удостоверяющего соблюдение процессуальных требований допроса. Можно с этим спорить, но новация объективно к тому ведет, причем порой ставит адвоката в двусмысленное положение.

На практике не так уж редко подсудимые отказываются от своих показаний, данных на досудеб-

ном следствии, даже если при допросе присутствовал адвокат. Чаще всего это бывает, когда в силу разных причин обвиняемый меняет защитников, причем по несколько раз. Одновременно изменяется его линия защиты, меняются показания. Происходит это и без смены адвоката. По общему правилу объяснение причин изменения показаний типовое: "меня не так поняли, я этого не говорил, записанные показания читал (слушал) невнимательно". Возникает вопрос к защитнику: "Вы присутствовали при допросе, своей подписью удостоверили правильность протоколирования показаний подзащитного, неприменения к нему незаконных методов допроса, объясните тогда, правду ли сейчас в суде говорит подсудимый?". Вопрос вполне закономерный, и он фактически адресован понятому (со всеми вытекающими из такого статуса процессуальными последствиями), в роль которого объективно попадает адвокат, присутствовавший при допросе.

Обращает на себя внимание тот факт, что наиболее активно выступают против допроса обвиняемого в отсутствие адвоката сами адвокаты. И было бы понятно, если бы такая позиция объяснялась или хотя бы иллюстрировалась примерами, когда их участие не обуславливается гонорарными интересами, а способствует получению объективной информации или реально облегчает защиту обвиняемого. Так нет, глубокомысленно рассуждают о состоятельности на досудебном следствии, но в конечном счете все сводят к тезису об обеспечении защиты обвиняемого от пыток. И здесь они на верном пути, ибо в США правило Миранды также в качестве ос-

новой цели преследовало противодействие применению "допроса третьей степени". Однако насколько эта мера эффективна? Определимся в главном:

– Имеют ли место пытки при допросах подозреваемых и обвиняемых?

– Да, имеют. Прискорбно, но семья работников правоохранительных органов на поверку оказалась не без уродов.

– Является ли присутствие адвоката на допросе панацеей от пыток?

– Категорически нет.

Адвокаты претендуют на роль телохранителя обвиняемого. Но для этого они должны постоянно находиться с ним в одной и той же камере следственного изолятора, вместе спать, сопровождать в туалет. Иначе только очень психологически стойкий человек, которому, как пишут, перед официальным допросом "надели в подвале противогаз" и пообещали повторить процедуру в усиленном режиме после допроса в случае изменения показаний, заявит об этом адвокату.

И только ли "противогазом" или "гирей в валенке" исчерпывается перечень незаконных методов воздействия на допрашиваемого? Уж больно быстро забыли историю, когда "троцкисты", "бухаринцы" и другие "контрреволюционеры" признавали не только на следствии, но и в открытом судебном заседании любые небылицы под угрозой применения репрессивных мер к их родственникам и близким. Всякие эрзацы или дополнения к основополагающему принципу оценки показаний обвиняемого наравне с другими доказательствами недопустимы. В противном

случае не проще ли запретить вообще допрос обвиняемого и подозреваемого на досудебном следствии?

Я за любые меры, вплоть до крайних, если они способны предотвратить дикость и невежество при допросе, тем более пытки. Однако за годы жизни убедился, что меры, направленные не на цель, а на сопутствующие факторы, не столько способствуют решению проблемы, сколько усугубляют ее, вызывая скрытые, зачастую непрогнозируемые последствия. Боюсь, что запрет на использование в качестве доказательства показаний обвиняемых и подозреваемых, полученных в отсутствие адвоката, – в их числе.

С одним побочным эффектом при оценке показаний обвиняемого, полученных при допросе в отсутствие адвоката, уже столкнулись российские правоведы и практики. Они отмечают, что иметь адвоката при допросе – это право обвиняемого. Приглашение адвоката по инициативе следователя – нарушение прав обвиняемого, которое путем несложных силлогизмов может быть истолковано как нарушение прав конституционных. А допрос без адвоката – потенциально работа вхолостую, допустимость использования уловок для дискредитации собранных доказательств.

Дальше – больше. Обвиняемый или подсудимый отказывается от данных ранее показаний в отсутствие адвоката. Они как доказательства автоматически признаются ничтожными. Однако показания подозреваемого, обвиняемого нередко содержат сведения, позволяющие решить вопрос не только о его виновности, но и о виновности других лиц,

доказать невиновность либо установить обстоятельства, значительно смягчающие ответственность подозреваемого (обвиняемого) и иных лиц. Это нормально?

В России уже задаются вопросом: формулируя уголовно-процессуальную норму по принципу "только так и не иначе", не возвращаемся ли мы к системе формальных доказательств? Очевидно, и нам нужно так формулировать закон и требования к правоприменительной практике, чтобы вопрос о допустимости тех или иных доказательств решался не только по формальным основаниям, но и с учетом конкретных обстоятельств дела, имеющихся фактических данных.

Не хочу быть пророком, но зная врожденную изобретательность нашего народа, не исключаю, что вскоре суду придется решать ребус: обвиняемый, видя доказанность его вины, соглашается дать показания без адвоката и после их фиксации набрасывается на следователя, в потасовке получает телесные повреждения, требует освидетельствования у судмедэксперта и пишет заявление, что показания дал под физическим принуждением. Оправдание гарантировано. Попробуйте доказать обратное.

А если заняться казуистикой, то как должен поступить суд, если доказательства вины преступника собраны до его задержания и допроса: нашли похищенные вещи, установили свидетелей, идентифицировали отпечатки пальцев по дактилокарте, имевшейся в связи с предыдущей судимостью, а после задержания при допросе в отношении обвиняемого применили насилие? "Плоды" есть, но вы-

росли они не на "отравленном дереве". Тем не менее, по букве закона надо выносить оправдательный приговор.

Спрогнозируем, что будет на практике, если УПК дополнят регламентацией недопустимости доказательств по приведенным основаниям. Возьмем самую крайнюю ситуацию. Село, где все жители знают друг друга. Исчез человек. Трупа нет, следов нет, вещдоков нет. Но есть подозреваемый. Его на допросе в отсутствие адвоката избили, изувечили. Факт физического насилия установлен служебным расследованием, против виновных возбуждали уголовное дело. Подозреваемый признался в убийстве. В присутствии понятых-односельчан показал место захоронения. В суде воспользовался правом не давать показания и весь процесс промолчал. Других доказательств не добыли. Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда Украины убийца подлежит оправданию. Но как это объяснить его односельчанам? И какими нормами УПК руководствоваться, принимая меры к охране освобожденного из-под стражи убийцы, ибо для односельчан он уже сам ходячий покойник, дни его сочтены до первого "несчастливого случая" или прямой расправы?

Я не говорю уже о том, что непризнание доказательством показаний, добытых незаконным путем, если и находит обоснование в теории, то вряд ли будет правильно воспринято родственниками убитого и рядовыми гражданами. Уже в тех немногих случаях, когда данный принцип реализуется на практике, реакция населения однозначна: "следователя (судью) купили!".

А что означает оправдание обвиняемого, показания которого получены после применения мер физического воздействия? По логике вывод однозначен: **нарушители законности фактически подменили суд, самостоятельно определив в качестве наказания виновному его избивение, и сами же привели приговор в исполнение.**

Еще раз подчеркиваю: показания обвиняемого, независимо от формы их фиксации, – процессуально не более чем рядовое доказательство, оцениваемое по общим правилам. Ни одно из известных доказательств не застраховано от фальсификации. Однако показания обвиняемых наиболее часто становятся объектом незаконного воздействия, и их фальсификация наиболее трудно установима. Поэтому и следователь, и суд с особой тщательностью подходят (должны подходить) к их исследованию и оценке. Но сегодня Верховный Суд Украины выдал своего рода "знак качества", гарантию достоверности тем показаниям, которые получены при допросе на досудебном следствии в присутствии адвоката и подтверждены в суде. Искусственно создан процессуальный "черный ящик": известно, что есть на входе, что на выходе, поэтому содержимым можно не интересоваться. И как бы не убеждали в противном, не обязательно быть провидцем, чтобы предсказать возможное негативное развитие событий. Способов "убедить" подозреваемого или обвиняемого дать "нужные" показания на допросе в присутствии адвоката предостаточно. Здесь законы рынка срабатывают мгновенно: есть спрос, будут созданы самые совершенные приемы воздействия на обвиняемого

при любых ограничениях, будь то участие в допросе адвоката, прокурора или самого судьи. *Уничтожать надо очаг пожара, а не бороться с дымом.*

 фактах избияения подследственных и применения к ним других мер физического воздействия с целью получения от них "нужных" показаний свидетельствуют публикации в печати, они были установлены и отражены в "Докладе правительству Украины по результатам визита в Украину Европейского комитета по предупреждению пыток и нечеловеческого, унижающего честь поведения или наказания 10-26 сентября 2000 года"¹. Однако в научных исследованиях акценты проблемы явно смещены: идет теоретизирование по поводу конституционных гарантий права обвиняемого на отказ от дачи показаний, недопустимости использования доказательств, полученных с нарушением закона, право не свидетельствовать против себя возводится в принцип уголовного процесса, а *реальные меры пресечения физического и психического насилия в отношении обвиняемых и подозреваемых не разрабатываются.*

Думаю, тему "неприкасаемости" обвиняемого и подозреваемого считать закрытой явно преждевременно. И ошибочно ее решение связывать с проблемой предотвращения пыток. Последняя требует кардинальных мер, первой и основной среди которых является отделение следствия от розыска. Необходимо покончить с мифом о возможности дос-

¹ Совет Европы. СРТ/inf (2002)23. Страсбург, 9 октября 2002 г.

тижения показателя раскрываемости преступлений 80, 90 и более процентов. Если уж прокуроры во имя повышения показателей раскрываемости без каких-либо оснований выставляют 76 статистических карточек по сравнительно простому преступлению, возбуждают отдельно уголовные дела против директора предприятия и главного инженера, виновных в нарушении правил техники безопасности, повлекшем один несчастный случай¹, то чего ожидать от оперативных сотрудников, в первую очередь отвечающих за этот показатель. Пора уже перевести на научную основу подбор кадров следователей, разработать адекватную профессиограмму. (Английский разведчик Лоуэрнс в анкету для отбора кандидатов включил даже такой вопрос: "Безумий ли Вы человек?". Следователю данное качество также необходимо).

Целесообразно нормативно предоставить право допроса обвиняемого и подозреваемого только следователю, в чьем производстве находится уголовное дело, и в установленном порядке – прокурору, осуществляющему надзор за следствием. Исключение допускается лишь для случаев задержания "по горячим следам". Категорическому запрету должно быть подвергнуто участие оперативных сотрудников в допросе обвиняемого и подозреваемого. Необходимую информацию они могут получать от следователя. (Будучи следователем, я сам ввел это правило, и

¹ См.: Доповідь Генерального прокурора України Геннадія Васильєва на Колегії Генеральної прокуратури за підсумками роботи за 2003 рік // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 11.

за 15 лет у меня не было ни одной жалобы на неправомерные действия). Следует четко регламентировать порядок вызова оперативными сотрудниками лиц, содержащихся под стражей, для допроса в качестве свидетелей по другим уголовным делам.

Будем богаче, позаимствуем опыт тех стран, где допрос задержанных полицией производится только в специально выделенных помещениях. В них осуществляется бесперебойная видео- и аудиозапись, кассеты сохраняются годами. Нам хотя бы получить возможность фиксировать техническими средствами сам процесс допроса всех обвиняемых и подозреваемых.

Необходимо активизировать разработку научных методик оценки правдивости показаний, совершенствовать практику разного вида психологических, лингвистических и других экспертиз.

Пора прекратить споры о допустимости использования при допросе полиграфа (детектора лжи). В 1967 году я впервые в СССР применил на практике полиграф. Его схему мне подарили друзья из московского закрытого радиотехнического института. Детали и узлы изготовили на заводах Луганской области, собрали прибор на тепловозостроительном заводе. Тренировались, отгадывая, какого достоинства монета зажата в кулаке. И тут подоспел случай: совершена кража из квартиры одного из районных партийных руководителей. Подозреваемого арестовали, но виновным он себя не признал. Где находятся похищенные вещи, установить не представлялось возможным. Совместно с работниками розыска разработали комбинацию. Врачи осмотрели аресто-

ванного и установили "диагноз" – "острая сердечная недостаточность". "Больного" поместили в лечебный изолятор, в палате которого заблаговременно поставили полиграф. У двери в палату разыграли бурную сцену: я настаивал на срочной необходимости допроса арестованного, а врач, согласно сценарию, категорически возражал, "опасаясь" за жизнь "больного". В итоге был достигнут компромисс – разрешили допрос при условии, что состояние больного будет контролироваться "медицинской аппаратурой".

Допрашиваемый заметно волновался, на вопросы давал отрицательные ответы. Но у меня имелся перечень всех улиц и домов шахтерского поселка, где, по оперативным данным, могли быть спрятаны похищенные вещи, и я вразбивку их называл допрашиваемому.

Сегодня, зная современные методики работы с полиграфом, я вижу, насколько примитивно мы тогда действовали. Но по науке или нет, нам повезло: дом, где спрятаны вещи, определили минут за пятнадцать. Преступление было раскрыто.

Эксперимент обсудили в Харьковском научно-исследовательском институте судебной экспертизы. Я подготовил статью в республиканский сборник "Криминалистика и судебная экспертиза". Однако через несколько месяцев предстояла защита кандидатской диссертации, и мой научный руководитель, он же редактор сборника профессор Виктор Павлович Колмаков посоветовал не вызывать огонь на себя апологетикой буржуазных методов следствия, ограничиться теоретическим (а по сути – идеологиче-

ским) обоснованием возможности применения полиграфа в следственной практике без упоминания об эксперименте. В таком виде статья выпала¹. Ее раскритиковали, но уже после получения кандидатского диплома. На том закончилась и практика: пришлось, выполняя приказ начальника следственного отдела облпрокуратуры (единственного из руководств, кто знал о самодеятельности), разобрать полиграф и детали вернуть спонсорам.

В современных моделях полиграфа вероятность оценки правдивости показаний испытуемого несоизмеримо высока. Он полезен и для проверки заявлений о применении к допрашиваемому незаконных мер. При крайне ограниченной практике, тем не менее, уже были случаи, когда заявитель после предложения пройти проверку на полиграфе отказывался от ложных обвинений в адрес работников правоохранительных органов. Но самое главное — нужна политическая воля для кардинального решения проблемы.

Пусть меня простят, коль я ошибаюсь, но даже информация, почерпнутая из средств массовой информации и ведомственных изданий, дает основание для вывода: правоохранительная система не заинтересована в искоренении пыток. Произошел колоссальный дисбаланс в квалификации преступников и сотрудников органов, призванных вести борьбу с ними. Преступность стала профессиональной, а следствие и оперативно-розыскная деятельность

¹ См.: Розовский Б.Г. Об использовании технических средств в допросе //Криминалистика и судебная экспертиза. — Вып. 4. — К., 1967.

опустились до любительского уровня. Несколько кадровых цунами, ущербное денежное содержание, отмена льгот, слабое ресурсное обеспечение вымели значительную часть сотрудников, обладавших потенциалом для успешной работы в рамках закона, обескровили штат негласных сотрудников. Им на смену пришло молодое поколение, часть которого недостаток интеллекта и опыта восполняет физической силой.

Не будем идеализировать. И в прошлом имели место случаи избияния подследственных в органах внутренних дел. Должен засвидетельствовать: статистика поступивших жалоб и заявлений не соответствовала реальной действительности. Как ни парадоксально, но соотношение жалоб от подследственных по линии уголовного розыска и БХСС составляло приблизительно один к трем, а на практике оно было обратным. Причина в том, что обвиняемые в хищениях, выдавая при допросах своих сообщников, затем объясняли свое малодушие избиянием и применением к ним других методов воздействия, хотя в подавляющем большинстве случаев при самой дотошной объективной проверке это не подтверждалось. Убийцы, воры, если их и били, понимали, что избиты "за дело", и во многих случаях жалоб не заявляли. Однако, чего греха таить, избияния были и далеко не всегда вызывали осуждение сослуживцев. Тем не менее, в абсолютном большинстве случаев – и это главное – виновные в нарушении законности не чувствовали себя застрахованными от ответственности.

Ныне, судя по преданным гласности фактам, царит круговая порука, причем порука агрессивная. Показательный пример. Трое оперуполномоченных городского управления МВД Украины в Черновицкой области по подозрению в краже компьютера задержали молодого парня и в целях получения признания на протяжении нескольких суток били его ногами, металлическим прутом, резиновой палкой и пластиковой бутылкой с водой по голове, животу, почкам, засовывали резиновую палку в анальное отверстие. Подозреваемому причинили сотрясение мозга, закрытую тупую травму живота, разрыв передней стенки прямой кишки, осложненный разлитым каловым гнойным перитонитом, множество ран, гематом, ссадин на всех частях тела от головы до стоп ног. В итоге допрашиваемый, хотя имел неоспоримое алиби, признался в краже, назвал соучастника, после чего был госпитализирован в реанимационное отделение городской больницы, длительное время лечился и остался инвалидом второй группы. По направлению первого заместителя начальника городского управления УМВД Украины в Черновицкой области было проведено судебно-медицинское освидетельствование избитого. Не выезжая в больницу и не осматривая больного, судмедэксперт на основании истории болезни составил акт о том, что имеющиеся телесные повреждения могли возникнуть в результате падения с лестницы. Со ссылкой на данный акт руководством горуправления проведено служебное расследование, которым нарушения законности в действиях сотрудников милиции не установлено.

По жалобе матери пострадавшего прокуратура возбудила уголовное дело. Аппаратом уже УМВД Украины в Черновицкой области было осуществлено повторное служебное расследование, которое подтвердило выводы предыдущего. В акте дополнительной экспертизы, проведенной Черновицким областным бюро судебно-медицинской экспертизы по постановлению следователя, первоначальное заключение дополнили обтекаемым выводом: телесные повреждения могли быть получены от ударов или сдавливания в области живота. Ясность внесло заключение комиссии специалистов Киевского бюро судебно-медицинской экспертизы, категорически исключившие возможность причинения телесных повреждений (особенно разрыва прямой кишки) при падении с лестницы. Виновным предъявили обвинение, и началось активное противодействие расследованию: представлялась недостоверная информация о сотрудниках, дежуривших в день задержания пострадавшего, начальник городского управления угрожал следователю "лишить его работы", одного из свидетелей, вызванного на допрос в прокуратуру, срочно "пригласили" в райотдел милиции по подозрению в краже автомобильных колес. (После появления в милиции работников прокуратуры, которым стало известно о вызове, все подозрения со свидетеля были сняты). Наконец, самого следователя работники милиции задержали по подозрению в попытке совершить кражу из частного магазина канцелярских товаров, мимо которого он проходил, возвращаясь из больницы после допроса потерпевшего. Только после вмешательства заместителя про-

курора области следователя освободили. Надо отдать должное принципиальности и настойчивости следователя: дело было направлено в суд, подсудимые признали себя виновными и были осуждены к лишению свободы, хотя на следствии, пользуясь поддержкой коллег, свою вину упорно отрицали.

Когда следствие близилось к завершению, согласно указанию уже вновь назначенного начальника УМВД Украины в Черновицкой области провели третье служебное расследование, по результатам которого 16 офицеров милиции были уволены или подвергнуты дисциплинарным взысканиям. Получил выговор и эксперт Черновицкого областного бюро судебно-медицинских экспертиз. Однако ни один из укрывателей преступников не был привлечен к уголовной ответственности. Система в крайних ситуациях идет на жертвы, но не кардинальные¹.

В приведенном примере, несмотря на противодействие сослуживцев, палачи в погонах получили заслуженное наказание. Но, судя по публикациям в печати, это скорее исключение, чем правило. Александра Б. в Полтавском УБОПе пытали 1 июня 2003 года, надевали противогаз, поднимали и держали на весу за скованные сзади руки. В результате пыток оказались порванными нервы предплечий, наступил паралич верхних конечностей. На стационарном лечении Александр Б. находился полтора месяца. Эпикриз: "Острая закрытая позвоночно-

¹ См.: Гальчинський І. Злочинці в погонах // Прокуратура. Людина. Держава. - 2004. - № 1. - С. 125-128.

спинномозговая травма с повреждением спинного мозга на уровне шейного отдела позвоночника", "острое компрессионно-ишемическое посттравматическое повреждение обоих лучевых нервов на уровне паховых ямок с верхним дистальным вялым выраженным парапарезом", "двусторонний паралич разгибателей кистей рук, гиперестезия кистей и лучевых отделов предплечий", "атрофия мышц".

В таком состоянии 2 июня 2003 года Александра отправили в Октябрьский суд г. Полтавы, предупредив, что если только тот в суде что-то "выкнет", станет отрицать виновность, будет еще хуже. Судья Г. Андриенко, несмотря на явно беспомощное состояние "нарушителя" и не подвергая сомнению обстоятельства админнарушения (в 7 часов утра он якобы ругался на ул. Фрунзе в Полтаве, на замечания не реагировал, злобно не подчинялся милиции), "впаяла" Александру трое суток админареста. Поэтому из документов следовало, что ночью, когда его искалечили, он был якобы Бог знает где, но только не в милицейских застенках.

Брат Александра – работник ГАИ – с большим трудом добился возбуждения уголовного дела почти через два месяца после "памятной" ночи. Впрочем, прокуратура Полтавской области возбудила его не против конкретных лиц, а лишь... по факту неправомерных действий сотрудников милиции, долго не давала направления на судебно-медицинскую экспертизу. УБОПовцы через друзей Александра сначала угрожали ему, затем предлагали немалую сумму денег, только бы "не кололся". Адвокат Александра

говорила, что ей тоже угрожают, требуя отказаться вести его дело.

Несмотря на очевидность преступления (судя по характеру причиненных травм), виновные продолжают находиться на свободе. За полгода, пока тянется следствие, его ведет уже пятый следователь, а само уголовное дело "футболится" между прокуратурами области и Октябрьского района Полтавы¹. Видимо, в Полтавской прокуратуре нет таких принципиальных блюстителей законности, как в Черновцах. Поле не для размышлений, а для принятия конкретных целенаправленных мер более чем определенное.

Однако даже в тех немногих случаях, когда уголовное дело доходит до суда, справедливый приговор палачам в погонах отнюдь не правило. Два оперуполномоченных Зареченского райотдела милиции города Сумы на протяжении шести часов подвешивали к двери закованного в наручники восемнадцатилетнего юношу, надевали на него противогаз, периодически перекрывая клапан доступа кислорода, пропускали через тело электрический ток. Однако отделались они легким наказанием. Суд, учтя, что правоохранители возместили пострадавшему причиненный ущерб, никогда раньше не привлекались к уголовной ответственности, а также приняв во внимание положительные характеристики с места работы (!), осудил обоих условно с испы-

¹ См.: Кучеренко А. Беззащитные перед милицией // Зеркало недели. – 2004. – № 9 (484). – 6 марта. – С. 6.

тательным сроком на один год¹. Вопрос об ответственности руководителей, выдавших преступникам положительные характеристики, не обсуждался.

Я интересовался мнением руководителей правоохранительных органов, органов государственного управления, судей, адвокатов. Все были единодушны: если бы была дана реальная команда "Фас!" и одновременно приведена к разумной оценке показателей борьбы с преступностью – проблема пыток была бы сведена к минимуму.

Интервьюирование оперативных работников и следователей милиции дает основание для вывода: риск подвергнуться реальному наказанию за нарушение законности объективно менее весом, чем неблагоприятные последствия, наступающие, когда не раскрыто преступление, получено дело на дополнительное расследование или даже оправдательный приговор. Сегодня этот риск минимален, ибо нарушение законности если прямо не одобряется, то и не осуждается непосредственными руководителями. А те, в свою очередь, по общему правилу вне подозрения, недосыгаемы для наказания. Меня поражает парадокс: суицид или даже утеря подчиненным служебного удостоверения почти автоматически гарантирует ощутимое взыскание руководителю, хотя практически предотвратить большинство таких случаев он не в состоянии. Но о пытках в служебных кабинетах руководитель, вне всякого сомнения,

¹ См.: Садисты в погонах на скамье подсудимых // Голос Украины. – 2004. – 22 июля. – С. 5.

не знать не может. Знает, но ответственности не несет.

Применение к подозреваемому и обвиняемому физического воздействия – это не просто процессуальное нарушение, а преступление. Оно должно иметь следствием безоговорочное привлечение виновных, в том числе пособников и лиц, допустивших халатность, к уголовной ответственности. Если мы хотим искоренить зло, то надо не создавать видимость борьбы путем непризнания доказательством показаний обвиняемого, полученных в отсутствие адвоката, а обеспечить реальную неотвратимость наказания преступников в погонах, судебно-медицинских и прочих экспертов, других причастных лиц.

Это именно тот случай, когда недопустимо "тянуть резину" с доследственной проверкой заявлений и сообщений о пытках. Уголовное дело должно быть возбуждено немедленно, расследование целесообразно производить силами старших следователей облпрокуратуры, а не сотрудниками городских или районных прокуратур, чья объективность априори под вопросом.

Рискну предложить одну чрезвычайную меру. За годы работы в Институте экономики я неоднократно имел возможность убедиться в том, что предпринимаемые меры по совершенствованию управления, при самой высокой их "научности", в конечном итоге оказываются малоэффективными, если не подкрепляются материальными стимулами достижения запланированной цели. В борьбе с преступностью экономические стимулы применяются край-

не ограничено. Однако против практики непротравления палачам в погонах со стороны их коллег один из экономических рычагов может быть применен.

Воспользуюсь аналогией. Владелец одной из немецких шахт, отвечая на вопрос наших специалистов, почему у него не бывает смертельных случаев, сказал, что любой такой случай разорит его. А у нас все расходы, причем достаточно скромные, по поддержке семей погибших шахтеров берет на себя государство: одни убивают, другие хоронят.

В случаях с пытками ситуация несколько иная – существует практика регрессных исков. Но есть общий момент: пытаются подсудимых не на тайных квартирах, а в милицеевских кабинетах при молчаливом попустительстве практически всего коллектива. Эти фактические пособники остаются безнаказанными. Всех к уголовной ответственности не привлечешь, а к экономической можно. Почему бы не попробовать хотя бы в порядке эксперимента в одной-двух областях конкретизировать процедуру возмещения вреда, регламентированного статьей 1172 ГК Украины, и узаконить коллективную ответственность сотрудников ОВД за применение пыток путем возмещения расходов потерпевшему из средств горрайотдела, управления и т.д. (включая сюда фонд зарплаты) с последующей компенсацией предъявлением регрессного иска к осужденному, надеюсь, бывшему сотруднику. Мера, безусловно, варварская, но, согласитесь, и пытки в цивилизованном обществе – это сверхварварство. Во всяком случае, она менее нелепа, чем использование адво-

ката в качестве телохранителя обвиняемого и подозреваемого.

Уверен, что не потребуется много времени для переоценки приоритетов самыми отчаянными нарушителями законности.

Мне неловко в который уже раз высказывать скепсис по поводу концепции современного уголовного процесса. Но куда деваться? Делаем все возможное для того, чтобы усложнить процедуру раскрытия преступления и доказывания вины преступника (в том числе наделяем подозреваемого и обвиняемого правом не свидетельствовать против себя), а потом удивляемся появлению эпидемии пыток. А явления эти взаимосвязаны, причем очень тесно, и не учитывают их нельзя. Тем не менее, не учитываем. В итоге, как в пословице: голову вытащил – хвост увяз. Борьба, а точнее, ее видимость есть, а результата нет.

Как-то само собой получилось, что предыдущие разделы заканчивались небольшими выводами. Здесь я не хочу повторять изложенное, хотя ясно вижу: неразрешенных противоречий осталось много, а убедительных доводов, подтверждающих позицию автора, мало. Предоставляю читателю возможность самостоятельно сделать оценку целесообразности сохранения в УПК права обвиняемого на молчание и услуги адвоката до допроса. Я умышленно отнес некоторую информацию о западном законодательстве в один из следующих разделов – давайте самостоятельно думать о своих пенатах. Однако об одном аспекте не могу умолчать.

Плохо или хорошо, но мы должны и пытаемся создать концепцию уголовного процесса XXI века. Сейчас только его начало, и сама смена тысячелетий не породила каких-либо революционных идей. Несмотря на громкие заявления, Проект УПК – подштопанный, подрумяненный УПК действующий. У многих новаций, в том числе у права не свидетельствовать против себя, почти стопятидесятилетняя борода. О прошлом помнить надо. Но надо смотреть и в будущее. Я не сомневаюсь, что не сегодня-завтра появится техническая возможность сканировать информацию, хранящуюся в мозге человека, читать его мысли. Предпосылки у науки уже есть¹. Воспользуются ли этим криминалисты? Дебаты будут жаркие, но, не сомневаюсь, прагматизм победит, и вопрос о праве обвиняемого на молчание будет окончательно похоронен. Когда-то общество дойдет до понимания того, что преступность несовместима с цивилизацией и задача адвоката – не допустить осуждения невиновного, назначения несправедливого наказания виновному, но отнюдь не содействовать оправданию преступника. На Западе ростки такого понимания уже пробиваются. Может, уже сегодня стоит и нам начинать критически смотреть на некоторые возведенные в ранг закона иллюзии?

¹ См.: Росс Ф. Чтение мыслей // В мире науки. Scientific American. – 2003. – № 12. – С. 47-49; Минкель Дж. Безмолвные диалоги // В мире науки. Scientific American. – 2004. – № 9. – С. 11; Сычев В. Дошли до отпечатков мозга // Эксперт. – 2004. – № 7. – С. 79.

ОРД: на сцене или за кулисами уголовного процесса?

- Неужели после одного бокала шампанского у такого здорового мужика язык стал заплетаться?

- Не выдумывай. На сцене артисты пьют не шампанское, а ситро. Водки он набрался за кулисами.

- Так чего нас дурят?

- На то и театр.

В. Ардов

"Сценки из театральной жизни"

Да, идя в театр, мы заранее соглашаемся, чтобы нас "дурили": десять слоев грима делают красавицей дурнушку, влюбленные на сцене могут в жизни ненавидеть друг друга, "конченный алкоголик" на деле член общества трезвости, молодого играет старик и наоборот. "На то и театр". Но почему серьезные ученые мужи с наивностью начинающего театрала загоняют ОРД – одну из действенных форм раскрытия преступления и изобличения виновного – за кулисы уголовного процесса, требуют в судебном заседании преподносить доказательства, полученные при реализации оперативно-розыскных мероприятий, так же, как в теат-

ре смотрится сквозь бокал газировки, замаскированной под шампанское, выпитая где-то в другом месте водка?

Седьмого января 2003 года Frankfurter Allgemeine Zeitung опубликовала список 426 фобий, начиная с аблутофобии (боязни мыться) до земмифобии (боязни кротов). Жаль, что немецкие специалисты и газетчики далеки от проблем науки уголовного процесса в Украине, да и других странах СНГ. Иначе они бы включили в список еще одну, 427-ю, оэрдэ-фобию – патологическую боязнь теоретиков уголовного процесса признать процессуальный статус оперативно-розыскной деятельности.

Проблема оперативно-розыскной деятельности отнюдь не локальная. Она не может быть решена в узких рамках созданной науки об этом виде деятельности. Выведение ОРД из тени былой секретности, признание возможности получения с ее помощью информации, способствующей предупреждению и раскрытию преступлений, изобличению виновного, как бы ни сопротивлялись, объективно требуют внесения коррективов в теорию уголовного процесса, и прежде всего в первоопределяющие вопросы целеполагания.

В первой главе работы я сделал оговорку о том, что цель уголовного процесса рассматривается в рамках традиционной ее трактовки, нашедшей отражение в действующем УПК и проекте нового. Не хотелось усложнять проблему – и без того под флагом либерализации существовала и продолжает существовать опасность переноса цели раскрытия преступления и изобличения виновного на обочину

уголовного процесса. Это был тактический ход, и только. *Стратегически цель уголовного процесса нуждается в кардинальном переосмыслении.* Повод более чем убедительный. Эскалация терроризма и организованной преступности наглядно свидетельствует: *идти по пути реагирования на уже свершившийся факт неэффективно, ожидаемый результат не наступает.* Как ни парадоксально, но уголовный процесс, наверное, единственная сфера деятельности, ориентированная на борьбу с последствиями. В медицине, как и в других науках о человеке, тезис о том, что предупредить болезнь легче и экономичнее, чем ее лечить, считается азбучным. Аналогичен подход у экологов, пожарных, специалистов по технике безопасности, если обобщить – у всех нормально мыслящих людей.

Не берусь судить, почему уголовный процесс – исключение. Однако вполне возможно, что причиной служит то самое патологическое неприятие процессуалистами оперативно-розыскной деятельности, недопущение самой возможности ее процессуализации. А в ОРД упреждение действий преступников, направленных на подготовку и совершение преступления или воспрепятствование его раскрытию, пресечение попыток совершить преступление, разобшение преступных организаций – основа основ, содержание принципа наступательности как фундаментальной идеи этого вида деятельности. Без ее процессуализации государственный программно-профилактический подход к проблеме борьбы с преступностью ни практически, ни теоретически не реализуем.

В существующих границах уголовного процесса об этом ни слова. Есть лишь куцая обязанность следователя выявлять причины и условия совершения преступления, которая механически перенесена из советского процесса. Даже в то время она носила локальный характер, сейчас еще более сужается. Трудно, скажем, понять, нужно ли тратить государственные средства и усилия следователя на разработку предложений по устранению условий для расхищения материальных ценностей в частной фирме. Но в целом, повторяю, в уголовном процессе нет места реализации цели предупреждения и пресечения преступлений, что не может иметь оправдания.

Наука о предупреждении, раскрытии и расследовании преступлений, представлявшая некогда единый комплекс, по мере развития подверглась процессу дифференциации и специализации. Сегодня относительно четко прослеживается обособление ставших самостоятельными отраслями знаний уголовного права, криминалистики, судебной экспертизы, оперативно-розыскной деятельности, криминологии, уголовного процесса. Все они, имея свои задачи, достигли значительных успехов в их решении, создали весомую теоретическую базу и соответствующий задел научно-практических рекомендаций. Но центробежные силы оказались столь сильными, что в процессе дифференциации была нарушена мера допустимой самостоятельности, а это привело к затуханию основной цели пра-науки – обеспечение согласованности форм, методов и средств обнаружения, раскрытия, расследования, пресечения и предупреждения преступления

для достижения эффективности в рамках процессуального единства.

Особенно наглядно негативные последствия размывания единой цели проявились в абсолютизированном противопоставлении процессуальной значимости доказательств, полученных в результате проведения следственных действий и оперативно-розыскной деятельности. Исследование этой проблемы представляет самостоятельный интерес. Однако нельзя не видеть, что сам факт ее возникновения и доводы участников столь длительной дискуссии свидетельствуют о не отвечающем реалиям объективной действительности, закостенелом догматизме и неоправданном консерватизме некоторых отечественных идеологов уголовного процесса, что негативно влияет на законодательную практику. Поэтому проблемы ОРД требуют рассмотрения как частный случай, своего рода иллюстрация более общей проблемы состояния и перспектив развития науки и практики уголовного процесса.

Начнем с постановки основополагающего вопроса: может ли в правовом государстве считаться нормальной ситуация, когда в уголовном судопроизводстве допускается получение доказательств уполномоченными на то органами в непроцессуальной форме? Вопрос далеко не риторический, ибо сложилось устойчивое мнение, будто ОРД является самостоятельным видом государственно-правовой деятельности в той же мере, как и уголовно-процессуальная. И хотя в ст.ст. 1, 3 и 10 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" прямо указывается на процессуальный характер получаемых доказательств и

на УПК как правовую основу данного вида деятельности, многие авторы не считают этот закон частью уголовно-процессуального законодательства, утверждая, что он в целом и каждая его норма регулируют лишь специальную деятельность.

Уголовное судопроизводство – это базирующийся на общей логической основе непрерывный процесс, все элементы которого взаимосвязаны и взаимообусловлены единой целью обнаружения и раскрытия преступления, изобличения и наказания виновного, исключения возможности привлечения к ответственности и осуждения невиновного. Абсурдность отрицания процессуального статуса ОРД очевидна, ибо в противном случае утрачивается один из базисных принципов правового государства. И формально, и по существу недопустимо, чтобы в достижении конечной цели на разных стадиях процесса было свое понимание прав и свобод граждан, своя формулировка законности. В противном случае нужно признать, что в государстве существует несколько обособленных уголовных судопроизводств, несколько законностей.

Объективности ради отметим: получившая распространение и практически полное признание в отечественной науке концепция особого, выходящего за рамки уголовного процесса правового статуса ОРД обусловлена механическим соединением трех самостоятельно решаемых ею задач:

- предотвращение и раскрытие преступлений, установление и изобличение лиц, виновных в их совершении, осуществляемые в рамках уголовного судопроизводства;

- сбор информации для проверки лиц в связи с допуском к государственной, военной и служебной тайне;

- получение в интересах безопасности общества и государства разведывательной информации, не связанной с предупреждением и раскрытием преступлений.

Однако специфика задач ОРД в уголовном судопроизводстве не вызывает сомнений, и потому их обособление от других видов этой деятельности не представляет трудности. Проведенная законодательная регламентация ОРД – объективная необходимость в создаваемом механизме построения правового государства, свидетельство безоговорочного отказа от теневого, нелегального процесса расследования преступлений, а чаще всего – от расправы над инакомыслящими, который десятилетиями существовал в бывшем СССР. Но это – первый шаг, надо идти дальше.

Все уголовное судопроизводство изначально не может быть методологически и тактически единым. Уголовный процесс – целостная система, с устоявшейся структурой, но ее части, хотя и подчинены целому, все же достаточно автономны. Даже досудебное и судебное следствие отличаются кардинально. Нельзя не видеть коррективы, внесенные в традиции уголовного процесса обязанностью обеспечить неразглашение сведений о лице, в отношении которого осуществляются меры безопасности (ст. 52³ УПК). Поэтому признание процессуального статуса ОРД в уголовном судопроизводстве в части выявления и фиксации доказательств ни в коей ме-

ре не приводит к какой-либо ломке основополагающих принципов уголовного процесса в контексте его цели и задач, идет лишь обычный процесс приведения законодательства в соответствие с реалиями современной действительности становления демократического государства.

С.А. Шейфер совершенно обоснованно писал, что только в сфере доказывания, осуществляемого в судопроизводстве, приемы "фактофиксирующего" познания подкреплены достаточными гарантиями получения достоверной информации. "В сфере же оперативно-розыскной деятельности форма осуществления сходных приемов в законе не регламентируется вообще (они проводятся в порядке, предусмотренном ведомственными актами)"¹.

Какой вывод следует из приведенной констатации? Можно, как это делает С.А. Шейфер, следовать традиционному для теории доказательств отрицанию доказательственного значения непроцессуальной информации в ее первоначальном виде, полученной в результате оперативно-розыскной деятельности. Другой вариант – не придерживаться старых канонов, сформировавшихся в период былой закрытости ОРД, а требовать создания условий для обеспечения максимальной достоверности доказательств, получаемых оперативно-розыскным путем, и наиболее полного использования их при расследовании преступлений. А такие условия, и в этом

¹ Шейфер С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 58.

нельзя не согласиться с С.А. Шейфером, существуют только в уголовном судопроизводстве.

Обратимся к практике. В настоящее время более 95% тяжких преступлений, по которым принято судебное решение, раскрывается оперативно-розыскными подразделениями¹. При всей предвзятости к ОРД некоторых авторов, тот факт, что вина более девяноста пяти процентов представших перед судом признается в приговоре установленной на основе доказательств, полученных в результате проведения соответствующих оперативно-розыскных мероприятий, может иметь только два объяснения:

- правосудие в Украине осуществляется путем массового использования недоброкачественных доказательств, что явно не соответствует действительности;

- теория и практика досудебного следствия выработали достаточно убедительные приемы выявления и фиксации оперативно-розыскными методами и средствами фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела, которые отвечают всем требованиям, предъявляемым к процессуальным доказательствам.

Признание ОРД в качестве одной из составляющих уголовного судопроизводства обусловлено не

¹ Необъяснимый парадокс: статистические данные привел Н.А. Погорецкий, который, несмотря на это, был активным противником процессуализации ОРД. (См.: Правовідносини у сфері кримінальної юстиції та їх взаємозв'язок // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Збірник наукових статей. – Донецьк: ДІВС при Донецькому нац. ун-ті, 2002. – № 1. – С. 170).

только политическими целями. Как и расследование в целом, ОРД зачастую проводится в условиях, когда при абстрактно-формальной оценке можно говорить о нарушении гарантированных законом прав и свобод граждан. Чтобы избежать самой возможности такого превратного толкования, ОРД должна получить детальную процессуальную регламентацию. Речь не идет об использовании информации, достоверность которой вызывает сомнение. Задача сводится к устранению ограничений в получении информации, доказательственная сущность которой может быть подвергнута объективной оценке.

Придание ОРД процессуального статуса, регламентация в УПК процессуальных гарантий законности, обоснованности и прозрачности получения результатов проведения оперативно-розыскных мероприятий – это в настоящее время единственный способ оградить граждан от противозаконного нарушения их прав и свобод в ходе раскрытия и расследования преступлений.

Еще раз только подчеркну: ставится вопрос о придании процессуального статуса не всей оперативно-розыскной деятельности, а лишь осуществляемой в сфере уголовного судопроизводства *непосредственно в целях сбора и фиксации доказательств*. Именно здесь и находится точка пересечения противоборствующих научных концепций.

Вопрос о месте ОРД в структуре уголовной политики и системе юридических наук обсуждается не одно десятилетие, однако единой точки зрения выработать не удалось.

Показательно, что дискуссия ведется в одном направлении, в основе чаще всего скрытая или открытая посылка: "Я убежден, что...". Убеждение, безусловно, вещь необходимая для исследователя, но хотелось, чтобы оно формировалось на базе реальных тенденций и перспектив развития методов и способов борьбы с преступностью, а не споров между сторонниками концепций "дважды два – пять" и "дважды два – стеариновая свечка".

На редкость совпали интересы теоретиков уголовного процесса, оперативно-розыскной деятельности и практиков. Уголовно-процессуальная элита, десятилетиями при попустительстве теоретиков ОРД не без основания предвзято относившаяся к оперативно-розыскной деятельности из-за закрытости, не может быстро отказаться от сложившихся убеждений и даже после издания новых законов продолжает активно противодействовать ее процессуализации. На редкость совпали интересы теоретиков уголовного процесса, оперативно-розыскной деятельности и практиков.

В науке уголовного процесса писано-переписано по поводу неприятия ОРД. Критиковать легко, для этого не требуется глубоко знать работу оперативно-розыскных подразделений. А вот если пойти на процессуализацию ОРД, тут уж, хочешь не хочешь, надо освоить эту деятельность до тонкостей. Но как? Секретность – это ее сердцевина. Допуск полу-

чает не каждый. Без него читай только популярные пособия и детективные романы. Путного ничего не наработаешь. Да и наступать на горло песне, в которой десятки лет предается анафеме оперативно-розыскная деятельность, как-то не хочется – есть же такое понятие, как корпоративная солидарность, с одной стороны, и память о 37-м годе, с другой. Стоит ли лезть в драку, если степени и звания легче получать на бесконфликтных темах?

Патриархи оперативно-розыскной деятельности бились насмерть, чтобы достичь отделения ОРД от уголовного процесса, доказать самостоятельность этой науки, занять ваковскую специальность и получить возможность защиты кандидатских и докторских диссертаций. Удалось. Теперь это некий элитарный клуб, а если точнее – вариант бывшего "почтового ящика", доступ в который имеют только посвященные при достаточно строгом отборе желающих стать кандидатом или доктором данной науки.

Придание процессуального статуса доказательств результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий влечет необходимость отнесения оперативных работников к числу субъектов уголовного процесса. Отсюда, хоть и мнимая, угроза возврата блудной дочери ОРД в лоно святой церкви уголовного процесса. Такие страхи беспочвенны. Выделение из уголовного процесса криминалистики ознаменовалось расцветом этой науки, но все ее достижения базируются на безусловном сохранении основных постулатов уголовного процесса как исходной точки развития, что не мешает криминалистике быть са-

мостоятельной наукой. В равной мере сказанное относится и к теории ОРД. Наберусь смелости утверждать: наблюдающийся отрыв ОРД от уголовного процесса является основным препятствием становления ее как полноценной юридической науки. Сегодня это скорее некое обобщение ведомственной практики на уровне слабо скоординированных частных методик.

Но и без угрозы потери научной самостоятельности ОРД прощай, вольница: теперь надо не тиражировать вековые приемы негласной работы, а решать творческие задачи, чтобы ее осуществление и полученный результат оформить процессуально, вытащить из полутьмы на свет судебного разбирательства. Это сложно. За годы обособленности до неприличия отстали от достижений науки уголовного процесса, работами коллег за отсутствием потребности и желания особо не интересовались. Теперь необходимо садиться за парту и в роли второгодника наверстывать упущенное. Кому захочется?

Неудивительно, что при наблюдающемся дефиците научных проблем, подлежащих исследованию, росте числа диссертаций, защищенных на одну и ту же тему, после внесения дополнений в ч. 2 ст. 65 действующего УПК Украины ни одна душа не взялась за научное обоснование новации. Нет желания, а возможно, и способностей.

Наконец, практика. Здесь все прозрачно, как стеклышко. Несмотря на статотчетную конкуренцию следователей и оперативников, в реальной жизни все проще. Выдали негласную информацию следователю, и пусть он ее использует как может.

Раскрыто преступление с ее помощью или без – при добрых отношениях это не столь важно: "палочку" подпишут, интерес-то органа общий. И как ни дели власть, на поклон за автомашиной, конвоем, другими ресурсами надо идти к одному начальнику.

Чего греха таить? Сегодня при существующей системе учета оперативный работник может кое-что приписать, какие-то упущения скрыть, выдать желаемое за достигнутое. При необходимости процессуально оформить результаты проведения оперативно-розыскного мероприятия это сделать трудно, появляется дополнительная головная боль – надо уметь думать и делать свое дело качественно.

Путь развития любой науки отнюдь не прямая линия. Разного рода ошибки и заблуждения, монопольное положение научных школ или отдельных ученых, множество других субъективных и объективных факторов, порой надолго замедляющих прогресс исследований, – это обыденное явление. Однако по мере развития науки происходит как бы процесс ее кристаллизации: все наносное, несущественное, конъюнктурное отсеивается, "выпадает в осадок". Решающая роль в этом процессе принадлежит свободе мнений ученых, возможности критического их обсуждения и последующей практической апробации.

История свидетельствует, что недостаточность свободного обсуждения научных проблем предопределяется не столько низким уровнем самокритичности и критики специалистов данной отрасли знания, сколько неучастием в оценке их работ представителей других смежных наук. Особенно наглядно

это проявилось после рассекречивания некогда "закрытых" исследований. Как выяснилось, даже в "оборонке", с ее мощным финансированием и стимулированием, привлечением лучших кадров, были упущены многие интересные возможности.

Не миновала эта участь и теорию ОРД. Веками оперативно-розыскная деятельность была совершенно секретна, и представление ее результатов в суде в качестве доказательств скорее напоминало необходимость просмотреть при солнечном освещении непроявленную фотопленку. Абсолютизация установки на тотальную секретность привела к ограниченности направлений исследований использования средств и методов достижения цели. Вместо разработки проблем придания оперативно-розыскной деятельности статуса уголовно-процессуальной, значительные усилия были затрачены на поиск обходных путей – "легализации" получаемых доказательств. Весьма упрощенно, на формальном уровне решались вопросы взаимодействия оперативных работников со следователями и судьями. В результате все это негативно сказывалось на эффективности борьбы с преступностью и состоянии охраны гарантированных Конституцией прав и свобод граждан.

Кастовость, отсутствие непредвзятого взгляда со стороны привели к тому, что даже в подготовленном для открытой печати Законе Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" оказалась масса существенных пробелов, противоречий и повторов. Для их устранения Верховная Рада Украины с 1992 по 2004 гг. четырнадцать раз принимала законы о

внесении изменений и дополнений в ранее принятый текст¹. Само количество принятых законов свидетельствует о несовершенстве той теории, на основании которой разрабатывались идеология, стратегия и тактика ОРД. Но и в ныне действующей редакции этот закон далек от совершенства.

Приобретенная, ставшая чуть ли не генетической "светобоязнь" мешает некоторым теоретикам ОРД лояльно отнестись к необходимости процессуализации ее в правовом государстве, представить на суд широкой общественности свои узкокорпоративные наработки. Обобщая публикации, можно констатировать, что преобладает своего рода "ущербно-уничижительная" оценка ОРД в уголовном судопроизводстве, констатация ее служебно-вспомогательного характера. Так, В.П. Хомколов, характеризуя оперативно-розыскную деятельность как наиболее результативную государственно-правовую форму борьбы с преступностью, в то же время полагает: "Оперативно-розыскные аппараты могут участвовать в обнаружении, предупреждении и раскрытии преступлений, но фактически они не могут раскрыть их, так как это прерогатива следствия... Специфика ее деятельности вряд ли может принципиальным образом определить развитие и функциони-

¹ См.: № 2549-ХІІ от 7 июля 1992 г., № 2932-ХІІ от 26 января 1993 г., № 3784-ХІІ от 23 декабря 1993 г., № 85/98-ВР от 5 февраля 1998 г., № 312-ХІV от 11 декабря 1998 г., № 1381-ХІV от 13 января 2000 г., № 1281-ІІІ от 21 декабря 2000 г.; № 2246-ІІІ от 18 января 2001 г.; № 3111-ІІІ от 7 марта 2002 года; № 662-ІV от 3 апреля 2003 года; № 747-ІV от 15 мая 2003 года; № 762-ІV от 15 мая 2003 года; № 965-ІV от 19 июня 2003 года; № 1130-ІV от 11 июля 2003 года.

рование всей системы уголовной юстиции... Оперативно-розыскные аппараты призваны подготавливать "фронт работ" для органов предварительного следствия и с помощью присущих им негласных сил, средств и методов обеспечивать расследование преступлений. Это может выражаться как в информационном, так и организационно-тактическом аспекте"¹.

По мнению В.П. Хомколова, "целью подсистемы предварительного расследования является установление истины по делу на стадии предварительного расследования, выявление и устранение причин и условий, способствующих совершению преступлений, в то время как целью подсистемы оперативно-розыскных аппаратов – предупреждение, выявление преступлений и лиц, их совершивших; оперативно-розыскное обеспечение уголовного судопроизводства; осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, без вести пропавших граждан"².

Один из ведущих специалистов в области теории ОРД А.Ф. Возный считал, что "оперативно-розыскные отношения служат одним из средств конкретизации, установления и реализации уголовно-правовых отношений, способствуя в то же время успешному функционированию уголовно-процессуальных и уголовно-исполнительных отношений, но

¹ Хомколов В.П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью. Системный подход. – М.: Юнити, Закон и право, 1999. – С. 20, 21, 48.

² См. там же. – С. 22.

сят обеспечивающий характер по отношению к ним"¹. В.П. Хомколов, приводя эту цитату, комментирует: "... оперативно-розыскные правоотношения обеспечивают "обеспечивающие" уголовно-процессуальные и другие правоотношения"².

Предпринимались попытки противопоставить уголовный процесс и оперативно-розыскную деятельность в части несовпадения таких основополагающих принципов, как презумпция невиновности, всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств уголовного дела. В.И. Зажицкий утверждает: "В уголовном процессе принцип всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела равнозначен требованию установления объективной истины, органически связан с конституционным принципом презумпции невиновности, при этом необходимо учитывать, что он состоит из трех слагаемых, каждое из которых имеет свое самостоятельное содержание, свои конкретные требования, обращенные к субъектам уголовно-процессуального доказывания. Определяющее значение принципа всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела в уголовном процессе вполне объяснимо. Он служит важной гарантией вынесения законных и обоснованных судебных решений, справедливого, законного и обос-

¹ См.: Возный А.Ф. Уголовно-правовые и этические проблемы ОРД. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1980. – С. 47-48.

² Хомколов В.П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью. Системный подход. – М.: Юнити, Закон и право, 1999. – С. 45.

нованного осуждения виновных и оправдания невиновных.

Однако нетрудно убедиться в том, что ни из одного предписания Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" обязанность всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела оперативного учета не вытекает. И это не случайно. Законодатель исходил из того, что оперативно-розыскная деятельность – начальный этап раскрытия преступлений и задачи здесь должны быть более скромными по сравнению с задачами уголовного судопроизводства. Основные задачи оперативно-розыскной деятельности: выявление и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, – неравнозначны требованию всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела оперативного учета. Данное требование свойственно уголовному судопроизводству, и его неправомерно переносить на оперативно-розыскную деятельность, имеющую поисковый, разведывательный характер и призванную создавать лишь необходимые предпосылки для успешного раскрытия преступлений способами уголовного судопроизводства"¹.

Я вынужден был привести столь большую цитату, чтобы показать: при таких принципах деятельности, или, точнее – их отсутствии, ни о каком до-

¹ Зажицкий В.И. Проблема принципов оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. – 2001. – № 7. – С. 71-72.

казательственном значении получаемой оперативно-розыскной информации речи быть не может.

Не лучшую (в плане объективности) позицию занимают и процессуалисты. Например, А.М. Ларин, исходя из предусмотренного УПК права следователя давать органу дознания поручения проводить оперативно-розыскные мероприятия по находящемуся у него в производстве уголовному делу, категоричен в своем выводе: "Следователь рассматривается законом как субъект прав, а орган дознания – как субъект обязанностей"¹.

И теоретически, и практически оперативно-розыскное дознание и следствие в плане расследования конкретного преступления – это две относительно обособленные формы досудебного следствия, наделенные разными правами и функционирующие в условиях активного взаимодействия в целях решения общей задачи – раскрытия преступления и изобличения виновного. Само по себе право следователя давать поручение органу дознания не может служить критерием в определении процессуального статуса ОРД.

Во-первых, орган дознания должен иметь право отказаться от выполнения поручения, если оно противоречит закону, невыполнимо по своей сути либо негативно скажется на реализации запланированной или уже проводимой оперативно-тактической операции. И это право требует закрепления в УПК. *Поручение следователя необходимо рассматривать*

¹ Ларин А.М. Процессуальные формы участия органов дознания в расследовании убийств // Проблемы советского государства и права. – Вып. 9-10. – Иркутск, 1975. – С. 27.

как процессуальное оформление принятого совместно согласованного решения.

Во-вторых, орган дознания не является только пассивным исполнителем поручений следователя. В свою очередь, когда этого требует тактика реализации оперативного мероприятия, орган дознания ставит перед следователем вопрос о проведении следственных действий, направленных на активизацию разрабатываемых лиц, инициирование их к совершению прогнозируемых поступков в целях получения возможности выявления и закрепления доказательств, или, напротив, об отсрочке проведения отдельных следственных действий, чтобы не разрушить оперативную комбинацию.

В-третьих, – и это главное – поручение следователя порождает единичное конкретное правоотношение между ним и исполнителем, но не определяет процессуальный статус сторон. В противном случае нужно говорить о разных процессуальных статусах самих следователей при даче и выполнении отдельных поручений, о праве следователя и обязанности суда санкционировать меру пресечения, продлевать срок следствия и т.д. Поэтому вполне справедливо резкое заявление Н.Н. Гапановича и И.И. Мартиновича: оперативный работник – не подсобный рабочий следователя, выполняющий черновую работу, а лицо, отвечающее за оперативно-розыскные действия при производстве предварительного расследования¹.

¹ См.: Гапанович Н.Н., Мартинович И.И. Основы взаимодействия следователя и органа дознания при расследовании преступлений. – Минск, 1982. – С. 11-12.

Как ни парадоксально, но в литературе предметом обсуждения стала и прямо противоположная задача – не защита оперативного работника от понижения его роли во взаимоотношениях со следователем, а, напротив, защита следователя от влияния на него оперативного работника: "Нельзя игнорировать, что лицо, выполнявшее или участвовавшее в оперативных мероприятиях, может произвольно свое субъективное убеждение, возникшее в ходе оперативных мероприятий, отстаивать в процессе расследования. Трудно ожидать, чтобы следователь в таких условиях сохранил достаточную критичность и полную объективность"¹. Остается только поставить вопрос об ограждении следователя от потерпевшего и обвиняемого, которые, как никто другой, активно и отнюдь не произвольно высказывают свое убеждение о событиях преступления. Безусловно прав Г.Ф. Горский, прокомментировав такие опасения следующим образом: "Что касается боязни ряда ученых и практиков, что следователь может оказаться в плену оперативной информации, в некоторых случаях недостоверной, так это расчет на плохого следователя, такой следователь в равной мере может попасть в плен недостоверной собственной версии, построенной на фактическом материале из процессуальных источников, собранных им лично"².

¹ Взаимодействие следователей и милиции. – М., 1964. – С. 23-24.

² Горский Г.Ф. Научные основы организации и деятельности следственного аппарата в СССР. – Воронеж, 1970. – С. 60.

Неопределенность придания процессуального статуса доказательствам, полученным при проведении оперативно-розыскных мероприятий, приводит отдельных авторов прямо-таки к патологическим выводам. "Основное назначение уголовно-процессуальной деятельности, – утверждают А.Н. Гуцин, Н.А. Громов и Н.П. Царева, – состоит вовсе не в проверке результатов ОРД, а в том, что в ходе ее формируется доказательство, которое может быть использовано в доказывании по уголовному делу. Оценка вещественного доказательства возможна только после вынесения постановления о признании его в качестве такового в совокупности с другими доказательствами по делу, а не в стадии его уголовно-процессуального оформления, вопреки мнению некоторых авторов, так как на этой стадии (оформления) оно еще не является доказательством"¹.

Не знаю, нужно ли в очередной раз комментировать такого рода утверждения? Неужели три автора вместе не могли понять, что признается вещественным доказательством именно доказательство, а не "облако в штанах"? Факт вынесения постановления – это соблюдение формы, которая ничто без содержания. И прежде чем признать тот или иной предмет вещественным доказательством, надо произвести его оценку на относимость, допустимость и т.д. Это требование в равной мере относится к доказатель-

¹ Гуцин А.Н., Громов Н.А., Царева Н.П. Оперативно-розыскная деятельность: совершенствование вхождения ее результатов в уголовный процесс: Учебно-практическое пособие. – М.: Изд-во Шумилова И.И., 2003. – С. 92-93.

ствам, полученным и следственным, и оперативно-розыскным путем.

Было бы ошибочно утверждать, что проблема соотношения оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса обсуждалась только на уровне философии. Предпринимались попытки поиска путей использования информации, полученной при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в качестве доказательств при расследовании конкретных уголовных дел. Целый ряд работ посвящен так называемой "легаллизации" доказательств. Обосновывалась идея приспособить некоторые нормы действующего УПК для придания оперативно-розыскной информации процессуального статуса. В частности, предлагалось регламентировать ее процессуализацию через содержащееся в ч. 2 ст. 65 УПК Украины и соответствующих статьях УПК других государств СНГ отсылочное понятие "иные документы"¹. При этом не учитывалось, что "иные документы" – это языковой штамп, не содержащий конкретики. Он не может иметь самостоятельного значения, как и заменяющие его языковые штампы: "и тому подобное", "и другие", "и прочие", "и так далее".

Наиболее часто эксплуатируемый постулат: использование доказательств, полученных путем проведения оперативно-розыскных действий, допустимо только в том случае, если они отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам Уголов-

¹ См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М.: СПАРК, 1996. – С. 64.

но-процессуальным кодексом. Такая формула (правда, в перевернутом виде) содержится в УПК РФ (ст. 89), который отдельные наши специалисты пытаются выдать за эталон либерализма. Казалось бы, все отлично – бери и радуйся. Но в ст. 86 того же Кодекса регламентируется: собирание доказательств осуществляется путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом. А в числе следственных и иных процессуальных действий оперативно-розыскных нет. Спрашивается, как проводить в процессуальной форме собирание доказательств оперативно-розыскными действиями, если порядок их проведения процессуально не регламентирован? Прямо как в народной сказке: иди туда – не знаю куда, принеси то – не знаю что.

Не регламентировалось использование в качестве доказательства информации, полученной в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, и в проекте УПК, разработанном в 1999 г. рабочей группой Кабинета Министров Украины. ОРД оставалась за кулисами уголовного процесса, мощный потенциал получаемой информации реализовывался неполно и неэффективно в предупреждении, пресечении, раскрытии преступлений, нейтрализации противодействия расследованию.

Оценив ситуацию, небольшой коллектив единомышленников из Луганской академии (тогда института) внутренних дел имени 10-летия независимости Украины проанализировал пути решения проблемы, изложив их в монографии "Процессуальный статус ОРД в

уголовном судопроизводстве"¹. Дабы не повторять всю аргументацию, приведенную в монографии, ограничимся некоторыми из сделанных выводов:

- законодательная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует внесения существенных коррективов в теорию уголовного процесса;

- оперативно-розыскная деятельность по предотвращению, пресечению и раскрытию преступлений, изобличению виновных является составной частью уголовного судопроизводства и регламентируется нормами процессуального законодательства. В связи с изданием Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" необходимо внести соответствующие изменения и дополнения в УПК Украины;

- наряду с протоколами следственных и судебных действий к числу процессуальных источников доказывания следует отнести протоколы проведения оперативно-розыскных мероприятий, разработать процессуальный порядок их фиксации.

Исходная позиция наших рассуждений была такова. Все как один противники процессуализации ОРД выдвигали в общем вполне разумный аргумент: информация, полученная при проведении оперативно-розыскных мероприятий, может использоваться при доказывании в уголовном процессе только тогда, когда известен источник и способ ее получения. Это необходимо для проверки и оценки достоверности информации и соблюдения гарантии

¹ См.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве: Монография. – Луганск: РИО ЛИВД, 2000. – 95 с.

рованных Конституцией Украины прав и свобод граждан при ее получении. Как можно решить такую задачу? Единственный вариант – прибегнуть к традиционному для уголовного процесса способу фиксации информации – протоколированию (там, где это возможно) процесса ее получения. Никаких Америк, дорога накатана, необходимо лишь учесть специфику оперативно-розыскной деятельности, что непривычно, но не так уж сложно. (Забегая вперед, с удивлением констатирую: многие из тех, кто ложился на рельсы, не допуская в качестве доказательств оперативно-розыскную информацию, процесс получения которой не прозрачен, с тем же темпераментом ополчились на предложение сделать его прозрачным – протоколировать оперативно-розыскные действия).

Результаты исследования были изложены в направленной в Верховную Раду докладной записке, где обосновывалась необходимость внесения дополнений в УПК Украины. Наша инициатива нашла понимание и поддержку. Законом Украины "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Украины" № 2533-III от 21 июня 2001 года в перечень источников доказательств, регламентированный ст. 65 УПК, внесены протоколы с соответствующими приложениями, составленные уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий, а ст. 66 дополнена частью третьей следующего содержания: "В предусмотренных законом случаях лицо, производящее дознание, следователь, прокурор и суд по делам, находящимся в их производстве, вправе поручить подразделени-

ям, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, провести оперативно-розыскные мероприятия или использовать меры для получения фактических данных, которые могут быть доказательствами в уголовном деле".

Формула дополнений, внесенных в Закон "Об оперативно-розыскной деятельности" Законом Украины № 2246-III от 18 января 2001 г., отличается еще большей категоричностью: "Протокол с соответствующими приложениями, составляемый по результатам проведения перечисленных в Законе оперативно-розыскных мероприятий, **подлежит** использованию как источник доказательств в уголовном судопроизводстве".

Однако на этом решительность законодателя исчерпалась. В ст. 103 УПК обязанности органа дознания ограничены принятием необходимых оперативно-розыскных мер в целях обнаружения лишь признаков преступления и лиц, его совершивших. Реально существующая, наряду с указанными, цель получения доказательств их вины, как и отсутствия таковой у лиц, необоснованно заподозренных в совершении преступления, в норме отражения не нашла. Статья 82 УПК уже в новой редакции регламентирует, что источниками доказательств являются только протоколы следственных и судебных действий и другие носители информации об этих действиях. Соответственно в ст. 85 УПК регламентируется порядок фиксации только следственных действий; норма, регламентирующая порядок составления протоколов по результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий, отсутствует. Не

регламентируется также протоколирование звукозаписи, киносъемки, видеозаписи и фотографирования, применение других технических средств при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, в частности путем проникновения в жилище.

Вынуждены признать, что первоначально наши усилия были сосредоточены на обосновании необходимости признания процессуального статуса ОРД и отнесения результатов оперативно-розыскных действий к числу доказательств. Поэтому в монографии не уделено внимание разработке конкретных предложений по внесению соответствующих изменений в нормы действующего УПК. Сделано это было несколько позже¹.

Особо о роли МВД Украины. Законодательная новация прошла мимо внимания соответствующих департаментов. Ни каких-либо директивных указаний, ни методических рекомендаций. Может быть, понадеялись на сообразительность и инициативу практических работников, но на деле, как выяснилось, спустя год после внесения дополнений в УПК, абсолютное большинство оперативных сотрудников, с кем приходилось встречаться (а их около сотни), включая начальников отделов и отделений уголовного розыска и руководителей более высокого ранга, даже не слышали о протоколировании опера-

¹ См.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует завершения. – Луганск, 2002. – 31 с.; См. также: Грошевий Ю.М., Дідоренко Е.О., Розовський Б.Г. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. – 2003. – № 1.

тивно-розыскных действий. Сложилось впечатление, что, в отличие от следователей, некоторые оперативные сотрудники не знают даже, какого цвета обложка Уголовно-процессуального кодекса Украины.

Новация не получила широкого обсуждения, в печати выступили, в основном, ее противники. Авторитетный процессуалист, специалист в области оперативно-розыскной деятельности Н.Е. Шумило заявил: "Трудно согласиться с указанием в ч. 2 ст. 65 УПК на то, что протоколы с соответствующими приложениями, составленные уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий, могут быть отнесены к одному из видов доказательств в уголовном процессе.

Протоколы оперативно-розыскных мероприятий нельзя смешивать с протоколами следственных и судебных действий. Они имеют разную правовую природу. Протоколы следственных и судебных действий формируются в ходе следственного или судебного действия с участием других участников процесса и оформляются в соответствии с подробными требованиями процессуального закона. Протоколы проведения оперативно-розыскных мероприятий составляются субъектами оперативно-розыскной деятельности, которые лишь в общей форме указывают на необходимость отображения результатов этого вида деятельности. Они формируются в режиме, предусмотренном уголовно-процессуальным законом. Понятно, что этот вид оперативно-розыскных документов может использоваться как доказательства в сфере оперативно-

розыскной деятельности, но они не могут и не должны применяться как доказательства в уголовных делах.

Между тем имела место подобная ситуация и в УПК Республики Казахстан. Указом Президента Республики Казахстан от 17 марта 1995 года "О внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Республики Казахстан" ч. 2 ст. 47 УПК была дополнена положением о признании источниками доказательств материалов, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий. По мнению казахских коллег (А. Джусупова и Т. Биятова), фактические данные, полученные в ходе проведения ОРД, не имеют такого процессуального качества, как допустимость. Кроме того, положение ч. 2 ст. 47 УПК вступает в противоречие с другими уголовно-процессуальными нормами. В новом УПК Республики Казахстан в число источников доказательств фактические данные, полученные в результате ОРД, уже не включены.

Изложенное дает основания утверждать, что признание украинским законодательством источником и видом доказательств протоколов оперативно-розыскной деятельности не является научно обоснованным, не согласуется с положениями и принципами действующего УПК¹.

Оставим в стороне ссылки на теперь уже зарубежных ученых. Все они из "одного гнезда", об инертности научных традиций которого я уже гово-

¹ См.: Шумило М.Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні по кримінальних справах // Матеріали конференції. – Х., 2002.

ри. Никто не будет оспаривать тезис о разной правовой природе протоколов следственных и оперативно-розыскных действий. Но и "участие других участников процесса" на досудебном и в судебном следствии различно, тем не менее процессуальная природа протоколов этих действий пока никем не оспаривается. Если ранее протоколы оперативно-розыскных действий не имели регламентации в УПК, то ныне "режим, предусмотренный уголовно-процессуальным законом", есть, и этот довод также отпадает. Но остается вопрос: какова правовая природа, каково содержание доказательств, которые, по мнению автора, могут использоваться в сфере оперативно-розыскной деятельности, но не приемлемы в уголовном процессе? Что они доказывают и кому?

В качестве аргументов вновь выдвигаются основополагающие постулаты теории уголовного процесса без "привязки" их к законодательной новации. Так, Н.Е. Шумило и Н.А. Погорецкий пишут: "Следует отметить, что фактические данные и доказательства могут совпадать после закрепления их в соответствующей процессуальной форме. Но не все фактические данные могут быть доказательствами, так как не все они соответствуют требованиям, которые к ним предъявляются уголовно-процессуальным законом. Фактические данные и доказательства – это результаты одного процесса познания такого явления материального мира, как преступление. Предметы, участники и очевидцы являются носителями его отражения. Однако если познание в широком смысле слова представляет собой получе-

ние каких-нибудь знаний о тех или других предметах и событиях, то доказывание заключается в обосновании установленных положений, в создании условий для познания их другими лицами. Доказывание всегда коммуникативно. Оно обеспечивает переход знаний от одного лица к другому и обращено к третьим лицам, тогда как познание может замыкаться на субъекте познания"¹.

Спрашивается, кто против этого возражает? Это азбука теории доказательств. Но если оспаривать научность и правомерность внесенных дополнений в ч. 2 ст. 65 УПК Украины, то не вообще, а с привлечением конкретных аргументов обоснуйте, чем как источник информации в доказывании отличается протокол оперативно-розыскного действия по проникновению в транспортное средство от протокола осмотра транспортного средства (владелец и пассажир которого погибли) на месте дорожно-транспортного происшествия? В обоих случаях информация фиксируется в протоколе, требования к составлению которого в основном едины. Нет понятий? Разбаловались – этот анахронизм отсутствует во многих странах Запада, на который загляделись, и ничего – судьба уголовного дела там решается.

Протокол как форма фиксации в принципе не должен существенно отличаться в зависимости от того, какие действия – следственные, судебные или оперативно-розыскные – в нем отражаются. Разли-

¹ См.: Шумило М.Є., Погорецький М.А. Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в доказуванні по кримінальних справах: теоретичний та практичний аспекти // Вісник АІВС МВС України. – 2001. – № 3. – С. 201.

чие может определяться лишь участниками процедуры и условиями ее проведения. Поэтому прав Н.А. Погорецкий, который писал: "... исходя из общих требований, которые предъявляются к доказательствам в уголовном процессе, протоколы оперативно-розыскных мероприятий должны отвечать тем же требованиям, что и протоколы следственных действий (ст. 85 УПК Украины), за исключением того, что в ходе оперативно-розыскных мероприятий не принимают участия понятия"¹. Эти требования сводятся к одному: следователь, суд, участники процесса, читая протокол, должны иметь возможность адекватно воспринять события, обстоятельства, факты, которые в этом протоколе отражены. В нем должно быть описано все существенно важное для расследуемого дела, что наблюдало или производило лицо, осуществляющее процессуальное действие, в той же последовательности, как это происходило. Еще раз подчеркну: процессуализация оперативно-розыскных действий, придание протоколам этих действий статуса источников доказательств не означает, как пытаются представить, автоматическое признание содержащейся в них информации бесспорным доказательством. Информация, зафиксированная в протоколе и оперативно-розыскного, и следственного действия, подлежит

¹ См.: Погорецкий М.А. Протоколи оперативно-розшукових заходів – новий вид доказів у кримінальному судочинстві // Теорія та практика застосування чинного кримінально-процесуального законодавства в сучасних умовах: Тези доповідей науково-практичної конференції: У 2-х ч. – Ч. 1. – К., 2002. – С. 171.

оценке на общих основаниях в совокупности с другими доказательствами.

Неприятие предложений процессуализировать протоколы оперативно-розыскной деятельности объяснимо. Новация действительно революционна, нужно время, нужна практика, чтобы дать ей окончательную оценку. Есть и теоретические проблемы, требующие решения. В этом плане конструктивные критические замечания дают полезную пищу для размышлений. К сожалению, такого рода работы тонут в "шуме", статьях, построенных на эмоциях, беззастенчивой эксплуатации лозунгов прав и свобод граждан и весьма слабой компетентности в анализируемой проблеме.

Чего стоит такой опус: "Подобно древней шахматной игре, оперативная деятельность не исчерпывается двумя, пятью, ста и более вариантами по сбору доказательственной информации. Перманентная импровизация, творчество, поиск, конфиденциальность, заложенные в ее основу, по определению не могут быть помещены в прокрустово ложе регламентированных УПК двух-трех, пусть даже десяти, доказательств, добытых оперативным путем. Если следственную деятельность, образно говоря, можно уподобить реке с двумя берегами, то оперативная работа – это безграничный океан вариантов и возможностей. В этой связи любая регламентация оперативной деятельности посредством процессуального инструментария исключает введение в уголовный процесс всех других доказательств, добытых оперативным путем, но не попавших в исчерпывающий перечень доказательств, предусмотренных

жестким уголовно-процессуальным законом, носящим уставной характер. Перечислить же все способы получения данных в результате оперативно-розыскной деятельности и регламентировать их в УПК в качестве источника доказательств невозможно"¹.

Плавание по безграничному океану без руля и ветрила может вызвать морскую болезнь. Поэтому лучше запастись компасом. Если бы М.И. Черткин взял любой учебник по оперативно-розыскной деятельности, то легко убедился бы, что перечень применяемых оперативно-розыскных мероприятий для сбора и фиксации доказательств не столь безбрежен, их можно пересчитать по пальцам. В российском законодательстве, к которому цитируемый автор имеет шнурок, о безграничности вообще речи быть не может: Закон РФ "Об оперативно-розыскной деятельности" содержит фиксированный перечень оперативно-розыскных мероприятий и не допускает их расширения.

Я против жесткой фиксации перечня следственных и оперативно-розыскных действий, но это не означает, что надо отказаться от процессуальной регламентации допроса, обыска, осмотра, других уже известных следственных и в равной мере – оперативно-розыскных действий. Напротив, по мере возникновения новых и их апробации целесообразно своевременное придание им процессуального статуса. Пока же и следственных, и оперативно-

¹ Черткин М.И. Данные оперативно-розыскной деятельности – фундамент доказательства или его подмена? // Вісник ЛАВС МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2004. – № 2. – С. 206.

розыскных действий не так много. Поэтому, замахнувшись на плавание по океану вариантов и возможностей ОРД, приходится ограничиться размерами средней лужи.

Безапелляционность изложения заменяет отсутствие доводов и в главном вопросе – допустимости использования протоколов оперативно-розыскных действий в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве. "Эта новелла, включившая в перечень доказательств результаты оперативно-розыскных мероприятий, удостоверенных протоколами с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами, вызывает обоснованное недоумение. Прежде всего потому, что не содержит всех обязательных признаков доказательства, в том числе по источнику и порядку получения¹. Весьма уместно здесь будет напомнить о том, что информация лиц, сотрудничающих с должностными лицами оперативных подразделений, как правило, является конфиденциальной. Поэтому использование результатов ОРД в качестве доказательства без ссылки на источник осведомленности вряд ли может считаться допустимым.

Не совсем корректной с правовой точки зрения выглядит и попытка усиления доказательственного значения данных результатов ОРД за счет удостоверения их протоколами, составленными уполномоченными органами. Она весьма напоминает знаменитую посылку У. Черчилля, полагавшего, что в случае слабости тезиса необходимо усиливать голос. И

¹ См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ. – С. 231-237.

в самом деле, стыдливый юридический фиговый листочек в виде пресловутых протоколов не может скрыть наготы такого рода доказательства – отсутствия его источника, равно как и процессуальной регламентации составления этих документов. Налицо также и очевидное противоречие между ч. 2 ст. 65 УПК Украины и рядом статей того же кодекса (68, 72), запрещающих использовать такие доказательства, как показания, без указания их источника. Тем самым допросы оперативных сотрудников, составляющих протоколы на основании конфиденциальной информации, исключены, что напрочь лишает эти документы содержательной смысловой нагрузки. В результате не достигнута и желаемая цель – расширение доказательственной базы путем включения в перечень доказательств результатов ОРД. Более того, возможности оперативных служб в части добывания доказательств, по существу, блокированы, так как действующий УПК Украины ни в одной из норм не дает определения понятия данных результатов ОРД и не конкретизирует порядок их введения в процесс.

Попытка законодательного штурма классических доказательственных канонов априори была обречена на неудачу. Объяснить это можно откровенной неподготовленностью введенной нормы, ее заведомой самоизоляция от концепции уголовно-процессуального законодательства Украины¹.

¹ Чверткин М.И. Данные оперативно-розыскной деятельности – фундамент доказательства или его подмена? // Вісник ЛАВС МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2004. – № 2. – С. 203-204.

Наверное, прежде всего следует подчеркнуть, что оперативно-розыскная деятельность не сводится только к получению информации от "лиц, сотрудничающих с должностными лицами оперативных подразделений". Более того, о протоколировании в процессуальной форме информации конфиденентов никто никогда вопроса не ставил – они основной "капитал" ОРД, их расшифровка возможна только в силу исключительных обстоятельств. Вся тактика ОРД построена на выведении этих лиц из операции, с тем чтобы не допустить их "засветки".

Попутно отмечу: сказанное не дает оснований для утверждения о недопустимости допроса оперативных сотрудников по поводу полученной негласной информации. Опять-таки, прежде чем вступать в дискуссию, М.И. Чверткину не мешало бы полистать учебники и другую отнюдь не секретную литературу¹, работы мэтра Н.Е. Шумило, начинающего исследователя В. Шендрика и, естественно, зарубежное законодательство как таковое. Тогда не было бы необходимости прятать за фиговым листочком собственную некомпетентность, ибо выступление сотрудников полиции в судах США, ФРГ, Австрии и других стран является обыкновенной практикой. Они могут выступать свидетелями по вопросам гласной и негласной видеосъемки, фотосъемки, звукозаписи. Сотрудники полиции рассматривают

¹ См.: Михеенко М.М., Шибико В.П. Уголовно-процессуальное право Великобритании, США, Франции. – К., 1988; Гееснер Р., Херцог У. За фасадом права. Методы новой тайной полиции. – М., 1990; Гуценко К.Ф., Головки А.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2001.

свидетельствование в судах как составляющую своего служебного долга. Суды в свою очередь считают их показания "авторитетными доказательствами". Кстати, на Западе существует процессуально регламентированная процедура допроса в суде офицера полиции, сообщающего информацию, полученную от негласного сотрудника. Например, в судах Баварии (ФРГ), если необходимо использовать показания внедренного в преступную группу разведчика, суд допрашивает одного из его старших начальников, который свои свидетельства начинает приблизительно так: "Внедренный в преступную группу наш сотрудник сообщает следующее...". (При этом не излагаются данные, ведущие к расшифровке сотрудника. Таким образом полицейские дают показания относительно тех данных, в рассекречивании которых не заинтересованы. Верховный Суд признает такие показания доказательствами). Я от рассмотрения данной процедуры сознательно уйду – нужно время, пока мы достигнем соответствующего уровня доверия к такой практике.

Однако, повторяю, *ни я как один из авторов предложения о дополнении ст. 65 УПК протоколами оперативно-розыскных действий в качестве источников доказательств, ни поддержавшие нас другие ученые и практики не ставили вопрос о процессуализации информации, полученной от конфидентов.*

М.И. Четверткин, будучи зашорен неприятием оперативно-розыскной деятельности, в упор не видит, что обсуждаемая им проблема намного шире и по аналогии напрямую затрагивает интересы субъектов, процессуальный статус которых никем не ос-

паривается. Речь идет о защите свидетелей и потерпевших по делам о преступлениях, совершенных организованными преступными группами. Сегодня – это проблема из проблем. Ситуация, когда свидетели физически не доживают до суда – уже обыденность. Многие исчезают в неизвестном направлении, а оставшиеся полностью меняют показания.

В Украине данная проблема соответствующие научные подразделения не заинтересовала. Видимо, смирились. А в Российской Федерации, где свидетелями преступления ежегодно выступают около 10 млн. человек и около 2,5 млн. в ходе процесса меняют свои показания, ее активно изучают. По данным ВНИИ МВД России, 60% жертв преступлений не обращаются в правоохранительные органы. Примерно в 10–20% случаев расследования и рассмотрения уголовных дел по тяжким и особо тяжким преступлениям на потерпевших, свидетелей и других участников уголовного судопроизводства оказывается противоправное воздействие – угрожают убийством, причинением телесных повреждений, повреждением или уничтожением имущества в отношении самих указанных лиц или их близких. Следствием этого является отказ от данных ранее показаний или дача заведомо ложных показаний в пользу подозреваемых или обвиняемых.

Выборочный сбор информации по 30 субъектам Российской Федерации выявил около 1800 случаев оказания противоправного воздействия на участников уголовного процесса. Более 2% связаны с реальными насильственными действиями. В среднем в год по Российской Федерации противоправному

воздействию такого рода подвергается от 150 тыс. до 300 тыс. человек¹.

Как в России, так и в Украине констатация приведенной ужасающей статистики не завершается разработкой достаточно эффективных мер по защите свидетелей. Все вновь упирается в необходимость свято соблюдать демократические принципы правосудия, один из которых предусматривает обязательность допроса свидетеля в суде. Но во многих случаях не только допрос, а само появление в суде может стоить свидетелю жизни. Требовать же героизма от каждого свидетеля вряд ли гуманно, даже во имя святости правосудия. Не найдешь слов для оправдания порядка, когда свидетель выполняет свой долг перед государством, а государство, предлагая меры по его физической защите, требует полной их оплаты. Очевидна необходимость хотя бы выборочного оборудования судов техникой для дистанционного допроса свидетелей с микшированием внешности и голоса. Требует совершенствования тактика допроса свидетелей под псевдонимом. Возможно, стоит позаимствовать опыт некоторых государств, где конфидента допрашивает вне судебного процесса специально выделенный для этих целей незаинтересованный судья, а протокол допроса передается для оглашения в судебном заседании без сведений о личности допрошенного. Почему бы не использовать данный метод для допроса свидетелей, которым угрожает опасность?

¹ См.: Примаченко А. Свидетель без защиты // Зеркало недели. – 2004. – № 40-41 (515-516). – С. 7.

Таким образом, речь идет не о штурме классических доказательственных канонов, как полагает М.И. Чверткин, а, напротив, о необходимости их укрепления, придания им устойчивости и работоспособности в получивших распространение новых жизненных ситуациях.

А вот такое утверждение не знаю как и прокомментировать: "Ожидания оперативных служб, касающиеся облегченной процессуальной легализации данных, добытых оперативным путем, также не оправдались. Можно констатировать даже шаг назад по сравнению с предыдущей редакцией ст. 65 УПК Украины. Хотя она и не содержала упоминаний об оперативно-розыскной деятельности в качестве одного из источников доказательств, но де-факто эффективно позволяла легализовать любые результаты ОРД в уголовный процесс в строгом соответствии с требованиями УПК. Другое дело, что при этом ОРД оставалась в УПК фигурой умолчания, что противоречило принципу законности"¹. Придать процессуальный характер доказательствам, полученным при проведении оперативно-розыскных мероприятий, нельзя, а вводить их в уголовный процесс в обход закона, нарушая принцип законности, можно. Чего не напишешь, когда догма ставится выше логики, вне реалий действительности.

К сожалению, наряду с любителями-легковесами, противниками процессуализации основных

¹ Чверткин М.И. Данные оперативно-розыскной деятельности – фундамент доказательства или его подмена? // Вісник ЛАВС МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2004. – № 2. – С. 204.

оперативно-розыскных мероприятий выступают и квалифицированные специалисты, часть которых по идеалистичности занимаемой позиции я бы назвал "небожителями" в уголовном процессе. Один из них Н. Сирый, например, заявляет: "Если правоохранительные органы осуществляют мероприятия по "выявлению взрывчатки" у студентов, которые открыто заявляют о своей принципиальной гражданской позиции на выборах, то в каждом таком случае общество должно быть поставлено в известность о том, из каких конкретно источников и каким образом получена информация о вероятном наличии этой взрывчатки"¹. Я разделяю политическую озабоченность автора. Согласен, что в оценке деяний студенческой молодежи с ее традиционными революционными порывами нужен взвешенный подход. Однако политика не должна подменять науку, влиять на объективность научных рекомендаций. Думаю, даже не посвященному в тонкости оперативно-розыскной деятельности вполне очевидно, к чему приведет реализация таких требований.

Тем не менее, придание процессуального статуса отдельным оперативно-розыскным действиям реально требует теоретического переосмысления некоторых процессуальных канонов. Так, в соответствии со ст. 183 УПК Украины следовательно, огласив постановление о производстве обыска, предлагает лицу, занимающему помещение, добровольно выдать искомые предметы. Но как быть, если, по оператив-

¹ Цит. по: Примаченко А. Уголовный процесс предвыборного периода // Зеркало недели. – 2004. – № 43 (518). – С. 6.

ным данным, в обыскиваемом помещении хранится взрывчатка, а следователь в целях прикрытия, согласно постановлению, якобы разыскивает пропавшие у соседа комнатные тапочки, которые дороги тому как память? И что делать, если обыскиваемый добровольно выдает разыскиваемые тапочки? В комментариях и учебниках утверждается, что добровольная выдача искомого не является препятствием для продолжения обыска. Однако это в комментариях, а где об этом сказано в УПК? "Небожители" ссылаются на западный опыт, где в случае, когда обыск производился в целях обнаружения орудия убийства, а нашли похищенные вещи по другому уголовному делу, возникает проблема с признанием их доказательствами. В этом плане Запад, а не только Восток, тоже дело тонкое. Но где тонко – там и рвется. Поэтому и возникает периодически потребность в штотке законодательства, чему пример принятие в США Акта патриота.

Когда-то славян упрекали в квасном патриотизме. В наши дни его давно уже практически вытеснил патриотизм кока-коловый. Но не пора ли во главу угла современного уголовного процесса и на Западе, и на Востоке поставить патриотизм цивилизованного человека, живущего в цивилизованном обществе, где права и демократические свободы не затмевают объективную необходимость применения эффективных мер борьбы с преступностью, а находятся в разумном сочетании?

Может, не стоило бы обращать внимание на подобные работы ввиду их явной несостоятельности, но, во-первых, такого рода стиль изложения и мето-

ды обоснования типичны для авторов, натягивающих на себя тогу правозащитников, а во-вторых, ныне в дискуссиях о допустимости процессуализации части оперативно-розыскных мероприятий логические доводы стали подменять арифметикой: подсчитывают (как при демонстрациях и пикетировании), сколько авторов "за" и сколько "против". Поэтому и приходится отвлекаться на разбор позиций "попутчиков", для которых ОРД явно вне сферы их научных интересов и познаний.

В придании процессуального статуса оперативно-розыскным действиям прецедент уже есть – это ст. 187 УПК Украины "Наложение ареста на корреспонденцию и снятие информации с каналов связи". Несмотря на то, что эти действия регламентированы УПК, их оперативно-розыскной характер сомнению не подлежит. Достаточно указать, что наложение ареста на корреспонденцию и снятие информации с каналов связи согласно УПК может осуществляться до возбуждения уголовного дела, и, естественно, в таком случае субъектом этих действий является не следователь, а только оперативный сотрудник. В ст. 187¹ УПК определен порядок их протоколирования. Поэтому говорить о принципиальной недопустимости использования в качестве процессуальных источников доказательства протоколов оперативно-розыскных действий просто алогично.

Как говорил когда-то М.С. Горбачев, "процесс пошел". В находящийся на рассмотрении в Верховной Раде Проект УПК Украины включена статья 217 "Контроль за получением взятки, осуществлением

вымогательства, незаконной торговлей оружием и предметами, изъятыми из оборота, наркотическими средствами и прекурсорами, контрольная закупка товаров и продуктов или получение платной услуги:

1. Орган дознания при предварительной проверке заявления, информации или другого сообщения о совершении конкретным лицом преступления или подготовке к его совершению с целью предотвращения негативных последствий для государства и общества в порядке, предусмотренном этим Кодексом с другими законами Украины, вправе осуществлять по согласованию с прокурором оперативно-розыскные мероприятия по контролю за получением взятки, осуществлением вымогательства, незаконной торговлей оружием и предметами, изъятыми из оборота, наркотическими средствами и прекурсорами.

2. О результатах предусмотренных в части первой этой статьи мероприятий **в соответствии со статьями 104 и 105 этого Кодекса составляется протокол**, который приобщается к материалам проверки". (В указанных статьях регламентируется порядок составления протоколов следственных действий. – Б.Р.)

Впрочем, противников процессуализации ОРД наличие в действующем УПК ст.ст. 187, 187¹ и ст. 217 в Проекте УПК не останавливает. Одни ограничиваются общим утверждением: законодатель-де сделал грубую ошибку, регламентировав в Кодексе то, что регламентации не подлежит никогда. Другие пытаются ниспровергнуть норму ссылкой на практику. Например, Н.А. Погорельский считает неприме-

нимыми требования, предъявляемые к процессуальному протоколу оперативно-розыскного действия в части снятия информации с каналов связи: "Такие оперативно-розыскные мероприятия осуществляются не оперативным сотрудником, в производстве которого находится оперативно-розыскное дело, а по его заданию оперативно-техническим подразделением. Срок проведения этих мероприятий может совпадать со сроком ведения оперативно-розыскного дела – 6-18 месяцев (ст. 9-1 закона об ОРД). За такой период к проведению оперативно-розыскных мероприятий могут привлекаться десятки сотрудников оперативно-розыскного подразделения, выполняющих чисто технические функции (скажем, фиксацию разговоров на магнитных носителях и перенесение их в оперативно-розыскной документ – сводку). Сводка и магнитные носители передаются оперативному сотруднику, в производстве которого находится оперативно-розыскное дело, для анализа и принятия соответствующих решений. По своему функциональному назначению, режиму работы, профессиональной подготовке и с учетом принципов оперативно-розыскной деятельности сотрудники оперативно-технического подразделения не ознакомлены с материалами оперативно-розыскного дела, а имеют отношение лишь к фрагментарным разговорам объектов оперативно-розыскных дел. Кроме того, эта категория оперативных сотрудников отнесена к негласному составу, поэтому возложить на них обязанность составлять

протокол оперативно-розыскного мероприятия объективно невозможно"¹.

Признавая оперативно-розыскной характер этого действия, отметим, что его протоколирование действительно обладает спецификой, но не в такой мере, чтобы, как полагает Н.А. Погорецкий, составление процессуального документа стало вообще невозможным. Как и любое другое оперативно-розыскное мероприятие, снятие информации с каналов связи организует конкретный оперативный сотрудник или группа сотрудников, возглавляемая опять-таки конкретным руководителем. Именно это лицо составляет регламентированный УПК протокол. Специалисты его подписывают как участники оперативно-розыскного мероприятия. Естественно, специалисты не должны удостоверять содержание зафиксированных переговоров, если это не входило в их обязанности, но они обязаны подтвердить, с каких каналов снималась информация, с использованием каких средств, в какое время. Не может служить аргументом большое количество лиц, участвующих в реализации мероприятия (в том числе под псевдонимом). Напротив, если не будет четко зафиксировано кто, когда и что конкретно делал, протокол неизбежно утратит доказательственную силу из-за невозможности его проверки.

Необходимость в такой формуле уже возникла в судебной практике. Так, в ходе расследования дела

¹ См.: Погорецкий М. Докази у кримінальному процесі: Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання доказів // Вісник прокуратури. – 2003. – № 2. – С. 61-62.

по обвинению С. по ст. 149 УК Украины адвокат заявил ходатайство о выяснении времени двух записей с помощью технических средств переговоров С. с потерпевшей – до или после получения разрешения председателя апелляционного суда на проведение оперативно-розыскного мероприятия, ибо в этой части потерпевшая давала противоречивые показания¹.

В принципе использование материалов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу нуждается, наряду с регламентацией в УПК, в разработке соответствующих инструкций Генеральной прокуратурой, МВД, СБУ Украины, другими ведомствами. Необходимы также научно-практические пособия для следователей и оперативных работников. Решение некоторых вопросов требует пересмотра действующих приказов, других нормативных актов. Например, нельзя считать нормальным, когда к уголовному делу не приобщается, в силу его закрытости, разрешение председателя областного апелляционного суда на проведение оперативно-розыскного мероприятия. Пока данное мероприятие готовится и осуществляется, закрытость разрешения понятна. Но когда к делу, рассматриваемому в открытом судебном заседании, приобщаются результаты оперативно-розыскных действий, эти материалы и решение председателя апелляционного суда, как правило, должны становиться открытыми. В противном случае участники процесса не могут проверить, были ли соблюдены

¹ Архив суда Жовтневого района г. Луганска, 2003.

при осуществлении ОРД гарантии прав и свобод заинтересованных граждан.

Противники процессуализации доказательств, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, заявляют: мы в принципе не против того, чтобы такая информация имела статус доказательств, но только при условии введения ее в процесс средствами, регламентированными УПК. Задаю вопрос: как конкретно? Отвечают: ну, например, путем допроса оперативного работника. Допустим, хотя таким путем мы через месяц-два можем ликвидировать оперативно-розыскные подразделения – расшифруем всех сотрудников. Но главное в другом. По действующему УПК источником доказательств является протокол оперативно-розыскного мероприятия с соответствующими приложениями. Во многих случаях такое мероприятие проводит один оперативный сотрудник, он же оформляет протоколом процесс его проведения и достигнутый результат. По рекомендациям противников процессуализации ОРД пойдем на допрос оперативного сотрудника. Он что, при допросе скажет иное, чем написал в протоколе?

Рассуждения догматически настроенных процессуалистов весьма напоминают популярную, несколько перефразированную юмористическую сценку:

Сидит теоретик, задумался...

- Коллега, о чем думаешь?

- А вот думаю, зачем в слове "доказательство" буква "Р"?

- Но там же нет буквы "Р"!

- А если вставить?

- А зачем?

- Вот и я думаю – зачем? Но все же вставляю!

Так и появляются "доказательства" в виде допроса оперативного сотрудника по содержанию составленного им протокола оперативно-розыскного мероприятия. Хочу только понять: почему не ставится вопрос о допросе следователя при каждом оспаривании в суде обвиняемым или свидетелем показаний, данных на досудебном следствии? К этой чрезвычайной мере прибегают лишь тогда, когда есть объективные основания полагать, что протокол допроса составлен с нарушениями, не отражает действительности. А противники процессуализации требуют допрашивать оперативного сотрудника, даже если содержание составленного им протокола никем не оспаривается. Его, видите ли, иначе нельзя ввести в процесс. Мистика какая-то: протокол есть, но его нет.

Требования усложняют: надо допрашивать свидетелей. Конечно, можно было бы допросить свидетелей, если к проведению оперативно-розыскного мероприятия привлечь табун граждан. Но тогда это будет не оперативно-розыскное мероприятие, а что-то другое. И очередной вопрос: если мы не доверяем оперативному сотруднику, считаем его заведомым фальсификатором доказательств, то где гарантия, что в этом качестве он не сумеет "найти" нужное количество "нужных" свидетелей?

Помню свое первое уголовное дело, расследованное, точнее – доследованное, после вступления на должность старшего следователя облпрокуратуры. (Оно до этого было в производстве двух следователей прокуратуры города Лисичанска). Кочегар С. дважды приговаривался областным судом к

высшей мере наказания за убийство своего напарника. И дважды Верховный Суд УССР отменял приговор, возвращая дело на доследование. Мне с безнадёжностью поручили выполнить определение Верховного Суда и прекратить дело. С. обвинялся в том, что убил напарника ударом тяжелого предмета с острыми равноудалёнными гранями, предположительно шестерней. Вывод следствия основывался на заключении судмедэксперта именно о таком механизме причинения смертельных повреждений. На первых допросах в этом признавался и С. Не буду останавливаться на подробностях проведенного мною расследования¹. Итогом был приговор, которым С. признали виновным в убийстве напарника выстрелом из охотничьего ружья. В основе нового обвинения лежало заключение повторной судебно-медицинской экспертизы, сделанное после эксгумации трупа и обнаружения в мягких тканях тела дроби. Приговор оставлен в силе.

Пример я привел с единственной целью: в принятом мною к производству деле в числе других доказательств имелись показания двух свидетелей – сокамерников С., которые утверждали, что С. рассказывал им об убийстве напарника тяжелой шестерней.

Если уж не доверяешь продавцу, наивно требовать доверия к его товару. Тогда давайте прямо скажем, что информация, полученная при проведе-

¹ Расследование описано в "Следственной практике". (М.: Юридическая литература, 1981. – Вып. 48. – С. 62-70). Само дело за № 100/1-61сл поныне находится в архиве Луганского апелляционного суда.

нии оперативно-розыскных действий, никогда и ни в каком виде не может быть доказательством. Не верим ей, и все. И незачем морочить голову себе и другим поиском способов введения ее в уголовный процесс и проверки процессуальным путем. По этой логике вообще можно говорить об исключении ОРД из числа средств раскрытия преступлений.

Но у меня еще один вопрос: почему ни один самый заядлый скептик не требует введения в уголовный процесс выводов эксперта через его допрос? Например, судебно-медицинский эксперт производит вскрытие трупа один. После исследования раневого канала, оставленного ножом, другому эксперту там делать нечего – канала больше нет, ни глубину, ни ширину повторно не измеришь. Эксперты, как видно из приведенного примера, ошибаются, сейчас немало случаев дачи заведомо ложных заключений. Тоже будем требовать обязательного допроса эксперта для придания заключению процессуальной силы? Или, может, остановимся на единстве принципа оценки доказательств в их совокупности в отношении как заключения эксперта, так и протокола оперативно-розыскного мероприятия, и будем ставить вопрос о допросе исполнителей только при наличии существенных противоречий?

Аналогия с экспертом наталкивает на одну мысль: возможно, с учетом специфики оперативно-розыскной деятельности стоит ввести дополнительную гарантию, регламентировав обязательность подписки оперативного сотрудника с предупреждением об ответственности за диффамацию – внесение в протокол заведомо ложной информации, и ус-

тановить реальную уголовную ответственность за такие действия. Не панацея, но лучше, чем ничего.

Ряд критических замечаний действительно обоснованны. Н.Е. Шумило справедливо обращает внимание на вполне очевидный факт: доказательства в уголовном процессе могут поступать лишь от лиц, которые занимают соответствующее процессуальное положение, не только наделены правами, но и несут ответственность за законность и объективность предоставляемой информации. Если А. Райкин пытался добиться: "Кто шил костюм?", а ему указывали на портных, кроивших рукав или пришивавших пуговицу, то здесь ситуация с точностью до наоборот. По УПК оперативно-розыскные мероприятия проводятся органом дознания, а это – черный ящик, конкретных исполнителей в материалах уголовного дела не найдешь.

Проблема? Безусловно. Однако ее решение сводится только к запрету использовать доказательства, полученные оперативными сотрудниками, не имеющими процессуального статуса? Это что – непреодолимое препятствие? Почему нельзя такой статус регламентировать в УПК? Можно и нужно! Аргументация была приведена в материалах научного доклада "Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует завершения".

Предложения сводились к необходимости зафиксировать в УПК перечень органов (подразделений), которым законом предоставлено право осуществлять оперативно-розыскную деятельность; определить статус оперативного сотрудника как долж-

ностного лица органа дознания, уполномоченного в порядке, регламентированном Кодексом, производить оперативно-розыскные действия для предупреждения, выявления и раскрытия преступления, установления лиц, его совершивших, поиска и фиксации доказательств по делу, пресечения противодействия осуществлению правосудия.

Предлагалось дополнить УПК Украины статьей 85³.

Протоколы процессуальных оперативно-розыскных действий

В протоколе оперативно-розыскного действия по установлению фактов, событий и обстоятельств, которые являются доказательствами по уголовному делу, фиксируются:

место и время его проведения;

лица, осуществлявшие проведение и участвовавшие в нем;

применявшиеся технические и иные средства;

лица (если таковые установлены), которые в силу запланированных или непредвиденных обстоятельств могли стать свидетелями событий и обстоятельств, отслеживаемых путем проведения оперативно-розыскного действия.

В протоколе описывается все существенное для расследования, что было обнаружено, в той последовательности, в которой это происходило, и в том же виде, в каком наблюдалось во время производства оперативно-розыскного действия.

Протокол оперативно-розыскного действия подписывается всеми непосредственно участвовавшими в его проведении. Им предоставляется право

вносить в него засвидетельствованные подписями дополнения и изменения.

С санкции руководителя, ответственного за организацию проведения оперативно-розыскного действия, его участники в протоколе могут выступать под псевдонимом.

Статью 127 УПК дополнить частью шестой: В соответствии с постановлением о производстве процессуальных оперативно-розыскных действий, они могут осуществляться без привлечения понятых. Производство оперативно-розыскного действия без участия понятых отражается в протоколе.

Разработаны предложения по дополнению действующего УПК Украины нормами, регламентирующими порядок производства и протоколирования основных оперативно-розыскных действий¹.

Наверное, стоит отметить, что в расплывчатости столь долго делящейся дискуссии определенную роль сыграла и нетрадиционность определения оперативно-розыскной деятельности в ст. 2 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" как системы гласных и негласных поисковых, разведывательных и контрразведывательных мер, осуществляемых с использованием оперативных и оперативно-технических средств для выявления, раскрытия, пресечения и предупреждения преступлений. Такого подхода к определению оперативно-розыск-

¹ См.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует завершения. – Луганск, 2002. – 31 с.; См. также: Грошевий Ю.М., Дідоренко Е.О., Розовський Б.Г. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. – 2003. – № 1.

ной деятельности придерживался Д.В. Гребельский, считавший, что оперативно-розыскная деятельность представляет собой основанную на нормативных актах систему поисковых (разведывательных) мероприятий, осуществляемых преимущественно негласными средствами и методами в целях предотвращения и раскрытия преступлений, а также розыска скрывшихся преступников. Аналогичную позицию занимали В.И. Елинский, В.А. Лукашов и другие авторы¹.

В.С. Зеленецкий и И.Н. Козьяков обоснованно заявили, что такая трактовка не соответствует традиционной дефиниции деятельности, понимаемой как применение своего труда к чему-нибудь (работа, занятие, активность, действие, в том числе действие людей в какой-нибудь отрасли²) или специфическая человеческая форма отношений к окружающему миру, содержание которой составляет его целесообразное изменение и преобразование в интересах людей³. Однако попытка авторов объяснить несоответствие

¹ См.: Гребельский Д.В. Правовая основа ОРД советской милиции // Социалистическая законность. – 1974. – № 3. – С. 57; Лукашов В.А. Предмет, содержание и метод оперативно-розыскной деятельности: Лекция 4. – М.: Академия МВД СССР, 1974; Елинский В.И. Основы методологии теории оперативно-розыскной деятельности. – М.: Изд-во Шумилова М.И., 2001. – С. 75.

² См.: Новый тлумачний словник української мови (у чотирьох томах) / Укл. проф. В.В. Яременко. – К.: Аконті, 1999. – Т. 1. – С. 774.

³ См.: Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. – 2-е изд. – М.: Советская энциклопедия, 1993. – 1600 с.; Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. чл.-кор. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 19-е изд. – М.: Русский язык, 1987. – С. 133.

тем, "что на фоне функционального многообразия эта деятельность рассматривается не общим образом, а с точки зрения ее тактического аспекта"¹, малоубедительна. Можно полагать, что приведенные определения оперативно-розыскной деятельности явились продуктом ее секретности, из-за чего в порядке некоторой уступки гласности законодатель допустил перечисление основных из приемлемых оперативно-розыскных мер, но ушел от регламентации порядка их реализации, то есть собственно оперативно-розыскной *деятельности*. В таком определении эта деятельность выглядит бессубъектной, что нашло отражение в нормах глав 9 и 10 УПК Украины, регламентирующих деятельность **органа** дознания, а не конкретных исполнителей – оперативных сотрудников. Тем самым нарушены принципы юридической идентификации оперативно-розыскной деятельности как специализированной деятельности субъектов особых подразделений соответствующих государственных органов².

Результаты такой половинчатости и породили полемику в решении основополагающих вопросов о месте оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе, возможности использования протоколов оперативно-розыскных действий в качестве процессуальных источников доказательств, процессуальном статусе самих субъектов этой деятельности и т.д.

¹ Зеленецкий В.С., Козьяков И.Н. Ведомственный контроль и прокурорский надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности. – Х.: НУЦИА "КримАрт", 2003. – С. 17.

² См.: Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов, 1989. – С. 23-35.

Оперативно-розыскная деятельность в части следующих целей и задач: установления событий и обстоятельств преступления, лиц, виновных в его совершении, выявления и фиксации доказательств, бесспорно, является одной из составляющих уголовного судопроизводства, подчинена единому алгоритму, и потому регламентация ОРД должна осуществляться не по особым завуалированным канонам, а в соответствии с формулой ст. 1 УПК Украины, определяющей **порядок** производства по уголовным делам. Есть все основания утверждать, что при таком решении этой задачи автоматически будут ликвидированы те поводы и основания, которые сегодня используются в дискуссии противниками процессуализации ОРД. Отсутствие даже проектов норм, регламентирующих порядок проведения оперативно-розыскных действий, делает спор об их процессуализации беспредметным. Столь же беспредметна, по существу, и дискуссия о допустимости в уголовном судопроизводстве тех или иных розыскных мероприятий, если процессуально не регламентируется, где, когда и как осуществляется их проведение. Отсюда и полемика о методах и формах прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью. Между тем общий принцип прокурорского надзора за законностью любой деятельности состоит в том, что его объектом является соответствие конкретной работы конкретных субъектов и ее результатов требованиям закона¹.

¹ См.: Грошевий Ю.М., Пишньов Д.І. Теоретичні проблеми співвідношення прокурорського нагляду й відомчого (позавідомчого) контролю в системі АПК: Навчальний посібник. – К.: НКВНО, 1992. – С. 19-20.

Можно и дальше жонглировать теоретическими доводами "за" или "против" процессуализации тех или иных оперативно-розыскных мероприятий, но вполне очевидно: отсутствие их регламентации в УПК лишает суд и участников процесса возможности в полной мере оценить происхождение многих имеющихся в деле доказательств. Между тем в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий могут быть произведены существенные изменения в обстановке места происшествия, состоянии предметов, имеющих доказательственное значение.

Научный сотрудник НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации В. Рыбкин в качестве позитивной рекомендации приводит пример использования оперативного эксперимента для выяснения вопроса, имело ли место убийство.

"В результате осмотра квартиры, в которой обнаружили труп проживающего в ней одинокого пенсионера, была зафиксирована обстановка, свидетельствующая о самоубийстве. Все вещи находились на своих местах, признаков похищения денег или других ценностей не обнаружено. Труп находился на кровати. Смерть наступила от огнестрельного поражения в голову выстрелом с близкого расстояния. Револьвер лежал на полу рядом с кроватью; как выяснилось, это было наградное оружие, принадлежавшее погибшему. Входная дверь без каких-либо следов взлома находилась в запертом изнутри состоянии. Окна и балконная дверь также оказались закрытыми на шпингалеты изнутри. Правда, верхний шпингалет, закрывающийся снизу

вверх, был в опущенном состоянии, зато нижний держал дверь закрытой. Тем не менее, возникла версия: нельзя ли закрыть балконную дверь снаружи со стороны балкона так, чтобы шпингалет опустился в гнездо? Произведенным несложным экспериментом такая возможность подтвердилась: в определенных условиях шпингалет при захлопывании двери сам собой опускался.

С учетом результатов экспертизы возбудили уголовное дело. В процессе расследования было установлено, что имелись люди, крайне заинтересованные в скорейшей смерти одинокого пенсионера. Один из них, неоднократно посещавший старика, тщательно изучил обстановку в квартире. Однажды ночью он выстрелом в упор убил хозяина, аккуратно обшарил места, где могли быть ценные вещи, затем вышел на балкон, захлопнул с первого же раза дверь и благополучно спрыгнул со второго этажа на землю¹.

В. Рыбкин утверждает: "Необходимость проведения оперативного эксперимента вместо следственного вызывается тем, что иногда по обстоятельствам события пока нет оснований для возбуждения уголовного дела либо само возбуждение зависит от результатов эксперимента. При этом важно подчеркнуть: оперативный эксперимент не влияет на правомерность проведения эксперимента следственного, если при исполнении последнего соблюдались те же условия. При противоречивости резуль-

¹ Рыбкин В. Практика уголовного сыска. Приемы и методы // Практика уголовного сыска: Научно-практический сборник / Под науч. ред. А.И. Алексеева. - М.: Лига Разум, 1999. - С. 75.

татов, конечно, принимаются во внимание лишь результаты следственного эксперимента"¹.

Как уже указывалось, в принципе недопустимо ставить под угрозу объективность выяснения обстоятельств события из-за боязни неосновательно возбудить уголовное дело. В приведенном примере в действиях оперативных работников такая угроза существовала реально. Нельзя исключить возможность опускания шпингалета до того, как балконная дверь закроется, в результате чего на раме появятся следы, которых там ранее не было, или сломается гнездо, или выпадут крепящие шпингалет шурупы и т.д. В итоге при повторном эксперименте шпингалет вполне мог не запирает дверь, что привело бы к ошибочному выводу о характере расследуемого деяния. Неясно, как в таком случае следовать совету автора при противоречивости результатов оперативного и следственного экспериментов приоритет отдавать последнему, если в отличие от следственного оперативный эксперимент не протоколируется.

Есть и сугубо прагматический аспект проблемы. Как ни парадоксально, но в ходе одного из проводившихся семинаров по проблемам формирования доказательств выяснилось, что большинство адвокатов с десятилетним и более стажем работы понятия не имеют о существовании оперативно-розыскного проникновения в жилище, отождествляют его с обыском и следственным осмотром. Соответственно можно судить об уровне их возможно-

¹ Рыбкин В. Практика уголовного сыска. Приемы и методы // Практика уголовного сыска: Научно-практический сборник / Под науч. ред. А.И. Алексеева. – М.: Лига Разум, 1999. – С. 74.

стей оценивать в качестве доказательства информацию, полученную при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в том числе при проникновении в жилище, когда они не протоколируются.

В научном докладе "Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует завершения" отмечалось, что сам термин "проникновение" предполагает нечто противостоящее общепринятым способам посещения жилища или иного владения. В "Толковом словаре русского языка" С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой термин "проникнуть" обозначает "попасть, пробраться куда-нибудь внутрь". Как пример приводится: "Воры проникли в дом"¹. Аналогично толкуется этот термин в "Словнику української мови": "Проникнути – 1. Удаючись до хитрощів, обману і т. ін. спритно пробиратися, прокрадатися куди-небудь"².

Если в праве под проникновением понимать посещение жилища или иного владения сотрудниками правоохранительных органов в силу служебных обязанностей по раскрытию и расследованию преступлений, то в регламентированный Конституцией Украины и УПК Украины перечень следовало бы включить, помимо осмотра и обыска, еще ряд следственных действий: воспроизведение обстановки и обстоятельств события, допрос свидетеля или обвиняемого, когда по состоянию здоровья или в целях обеспечения безопасности они не могут явиться в

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М.: Язь, 1994. – С. 605.

² Словник української мови: В 11-ти томах /Гол. ред. І.К. Білодід. – К., 1977. – Т. 8. – С. 241.

правоохранительные органы, наложение ареста на имущество. Не исключается возможность проведения в жилище или ином владении опознания и других следственных действий. Все они требуют такой же регламентации порядка реализации, какая предусмотрена ст.ст. 177 и 190 УПК.

Видимо, целесообразно законодательно допустить проведение осмотра и иных следственных действий без постановления судьи в тех случаях, когда владелец сам заявляет ходатайство об этом, чтобы доказать свою непричастность к совершению преступления, а также при явке с повинной или добровольном согласии оказать содействие в расследовании совершенного им преступления. Прецедент уже есть: закон (ч. 4 ст. 14¹ УПК) санкционирует с согласия лица прослушивание телефонных и других переговоров и визуальное наблюдение без обращения за разрешением в суд.

Наряду со следственными действиями, связанными с гласным проникновением в жилище или иное владение, последнее может проводиться для реализации оперативно-розыскных мероприятий негласно. Теория и практика ОРД допускают проникновение в жилище и иное владение с целью проведения оперативного осмотра, оперативного эксперимента и установки контролирующей аппаратуры.

При обсуждении допустимости или недопустимости процессуализации тех или иных оперативно-розыскных мероприятий необходимо прямо определять реальный потенциал полезности в сочетании с оценкой неблагоприятных последствий, которые

может породить их реализация. Такой подход заведомо исключает общие, лозунговые заявления об антидемократичности проникновения в жилище, о нарушении прав и свобод граждан и т. д. Логично признать, что проникновение в жилище в оперативно-розыскных целях не более антидемократично, не значительнее нарушает права и свободы граждан, чем прослушивание телефонных разговоров или перлюстрация корреспонденции. При односторонне-формальной оценке вся оперативно-розыскная деятельность, как в равной мере и деятельность следователя, может быть признана нарушением прав и свобод человека. На деле такого нарушения нет и в принципе быть не может, ибо закон, позволяя проведение оперативно-розыскных мероприятий, тем самым устанавливает в этой части ограничение прав и свобод граждан. *Оперативно-розыскная деятельность проводится в условиях и пределах законодательного ограничения прав и свобод граждан. Поэтому никакого их нарушения не происходит.*

В процессуальном плане негласное проникновение в жилище, транспортные средства и др. опасно только возможностью провокации с фабрикованием фальшивых доказательств. На практике все еще продолжают поступать заявления о применении работниками ОВД приемов легендарного киногероя Жеглова в исполнении В. Высоцкого – в карманы одежды, сумки, чемоданы подбрасываются патроны, пакетики с наркотиками и другие "улики". Если это делается в присутствии задерживаемого, то понятно, что возможности фальсифицировать доказа-

тельства при проникновении в жилище в отсутствие владельца практически безграничны. Свидетельство тому в прошлом можно найти в мемуарах многих диссидентов. Нельзя дать гарантии, что такие факты могут быть исключены в наше время.

Безусловно, организация правопорядка, как и любой другой деятельности, ориентируется на преимущественно добросовестных исполнителей. Но если встречаются отклонения, требуется внесение соответствующих коррективов и ограничений. Поэтому в УПК целесообразно предусмотреть, что сам по себе факт изъятия при обыске после негласного проникновения в жилище и иное владение предметов и документов не придает им доказательственной силы. В таком случае они могут быть признаны доказательствами при наличии признаков, свидетельствующих о причастности лица к совершению преступления, безотносительно к месту их обнаружения.

Одновременно необходимо установить уголовную ответственность оперативных работников за сокрытие от следствия и суда факта даже процессуально оформленного негласного проникновения в жилище и иное владение, так как это может привести к необъективной оценке собранных доказательств.

Применительно к негласному проникновению в жилище, транспортные средства и др. решение проблемы видится прежде всего в четком определении и регламентации в УПК оснований и порядка проведения этого оперативно-розыскного меро-

приятия, отграничения его от таких следственных действий, как обыск и выемка.

Нельзя признать правомерным проведение так называемого негласного оперативного осмотра для проверки информации о том, что в доме заподозренного хранятся оружие, наркотики, имеются предметы и документы, свидетельствующие о причастности к преступлению. Наличие подобной информации является законным основанием для проведения обыска, и это действие, *если ставится задача обнаружить и изъять доказательства преступной деятельности*, не следует подменять непроцессуальными гибридами. Утверждение некоторых авторов о том, что использование негласного оперативного осмотра позволяет сократить количество неосновательно проведенных обысков, порочно в своей основе. Если какое-то действие незаконно, то оно остается таковым независимо от того, проведено оно в процессуально регламентируемой или другой форме. Нет оснований для обыска в целях обнаружения доказательств – нет оснований для проведения в этих целях и оперативного осмотра. А по степени нарушения прав и свобод граждан неоправданный оперативный осмотр должен быть признан более тяжким деянием, чем неосновательный обыск.

В доперестроечных изданиях утверждалось, что оперативный осмотр приобретает значение одного из самых эффективных методов оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. В процессе его осуществления оперативные работники лично либо опосредованно получают овеществ-

ленные данные о событии преступления, которые впоследствии могут быть приобщены к материалам уголовного дела в качестве доказательств, а также ориентирующую информацию об отдельных существенных элементах события преступления (например, о местонахождении похищенного имущества, орудий преступления, местах пребывания скрывшихся преступников и т.п.). В разъяснение необходимости оперативного осмотра приводился следующий гипотетический пример: в квартире разрабатываемого лица предположительно хранится предмет, который может быть приобщен к делу как вещественное доказательство. Изъять его путем обыска невозможно, так как сведения о его нахождении в квартире не проверены. Производство обыска встревожит данное лицо и его возможная безрезультатность может привести к весьма нежелательным последствиям: уничтожению вещественных доказательств, совершению нового преступления и т.д. Таким образом, в прямом смысле возникает опасность, реально угрожающая определенному объекту. Отсюда предпринимались попытки обосновать производство оперативного осмотра как деятельность в состоянии крайней необходимости.

Вполне очевидно, что предотвратить уничтожение вещественного доказательства или совершение нового преступления возможно в том случае, если вина подозреваемого будет доказана процессуальным путем, в данном случае – путем производства тщательного обыска. Оперативный осмотр выступает лишь в роли разведывательного действия, эффективность которого заведомо искажается. Любой

практик знает, что оперативный осмотр производится в экстремальных условиях. Какие бы меры предосторожности ни предпринимались, исключить риск случайной расшифровки полностью нельзя. Поэтому, как правило, у сотрудников, производящих оперативный осмотр, существует дефицит времени, происходит раздвоение внимания в связи с необходимостью контролировать обстановку за пределами помещения, где производится это действие. Естественно, в таких условиях рассчитывать на то, что оперативный осмотр будет более результативным, чем обыск, позволит обнаружить искомые предметы, тогда как при обыске это сделать невозможно, просто наивно.

Признаем откровенно: обыск производится тогда, когда у следователя или органа дознания *есть для этого достаточные основания*. К оперативному осмотру прибегают тогда, когда *таких оснований еще нет* и с помощью осмотра пытаются их обнаружить. Можно привести много мотивов и доводов в пользу оперативного осмотра, но нельзя уйти от констатации: при таком его производстве нарушаются права граждан, отсутствуют законные основания для их ограничения. Действия по принципу "Пойдем, авось что-нибудь найдем" – прямой путь к произволу, они допустимы в правовом государстве в исключительных, а если точнее – чрезвычайных ситуациях. Их критерии необходимо определить в УПК.

Следует отметить, что в период становления ОРД как науки допускалось неоднозначное толкование понятия "оперативный осмотр". Так, попытки обос-

новать легитимность оперативного осмотра принимались даже в криминалистике еще в советский период. В частности, А.Н. Васильев в курсе криминалистики характеризовал оперативный осмотр как оперативно-розыскное действие, призванное помогать расследованию в сборе доказательств. Однако задачу оперативного осмотра автор трактовал своеобразно: "... например, до обыска производится "разведка" с целью установления особенностей объекта обыска, расположения помещения, собиранья сведений о проживающих там лицах, о возможном местонахождении разыскиваемых предметов, лиц и т.д."¹.

Сегодня очевидно, что А.Н. Васильев приведенную "разведку" ошибочно именовал осмотром, поскольку в теории ОРД эти действия охватываются понятием "оперативная установка". Сбор сведений о расположении помещений, лицах, там проживающих, и т.п. не требует проникновения в жилище и, соответственно, не требует особой процессуальной регламентации.

Некоторые авторы делали акцент на термине "оперативный" в значении "быстрый", что приводило к неоднозначности в толковании. Так, К.Д. Шатило видел цель оперативного осмотра в том, чтобы "...как можно быстрее представить себе картину происшедшего, уловить и схватить все то, что относится и указывает на виновников совершенного

¹ Васильев А.Н. Советская криминалистика. – М.: Знание, 1970. – С. 44. Из приведенной выдержки видно, что автор явно совмещает мероприятия по оперативной установке и оперативному осмотру.

преступления"¹. В теории ОРД из-за стремления стандартизировать понятие оперативного осмотра именно это качество оказалось утраченным. Между тем, в отличие от осмотра как следственного действия, в практике оперативно-розыскной деятельности допускается ознакомление (а не осмотр) с местом происшествия для принятия незамедлительных мер по розыску преступника. Поясним это на конкретном примере.

На газоне в центре Луганска на рассвете был обнаружен труп стильно одетого мужчины. Карманы его одежды были вывернуты, что давало основание предполагать убийство с целью ограбления. Рядом лежала фуражка с замасленным козырьком, явно диссонировавшая с одеждой на трупе. На козырьке фуражки имелся характерный излом, который образуется, если сдавливать козырек двумя пальцами руки сверху, а одним – между ними – снизу. Указанное расположение пальцев подтверждалось масляными пятнами на козырьке. Участвовавший в следственном осмотре сотрудник уголовного розыска знал, что такой излом козырька был модным среди шоферов. Не ожидая окончания осмотра, он организовал выезд оперативных работников в крупные автобазы города, и спустя два часа преступник был установлен. Естественно, что такого рода деятельность хотя и имеет начальным этапом осмотр места происшествия, но не нуждается в самостоятельной регламентации.

¹ Шатило К.Д. Дознание в советской милиции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Изд-во ВШ МВД СССР, 1960. – С. 11.

Однако ограничение правомерности негласного оперативного осмотра как процессуального оперативно-розыскного действия не означает введение запрета на негласное проникновение в жилище и иное владение как таковое. Само по себе проникновение в жилище является лишь способом достижения оперативных целей, условием реализации оперативной комбинации. При множестве вариантов смысла именно негласного проникновения в жилище один – не спугнуть подозреваемого, чтобы иметь возможность в дальнейшем отслеживать его поведение, перемещение интересующих документов и предметов, установить связи и т. д. Эти задачи сегодня решаются путем контроля разговоров и иных действий и осуществления контролируемой поставки. Можно говорить, что этот термин не очень удачен в силу его узости. Наверное, более приемлем термин "оперативное отслеживание" – есть поле для поиска. Но в наименовании должна найти отражение главная отличительная особенность этого оперативно-розыскного действия – его динамизм, продолжительность во времени и пространстве. Осмотр же – действие статичное, конечное. Сегодня оперативным осмотром и контролируемой поставкой именуют действия, преследующие фактически одну и ту же цель, что в принципе исключается правилами законодательной техники.

Чтобы убедиться в тождестве оперативного осмотра (в устаревшей терминологии) и контролируемой поставки, обратимся к примерам из практики прошлых лет, когда термин "оперативный осмотр"

широко использовался. В одной из своих работ такой пример описывал А.Ф. Возный:

"Разрабатывалась группа расхитителей, действовавших на складах базы плодоовощторга и в ряде магазинов. Было известно, что кладовщики Ш. и Б. за счет фиктивного списания на порчу создавали неучтенные излишки яблок и цитрусовых, а затем сбывали их через соучастников в магазины, маскируя преступные сделки последующим переоформлением накладных.

Задokumentировать эти факты не удавалось, так как Ш. и Б. ни с кем, кроме надежных соучастников, в контакт не вступали, лично оформляли документы и отпускали товар, накладные хранили в своих письменных столах. Не давало положительных результатов и негласное фотографирование документов во время перевозки товаров, поскольку заведующие магазинами о фактах проверки машин тотчас сообщали по телефону своим соучастникам на базе, и в таких случаях переоформление накладных не производилось.

Взвесив все эти обстоятельства, оперативные работники приняли решение негласно проникнуть в контору базы, осмотреть рабочее место Ш. и сфотографировать расходные накладные до их переписки и уничтожения. Такое негласное проникновение и оперативный осмотр проведены были неоднократно, и это позволило путем фотографирования и последующего сличения документов выявить преступные связи Ш. и Б. с заведующими многими магазинами города.

Не ограничившись изготовлением фотокопий накладных, оперативные работники изготовили бланки документов, ничем практически не отличающиеся от применявшихся расхитителями. В ходе очередного оперативного осмотра на эти бланки путем обводки букв текста остро отточенной палочкой через копировальную бумагу перенесены все реквизиты накладных, выписанных кладовщиком¹. Полученную копию оставляли, а подлинники изымали. Расхитители, не замечая подмены, уничтожали копии накладных и полагали, что остаются в полной безопасности, поскольку все следы преступной сделки уничтожены.

Негласно добытые накладные оперативные работники приобщали впоследствии к уголовному делу в форме рапорта, где указывали, что документы получены в результате применения оперативно-розыскных средств в соответствии со ст. 103 УПК УССР. Такой способ документирования посредством применения оперативного осмотра позволил в течение одного месяца изобличить группу крупных расхитителей, состоящую из 72 человек".

Нет необходимости доказывать, что описанные действия ничего общего с осмотром, даже если его именовать оперативным, не имеют, но вполне охватываются понятием оперативного отслеживания, которое допускает замену контролируемых предметов в целях обеспечения их сохранности, и, в первую очередь, общественной безопасности (обезвреживание боеприпасов, ядохимикатов и т.п.).

¹ Речь идет о временах, когда копировальная техника практически отсутствовала.

Негласное проникновение в жилище и иное владение является одним из незаменимых методов организации отслеживания движения оружия, наркотиков, предметов преступления и др., хранящихся у заподозренного, в целях выявления соисполнителей преступной деятельности, а также контроля разговоров и иных действий подозреваемого. В этом качестве оно должно быть процессуально регламентировано в УПК, его проведение необходимо документировать с обязательным приобщением протокола к уголовному делу.

Если негласное проникновение в жилище или иное владение производилось до возбуждения уголовного дела, протокол с приложениями в обязательном порядке приобщается к уголовному делу с момента его возбуждения.

В цитированном научном докладе был предложен проект ряда дополнений к УПК Украины, регламентирующих оперативное отслеживание (контролируемую поставку), контроль разговоров и иных действий, оперативную закупку и др.

Попутно отметим не совсем удачную формулировку п. 11 ст. 8 Закона "Об оперативно-розыскной деятельности", которым допускается осуществление визуального наблюдения с применением фото-, кино- и видеосъемки, оптических и радиоприборов, других технических средств только в общественных местах. Понятие "общественное место" не имеет четко выраженного правового определения, что по-

служило поводом для неоправданной дискуссии¹. За основу пытаются взять критерии, изложенные в Инструкции о порядке учета преступлений, совершенных в общественных местах, на улицах и в состоянии алкогольного опьянения (приказ МВД Украины № 438 от 21 июня 1996 г.). Однако основанием для признания деяния административным проступком или преступлением является не само по себе место совершения преступления, например улица, а проявленное неуважение к обществу, то есть к прохожим, которые находились на улице. Для обоснования правомерности осуществления визуального наблюдения указанный критерий лишен смысла. Ни Конституция Украины, ни другие законодательные акты не регламентируют так называемое "право на уединение" где-либо, кроме жилища. Поэтому целесообразно предусмотреть особый процессуальный порядок визуального наблюдения, связанного только с проникновением в жилище. Следует отметить, что в п. 1а. ст. 15 Закона Украины "Об организационно-правовых основах борьбы с организованной преступностью" ограничение контролировать, фиксировать и документировать разговоры

¹ См.: Голосніченко І.П., Кондратьєв Я.Ю. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ: Підручник. – К., 1995; Гончарук С.Т. Адміністративна відповідальність за законодавством України: Навчальний посібник. – К., 1995; Зуєнко В.В. Правове трактування опитування та спостереження як видів оперативно-розшукових заходів при провадженні оперативно-розшукових справ //Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю на етапі реформування кримінального судочинства. – Ч. 2. – Запоріжжя, 2002. – С. 28-30.

и иные действия лиц, причастных к организованной преступности, только в общественных местах отсутствует. А контроль "иных действий" не исключает использование и визуального наблюдения.

Нельзя не видеть несоразмерности права личной неприкосновенности и неприкосновенности жилища в Конституции Украины (ст.ст. 29, 30). Если жилище охраняется от проникновения, осмотра и обыска, то личность – только от необоснованного ареста и содержания под стражей. Наблюдение, даже со стороны, за тем, что происходит в жилище, определяется как форма проникновения в него и требует предварительного судебного решения. Но за лицом допускается несанкционированное наблюдение с помощью скрытой камеры в магазинах, аэропортах, других общественных местах, на улицах. Скрытому и открытому досмотру гражданин подвергается перед посадкой в самолет, при посещении правительственных и некоторых других учреждений, на таможне и др. Чрезмерно жесткий процессуальный статус жилища и иного владения – это скорее дань традиции ("мой дом – моя крепость"), чем реальная потребность в охране прав человека, ибо осмотр жилища могут производить без судебного решения работники государственного надзора, санитарно-эпидемиологической и ветеринарной инспекций, в зданиях коммунальной собственности – работники ремонтных служб домоуправлений и т.д.

Еще один аспект. В научной литературе утвердилось отнюдь не научное, а скорее обыденское мнение о том, что ОРД характеризуется чрезвычайным нарушением прав и свобод человека. Именно поэтому ОРД допустима в исключительных случаях, когда раскрыть преступление иным способом невозможно (ч. 2 ст. 8 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности"). Более того, сфера оперативно-розыскной деятельности ограничена раскрытием только тяжких преступлений (п. 7 ч. 1 ст. 8). Прискорбно, что такой подход без каких-либо возражений разделяется и учеными, специализирующимися на разработке проблем ОРД. Между тем непредвзятая оценка правовой и этической природы ОРД не дает оснований для принципиального противопоставления оперативно-розыскных и следственных действий. Хотелось бы получить вразумительный ответ на вопрос: почему формально регламентированное ст. 187 УПК Украины как *следственное действие* наложение ареста на корреспонденцию и снятие информации с каналов связи, осуществляемое втайне от гражданина, в меньшей мере нарушает права и свободы, чем пока регламентированное не УПК, но столь же жесткой ведомственной инструкцией *оперативно-розыскное мероприятие*, осуществляемое с целью получения такой же информации путем скрытой установки прослушивающего устройства? И можно ли будет говорить о различии в нарушении прав и свобод гражданина между этими действиями, если законодатель, осознавая алогичность ныне существующей системы процессуального регламентирования получения доказа-

тельств, предусмотрит в УПК порядок проведения указанного оперативно-розыскного мероприятия?

Можно полагать, что само представление об исключительности некоторых мер ОРД является результатом редакционной погрешности при переносе требований ст. 31 Конституции Украины в Закон "Об оперативно-розыскной деятельности". Ст. 31 Конституции гласит: "Каждому гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров и иной корреспонденции. Исключения (подчеркнуто мною. – Б.Р.) могут быть установлены только судом в случаях, предусмотренных законом...". Вполне очевидно, что в данном контексте термин "исключение" не означает "исключительность" в смысле "чрезвычайность". Без ущерба для целеполагания норма могла бы быть сконструирована следующим образом: "Каждому гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров и иной корреспонденции, *кроме* случаев, предусмотренных законом...". Характерно, что в ст. 30 Конституции проникновение в жилище не определяется как исключительная мера, а применяется термин "неотложные случаи".

Нельзя не отметить, что в Конституции и в законе об ОРД говорится о применении в качестве исключения вполне конкретного перечня мер, которые к тому же могут осуществляться не только, а на практике – даже не столько оперативным работником, сколько следователем. Поэтому придавать исключительный характер всей оперативно-розыскной деятельности, как это принято считать, никаких оснований нет.

Заслуживает обсуждения обоснованность конституционного требования прибегать к наложению ареста и выемке корреспонденции, а также снимать информацию с каналов связи только в том случае, если иным способом получить эту информацию невозможно. Успех расследования во многом зависит от оперативности и эффективности средств получения доказательств. Кроме того, требование полноты расследования предполагает использование всех доступных средств получения доказательств, исключая их избирательность.

Представляется, что указанные ограничения противоречат общим принципам и задачам отправления правосудия, конституционному принципу равенства прав граждан, обязанности государства по их защите и обеспечению их восстановления при преступных посягательствах.

Можно и дальше обсуждать болевые проблемы процессуализации ОРД. Их много, и они требуют системного исследования. Но, несмотря на неопределенность теории, практика идет по пути их поступательного решения. К сожалению, практические разработки никем не обсуждаются и не пропагандируются.

В исследованиях процессуалистов о них ни слова. Специалисты по оперативно-розыскной деятельности анализируют практические новации с позиций технологии получения и фиксации информации. Связи с уголовным процессом если и рассматриваются, то только лишь в плане так называемой "легаллизации" доказательств. Однако "легаллизация"

доказательств – темная лошадка, и здесь вопросов куда больше, чем ответов.

Как правило, под "легализацией" понимают устранение ограничений в использовании полученной оперативной информации в *состязательном* уголовном процессе путем снятия с нее грифа секретности. Вроде бы просто и понятно. Но при этом забывают, что оперативно-розыскную деятельность для того и засекречивают, чтобы не раскрыть применяемые силы, средства, способы и источники получения информации. Если все это необходимо для введения в уголовный процесс рассекречивать, то логично ставить вопрос о нецелесообразности изначально их засекречивать. Основания для такой постановки вопроса есть.

В теории ОРД и, соответственно, в уголовном процессе произошло отождествление секретности конкретной оперативно-розыскной операции с секретностью методов и способов ее проведения. Да, действительно, оперативно-розыскное мероприятие, как правило, может быть эффективным, если оно проводится втайне от разрабатываемого лица. Сколько по этому поводу ни говори о нарушении прав и свобод граждан, но такова специфика ОРД. Однако методы, способы и в определенной части средства оперативно-розыскной деятельности уже давно секрет полишинеля. Их описывают не только в детективных романах, но и в учебниках и пособиях, которые можно свободно купить на рынке. Если так, то незачем с серьезным видом играть в жмурки. Давайте сразу будем проводить оперативно-розыскные действия, *где это возможно, способом,*

позволяющим следователю и суду проверить объективность полученной в итоге информации.

Возьмем типичный пример. По многим уголовным делам в качестве доказательства фигурирует аудиозапись. Разработана и утверждена сложная процедура ее обработки. Кассета с магнитной лентой в присутствии понятых описывается, запись прослушивается, составляется стенограмма, которая зачем-то подписывается понятыми, хотя при снятии информации они не присутствовали и потому не могут судить об идентичности записи. Протоколов куча, подписей участников – больше чем надо. Но у следователя или в суде обвиняемый заявляет: "Все, что удостоверили понятые, интересно, но записали не меня, это не мой голос". Необходима экспертиза, а обвиняемый, пользуясь правом не свидетельствовать против себя, отказывается предоставить требуемые образцы. Если он даже и согласится, то возникнут проблемы у экспертов: необходимо для дачи заключения знать тип использованного магнитофона, но он-то как раз и секретен.

Сотрудники управления по борьбе с экономической преступностью Автономной Республики Крым нашли оригинальное решение. При проведении операции по разоблачению вымогателя взятки приглашаются два понятых. Им представляют заявителя, который должен вручить вымогателю требуемую сумму денег, и объявляют, что операция будет сопровождаться аудиозаписью. Микрофон находится у заявителя, а понятые располагаются вместе с оперативным сотрудником у приемного устройства. В присутствии понятых проводится опробование сис-

темы, понятые убеждаются, что через приемное устройство слышен и фиксируется голос заявителя. По мере возможности заявитель, идя к вымогателю, информирует о своем движении, что слышат понятые. Они же полностью слышат весь процесс переговоров вымогателя и заявителя по поводу получения взятки. Оперативная группа с понятыми выдвигается к месту осуществления сделки, и когда заявитель уходит, производится задержание вымогателя. Сразу после этого заходят понятые, в присутствии вымогателя прослушивается магнитофонная запись и составляется протокол. Вымогателю предоставляется право подписать протокол, что, как показала практика, он безоговорочно и делает.

Нет сомнения в том, что мы имеем классический образец не следственного, а именно оперативно-розыскного действия, но оно осуществлено с соблюдением единых требований, предъявляемых к протоколированию процессуальных следственных действий. Полагаю, что процессуальную форму такого протокола и его доказательственное значение не станет оспаривать ни один оппонент. Поэтому поиск вариантов элементарных форм процессуальной регламентации оперативно-розыскных действий, в основе которых лежит рассекречивание процесса их проведения, должен быть продолжен.

Следует отметить, что одинаковые по цели оперативно-розыскные и следственные действия, имея равную доказательственную силу, могут существенно различаться по форме проведения. Показателен пример, приведенный В.М. Мешковым и В.П. Поповым в учебном пособии "Оперативно-розыскная

тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия": "Женщина была изнасилована ночью. Группа из трех человек длительное время куражилась над ней, в результате она довольно детально запомнила личности насильников. Днем в оперативной машине с участием двух представителей общественности эта женщина объезжала значные места данного населенного пункта и около магазина в группе молодых людей твердо узнала одного из насильников. Вся группа была приглашена в милицию, где был составлен протокол этого оперативно-следственного мероприятия, где в качестве статистов были зафиксированы все молодые люди, находившиеся возле магазина, а в качестве понятых – двое представителей общественности. Впоследствии, на судебном заседании, результаты этого действия, оформленного в соответствии с требованиями ст.ст. 164-166 УПК РФ, были признаны доказательством по делу"¹.

Приведенный пример построен авторами в плане четко заявленной ими в заголовке работы схемы: оперативно-розыскное мероприятие, в ходе которого был установлен преступник, и "легализация" результата путем процессуального его оформления в соответствии с требованиями УПК. Однако возникает вопрос: так ли уж необходимо было приглашать статистов и понятых в здание милиции и, по сути, заново производить опознание? Как бы авто-

¹ Мешков В.М., Попов В.П. Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия: Учебно-практическое пособие. – М.: Щит-М, 1998. – С. 35.

ры рекомендовали "легализовать" результат, если бы преступник шел один по улице либо находился в группе лиц противоположного пола или резко отличающихся по возрасту и внешности? Правомерно ли считать, что в этих случаях не имеет место опознание?

Статья 174 УПК Украины регламентирует: "Лицо, которое подлежит опознанию, предъявляется опознающему *вместе* (курсив мой. – Б.Р.) с другими лицами того же пола в количестве не менее трех, не имеющих резких различий во внешности и одежде". Но потерпевшая, проезжая с оперативными работниками по улицам, скрытно посещая места скопления людей – рестораны, дискотеки, рынки и др., фактически узнает преступника не в числе трех граждан с требуемыми законом характеристиками внешности, а из сотен самых различных людей, которых она изучает по признакам сходства внешности. Если следовать букве закона и рекомендациям В.М. Мешкова и В.П. Попова, то сотни этих "статистов" надо собрать *вместе* для оформления протокола опознания.

Не столь уж бесспорна необходимость участия в такого рода опознании понятых. Что они должны засвидетельствовать – что опознаваемый сам выбрал место среди "статистов" или что "статисты" не отличались существенно по возрасту, одежде, признакам внешности и т.д.? А как обеспечить скрытность опознания (крайне важный элемент в ОРД), если, скажем, в маленькое кафе должны войти не менее четырех человек? Полагаем, что в данной ситуации оперативному сотруднику вполне достаточ-

но составить протокол, в котором описать место, условия и время, в течение которого осуществлялся розыск преступника, и его результат, с полным основанием озаглавив документ протоколом оперативного опознания. Подписывает протокол сотрудник, а также опознающий и опознанный, если последний задерживается.

Несколько отступая от темы, отметим, что институт понятых исторически возник как форма обеспечения объективности фиксации фактов и обстоятельств в протоколе следственного действия. С развитием и совершенствованием технических средств отражения обстановки и обстоятельств события этот институт утрачивает свое значение¹. В наших условиях он представляет важность лишь в плане гарантий от обвинения оперативных и следственных работников в совершении неправомερных действий. По мере роста правовой и общей культуры населения, заботы о своем престиже самих работников правоохранительных органов сфера использования понятых будет сужаться, что наблюдается в Российской Федерации, не говоря уже о странах Запада. Отметим, что и в Украине, например, п. 4 ст. 10 Закона "О государственной контрольно-ревизионной службе в Украине" закреплено право работников этой службы самостоятельно без понятых "в необходимых случаях опечатывать кассы и кассовые помещения, склады, архивы, а при выявлении подделок, иных злоупотреблений изы-

¹ См.: Черечукина А.В. Институт понятых: гарантии додержания законности або процессуальний архаїзм // Право України. – 1999. – № 6. – С. 80-83.

мать необходимые документы на срок до окончания ревизии или проверки, оставляя в делах акт изъятия и копии или реестры изъятых документов".

Различие следственного и оперативного опознания не только в количестве участников. По общему правилу в следственных действиях сразу полностью протоколируется не только процесс проведения, но и конечный результат. Фиксация оперативно-розыскных мероприятий допускает определенные отступления. Например, если преступление совершено группой, а в процессе оперативного мероприятия опознан только один участник, нередко немедленное задержание и выяснение его личности нецелесообразно. За ним устанавливается визуальное наблюдение для выявления сообщников. В таком случае протокол опознания имеет как бы "усеченный" вид и получает продолжение после задержания опознанного для удостоверения его анкетных данных опознававшим. Как известно, УПК не регламентирует подобные ситуации, обыденные на практике, что не лишает их доказательственной силы. Необходимость же процессуальной регламентации оперативного опознания очевидна.

Однако, как бы мы того ни хотели, специфика ОРД такова, что проведение далеко не всех, а может даже большинства оперативно-розыскных мероприятий с участием понятых неосуществимо. Помимо технических сложностей, такая мера приведет к расшифровке определенных оперативных сотрудников, конфиденентов и др., что изначально недопустимо. И надо, видимо, смириться с тем, что некоторая часть доказательств сопровождается фальсифи-

кацией процесса их получения, для прикрытия которой и введен термин "легализация".

На практике под "легализацией" понимаются тактические приемы введения в уголовный процесс информации, объективно существующей *вне субъекта ОРД*, но источником сведений о существовании этой информации (информации об информации) является этот субъект. Приведем пример. Субъект сообщил, что украденные накануне ювелирные изделия из золота находятся в доме у одного из похитителей. Последний имеет оборудование для переплавки золота и в ближайшие часы собирается произвести такую операцию с целью уничтожения улики. Об этом никто, кроме источника, не знает, и потому производство экстренно необходимого обыска приведет к его расконспирации. С учетом того, что преступники с места кражи ушли пешком, было принято решение имитировать применение служебно-розыскной собаки. В условиях дефицита времени поблизости поймали подходящую по экстерьеру бродячую собаку, из двух поясных ремней сделали поводок и ошейник и "пошли по следу": идущий впереди сотрудник незаметно бросал кусочки колбасы, пес послушно двигался в нужном направлении. Один кусок колбасы предварительно скрытно прикрепили к калитке нужного дома и проявленная в результате активность собаки не вызвала сомнений ни у преступника, ни у наблюдавших эту картину соседей. При обыске похищенные ценности были изъяты, преступление раскрыто.

Результаты применения "служебно-розыскной" собаки, даже если бы они не были сфальсифициро-

ваны, доказательствами не являются, поэтому квалифицировать действия сотрудников милиции как незаконные оснований нет. Не служит проведение оперативного мероприятия препятствием и для оценки результатов процессуально оформленного обыска.

Тем не менее, тезис о необходимости процессуализации оперативно-розыскных мероприятий не снимается и в приведенном примере. Давайте спроектируем другую ситуацию. Предположим, от конфиденента поступила информация о том, что в определенном доме хранится большое количество боеприпасов. Незадолго до этого было совершено ограбление воинского склада. Естественная версия – конфиденент навел на лиц, причастных к ограблению. Повторим прием, пустим собаку и найдем боеприпасы. Под тяжестью "улик", созданных собакой, лица, у которых обнаружены боеприпасы, признаются в ограблении. Эта версия не будет вызывать сомнений у следователя и суда, если в ее основе лежат "показания собаки", зафиксированные в материалах дела. Но представим, что обнаруженные боеприпасы никакого отношения к ограбленному складу не имеют, накапливаются террористической группой, имеющей разветвленную структуру. Понятно, виновные больше заинтересованы в признании участия в ограблении, чем в подготовке к теракту. Если следователь и суд не будут информированы об искусственно произведенной "легализации", истинные обстоятельства дела могут остаться вне пределов расследования. Поэтому даже в случаях "легализации" доказательств искусственный характер ее про-

ведения необходимо запротоколировать. Другое дело, что этот протокол должен приобщаться к делу в особом порядке.

Цивилизованный мир был потрясен варварскими террористическими актами, совершенными в Нью-Йорке и Мадриде, гибелью тысяч ни в чем не повинных людей. Но почему столь же адекватной реакции не вызывает куда большее количество жертв от ставших повседневностью жестоких убийств, иных тяжких преступлений в других городах и весях планеты? Устойчивая тенденция роста организованной высокопрофессиональной преступности, снижение раскрываемости, непреодолимые трудности доказывания вины даже в случае установления преступника делают правомерной постановку вопроса о допустимости распространения практики применения узаконенных в США, Великобритании, Франции и других странах после нью-йоркской трагедии чрезвычайных мер по борьбе с терроризмом на пресечение всех остальных тяжких преступлений, на отказ от рассмотрения этих мер как временных, чрезвычайных, на внесение соответствующих коррективов в постоянно действующее общее уголовно-процессуальное законодательство. Подчеркну, данное предложение – не "использование момента", а итог анализа уровня криминогенной ситуации в Украине, как и в других государствах. Требование именно такого решения задачи борьбы с преступностью давно назрело, нью-йоркские и мадридские события служат лишь толчком, более наглядно показавшим его актуальность и необходимость.

Законодательная регламентация ОРД позволяет открыто заявить о том, что в теории уголовного процесса долгие годы замалчивалось фактическое отсутствие единства принципов уголовного судопроизводства. Ведь ОРД родилась не сегодня, и ранее она процессуально существовала как одна из составляющих регламентированного УПК дознания. Специфика ОРД очевидна и никак "не вписывается" в основополагающие каноны уголовного процесса. А продолжать отрицать на этом основании процессуальный характер ОРД не только неразумно, но и бесполезно, ибо, "спрятав голову" в УПК, мы не можем не видеть "хвост", который вылезает в криминалистике, в методике и особенно в тактике расследования.

В завершение повторю ранее высказанный тезис. Криминалистика сформировалась как юридическая наука, став на процессуальную основу. Наука об оперативно-розыскной деятельности будет оставаться комментированным сборником ведомственных актов и инструкций, если также не начнет основываться на процессуальной регламентации подавляющего большинства оперативно-розыскных мероприятий.

Украина - не Россия, тем более не Америка

Чужой опыт должен учить двум вещам: тому, что многое нужно исправлять, и тому, что не нужно исправлять слишком много.

Э. Делакруа

В чем причина автомобильных аварий? Сегодняшние люди ездят по вчерашним дорогам на завтрашних машинах с послезавтрашной скоростью.

Витторио де Сика

Приведение украинского законодательства в соответствие с европейскими стандартами – один из приоритетов отечественного правотворчества в плане подготовки к вступлению в Европейский Союз. Оно предусмотрено заключенным Украиной в июне 1994 года Соглашением о партнерстве и сотрудничестве с Европейским Союзом, вступившим в силу в марте 1998 г. В том же году Президент Украины утвердил "Стратегию интеграции Украины в Европейский Союз". С целью надлежащего организационного обеспечения процесса трансформации национального законодательства Кабинет Министров Украины

в 1998 г. принял постановление "О внедрении механизма адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза". 4 ноября 1998 г. приступил к работе Межведомственный координационный совет, к задаче которого отнесено обеспечение координации и взаимодействия центральных органов для решения проблемы адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза. В августе 1999 г. была принята Конвенция адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза. В августе 2000 г. образован Национальный совет по вопросам адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза, его возглавил Президент Украины. Акты организационного характера принимаются чуть ли не ежегодно.

Трансформацию украинского законодательства предусматривается провести в три этапа. На первом украинское законодательство приводится в соответствие с требованиями Соглашения о партнерстве и сотрудничестве и иных международных договоров, касающихся сотрудничества Украины с ЕС. На втором будет проведена работа по подготовке Украины к ассоциированному членству в Европейском Союзе. И, наконец, на последнем этапе начнется реализация программы гармонизации законодательства Украины с законодательством Европейского Союза для обеспечения полной интеграции нашего государства в общий рынок Европейского Союза.

Несмотря на то, что само вхождение Украины в ЕС отодвинулось на неопределенный срок, заклю-

ченные международные договоры о реформировании отечественного законодательства остаются в силе, проводятся консультации по организации их выполнения. 20 июля 2004 г. в Брюсселе прошел пятый раунд консультаций по согласованию Плана действий Украина – ЕС.

Окончательное утверждение Плана действий ожидалось осенью 2004 г. Кроме сферы юстиции и внутренних дел, в Плате оговаривается сотрудничество в сфере политики, безопасности и экономики (торговля, экономические реформы, региональное развитие, техническое регулирование, конкурентная политика, инвестиции), а также в области энергетики, транспорта, экологии и телекоммуникаций.

Пятый раунд консультаций был проведен для согласования проекта Плана действий Украина – ЕС во исполнение договоренностей пленарного заседания гаагского саммита Украина – ЕС. На саммите отмечалось, что адаптация украинского законодательства к европейским нормам является "основной задачей в сфере евроинтеграции, которая стоит перед Украиной сегодня". Первоначально планируется адаптировать к европейским стандартам 300 национальных законов объемом 52 тыс. страниц. Однако следует учитывать, что в "Белой книге о подготовке ассоциированных стран Центральной и Восточной Европы к вхождению во внутренний рынок Европейского Союза", подготовленной в 1995 г. Еврокомиссией, содержится перечень и опись 800 важнейших актов ЕС. К сожалению, эта книга и дополнения к ней не переведены на украинский

язык и малодоступны для ученых и практиков Украины.

Приходится констатировать: столь активная организация деятельности по выполнению Соглашения о партнерстве и сотрудничестве с Европейским Союзом не дала столь же плодотворных результатов в деле приведения украинского законодательства в соответствие с европейскими стандартами. Исследователи отмечают, что пока нет ни одного примера полного внедрения ратифицированных конвенций в национальное законодательство. Так, еще Верховный Совет Украины во время ратификации в 1997 г. Конвенции о защите прав и основных свобод человека 1950 г. (далее – Конвенция) и протоколов №№ 1, 2, 4, 7 и 11 к Конвенции сделал ряд заявлений и принципиальных оговорок, суживающих содержание закрепленных в ней прав. По мнению многих экспертов Совета Европы, сейчас, с учетом сделанных во время ратификации Конвенции оговорок, возникает ряд существенных расхождений законодательных актов и правоприменительной практики Украины с принципами, закрепленными в Конвенции. Например, действующий Уголовно-процессуальный кодекс Украины не содержит в полном объеме процессуальных гарантий неприкосновенности личности во время проведения экспертиз, следственных экспериментов и иных действий; привода обвиняемого без предварительного вызова, если обвиняемый не имеет постоянного места жительства; в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого не приводятся изобличающие его об-

стоятельства и др. Серьезные замечания вызывают и другие законодательные акты¹.

Однако, несмотря на предпринимаемые шаги на международном уровне, сколько-нибудь заметной деятельности отечественных правоведов по решению проблемы не наблюдается. Вновь принимаемые кодексы в основном проходят предварительную экспертизу в Совете Европейского Союза (что, впрочем, не препятствует возникновению существенных коллизий между ними, примером чему служит редакция Гражданского и Хозяйственного кодексов), а предметная работа с уже действующими законодательными актами отодвинута на второй план. Более того, даже в теории не выработана общая методология приведения отечественного законодательства в соответствие со стандартами ЕС. Нет единства в терминах, обозначающих данный процесс.

Первоначально употреблялся термин "гармонизация". Под ней принято подразумевать сближение законодательства двух и более самостоятельных государств, входящих в единое экономическое или военно-политическое пространство. Данный механизм подробно исследован на примере экологического права в докторской диссертации и монографии "Гармонизация экологического права в Европе" одного из ведущих специалистов в этой отрасли, а

¹ См.: Бубнофф Е. Основні напрями гармонізації кримінального права у Європі з огляду на положення Хартії основних прав Європейського Союзу. – К., 2002; Алексеєнко І.Г. Деякі проблематичні аспекти гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу // Науковий вісник Юридичної академії МВС. – 2003. – № 3. – С. 62-67.

ныне – и в области космического права Н.Р. Малышевой. Но в отечественной юридической литературе, наряду с "гармонизацией" законодательства, получили распространение термины "адаптация", "имплементация", "аппроксимация". Отмечая определенное сходство, некоторые авторы видят в них и существенные различия. Так, Ю.С. Шемшученко пишет: "В отличие от гармонизации, адаптация – это, в основном, процесс "с односторонним движением". Речь идет о приведении национального законодательства в соответствие с требованиями законодательства Европейского Союза. Иными словами, каждый, кто вступает в этот Союз, должен играть по его правилам... Но гармонизация систем национального и европейского права не может осуществляться механически. Во-первых, продолжает действовать принцип государственного суверенитета каждой страны. Во-вторых, эти страны имеют много особенностей, которые оберегают и не хотели бы потерять в ходе интеграционных процессов. В-третьих, еще не выработано универсальных организационных механизмов гармонизации соответствующих правовых систем. В-четвертых, имеют место существенные недостатки в теоретическом решении соответствующих проблем, что сдерживает и их практическое решение"¹.

¹ Шемшученко Ю.С. Теоретические проблемы гармонизации законодательства Украины с европейским правом // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – К.: Юринком Интер, 2003. – С. 35-39.

Тем не менее, в разрабатываемом Плате дейст-вий Украина – ЕС речь идет именно об адаптации законодательства, что не может не настораживать.

Следует иметь в виду, что право Европейского Союза не является, как у нас часто представляют, полностью независимой и самодовлеющей правовой системой. На самом деле оно в большинстве случаев лишь дополняет национальные правовые системы государств – членов ЕС, в соответствии с принципами субсидарности и пропорциональности применяя непосредственное регулирование общественных отношений лишь там, где это крайне необходимо.

Наконец, далеко не все западное законодательство так уж современно и совершенно. Это признают ведущие зарубежные юристы. Вносимых изменений и дополнений в законы там предостаточно, но, к сожалению, информация о них поступает с опозданием на годы.

Нельзя безоглядно превращать реформу отечественного законодательства в правовую революцию. Стоит задуматься, почему государства Европы, объединившиеся в Союз, в преобладающей части сохраняют национальные законодательства, отводят на их преобразование десятки лет. И это при условии, что различия в законодательстве Германии и Франции не сопоставимы с украинским. В юридической литературе предпринимались попытки обосновать специфику отечественного права национальной ментальностью. Но они носят какой-то абстрактный характер и соответствующих откликов не нашли. Впрочем, затея была заведомо обречена на провал, ибо такого рода проблема требует глубо-

ких и широких исследований с привлечением специалистов по этнической и социальной психологии, историков, экономистов, политологов и многих других, чего у нас не было и не предвидится.

Не претендуя на полную аналогию, считаю возможным заполнить отмеченный вакуум социальной информации примером из близкой мне по научным интересам экологии. Вспомним: во время оккупации украинский чернозем эшелонами вывозили в Германию. Расчет был на повышение плодородия бедных гумусом немецких почв. Но, как оказалось, привезенный чернозем вскоре деградировал до уровня дерново-подзолистых песков. Там другой ландшафтный пояс, иные гидроклиматические условия. А чернозем создается всей ландшафтной ситуацией.

Объяснение многих из тех процессов, которые происходят сейчас в обществе, может дать продолжение истории с черноземом. Когда шла подготовка к референдуму о независимости Украины, чуть ли не все столбы были обклеены листовками с обещаниями прокормить всю Европу: у нас 40 процентов от мировых запасов чернозема, и они наилучшего качества. Но сегодня в значительной их части только 3-4 процента гумуса, то есть столько же, сколько в почвах Германии. Причина в уничтожении лесов, орошении, изменении состава удобрений и далеко не в последнюю очередь – в отношении людей к труду, земле-кормилице.

Пример поучителен вдвойне. Механический перенос самого привлекательного законодательства в не соответствующее ему социально-экономическое и

культурное поле лишает это законодательство какой-либо эффективности. С другой стороны, отсутствие эффективного, соответствующего реальным условиям законодательства превращает цветущее социально-экономическое и культурное поле в полупустыню.

В принципе возражать против того, что, адаптируя свое законодательство к европейскому, мы движемся в одну сторону, – нелогично. Хотим мы того или нет, но задача так и ставится. Рассчитывать, что ЕС станет подгонять собственное законодательство под наше, не приходится. Речь идет о другом: каковы пределы сближения национального законодательства с европейским, какими постулатами можно пожертвовать, что дееспособное взять, а что оставить неизблемым с учетом отечественной действительности. Для этого необходимо спокойно оценить эту действительность, проанализировать объективные возможности выполнения поспешно принятых обязательств.

Незадолго до американского вторжения в Ирак обозреватель газеты "Нью-Йорк Таймс" Томас Фридман заметил: "Свергнув диктаторский режим, мы узнаем, был ли Ирак таким из-за Саддама или Саддам был таким из-за Ирака". Спустя годы после триумфальной военной операции этот вопрос остается открытым. До построения светского демократического государства в Ираке еще далеко-далеко, а методы, применявшиеся американцами для подавления мятежников в Аль-Фалудже и других городах, по своему размаху уже соответствуют операциям

карательных отрядов Республиканской гвардии павшего режима.

Понимаю, что аналогия грубая, но она приходит на ум, когда даешь оценку попыткам проектировать отечественный уголовный процесс по западным лекалам. Украина, спасибо судьбе, безусловно не Ирак. Однако если А.Д. Кучма, несмотря на историческую славянскую общность, обосновывает отличие Украины от России¹, то отечественные разработчики уголовно-процессуального законодательства явно не хотят видеть многих различий не только с Россией, но и с государствами Европы и Америки, копируя там отдельные нормы и целые институты.

Море чернил изведено и продолжает расходоваться на критику советской теории уголовного процесса и действовавшего законодательства. Но нет ни одной работы, где бы в плане отработки приемлемой в наши дни методики исследовалась их обусловленность или необусловленность поставленными целями развития общества, моделью государственного и общественного устройства, объективными факторами государственной политики, идеологии, экономики. Нет ни одного исследования, позволяющего сделать вывод, насколько мы отошли от реалий советского общества не в лозунгах и политических заявлениях, а в повседневной действительности. А такой анализ крайне нужен.

Здесь нужно быть философом. М.М. Пришвин писал в дневнике 16 июля 1917 года: "Черты лица

¹ См.: Кучма А.Д. Украина – не Россия. – М.: Издательский дом "Время", 2004. – 560 с.

революции никто не видел, потому что никто не может забежать ей вперед. Те, кто мчится вместе с нею, – ничего не могут сказать о ней. А те, мимо кого она пронесется, тоже не видят: пыль, мусор и поднятый хлам заслоняют от них свет. И революция, конечно, существо получеловеческое, полуживотное. Те, кто не мчится, видят только огромный, оставаящийся после себя нечистоты, зад зверя".

Запись в определенной части далеко не бесспорна. Те, кто делает революцию, подвижники имеют цель и соизмеряют с ней получаемые результаты. На промежуточном этапе эти результаты далеки от идеала, они должны "дозреть". В этом немалая роль отводится праву. Если мне не изменяет память, Маркс утверждал, что право не может быть выше экономического строя и общей культуры общества. В целом так и есть. Но революция нарушает данный постулат, облекая сразу свои цели в правовые нормы, делая их как бы маяками. Реформирование отечественного уголовного процесса идет именно по этому пути. Все разумно, все обоснованно. Кроме одного: революция – это процесс, процесс длительный, имеющий определенные этапы. И на каждом этапе надо соизмерять плавучесть, грузоподъемность и скорость корабля с расстоянием до ярко светящегося вдали маяка. *Право создается на перспективу, но закон должен действовать сегодня, он не может быть оторванным от земли, игнорировать "отходы" революции, мешающие двигаться вперед.* Мы уже пытались построить коммунизм к определенной, заранее намеченной дате. Нельзя повторять такую же ошибку с построением капита-

лизма. Закон должен содействовать завоеванию плацдарма, закреплению на нем. Когда появляется возможность приступить к завоеванию очередного плацдарма, можно и нужно принимать новый закон, соответствующий новым задачам и промежуточным целям, реальным средствам их достижения, возможностям преодолевать препятствия, убирать отходы и нечистоты.

Современная криминология, к сожалению, предметом своих исследований берет эти самые отходы, нечистоты, пыль, мусор и хлам, не поднимаясь до высот обобщений. Винить ее в этом нельзя – по сегодняшним проявлениям судить о тенденциях, перспективах развития общества рано. Концепции социально-экономического развития и политическая ориентация меняются, правит бал коррупция, что априори исключает научный подход к оценке потенциальных объективных факторов эволюции общества. Я тоже заострил внимание на наиболее броских фактах, которые сегодня сказываются на постановке и разрешении исследуемых, подчеркну, выборочно взятых проблем.

Не хочу заниматься критикой руководителей нашего государства, ее и так с избытком. Но надо отдать им должное. Капитализм провозгласили панaceей, единственным способом создания общества всеобщего благоденствия, а выдающиеся экономисты с мировым именем, участвовавшие в свое время в обсуждении проблемы перехода от социализма к капитализму, честно признавались в отсутствии даже подходов к ее решению. Тем не менее, некото-

рое подобие капитализма в Украине создали. Могли ли сделать что-нибудь лучшее? Думаю, нет.

У нас не было для этого объективных предпосылок, не было классической революции, в которой, как свидетельствует история, рождается новая формация. Революция предполагает смену элит и систем. У нас же произошло перераспределение власти внутри самой власти. Часть коммунистической номенклатуры департизировалась, но сохранила все реальные рычаги власти. Пути прошлого были прочны и весомы: А.Д. Кучма, например, в бытность народным депутатом, голосовал в Верховной Раде против провозглашения независимости.

Основное обвинение реформаторов - в разворовывании социалистической собственности. Да, действительно разворовали. Но вспомним Ф. Энгельса: "Все так называемые политические революции, от первой до последней, были совершены ради защиты собственности *одного* вида и осуществлялись путем конфискации, называемой также кражей, собственности *другого* вида. Несомненно, что в течение двух с половиной тысяч лет частная собственность могла сохраниться только благодаря нарушениям права собственности... Во время Великой французской революции была принесена в жертву феодальная собственность, чтобы спасти буржуазную..."¹. И еще одно: "... задолго до того, как стены рыцарских замков были пробиты ядрами новых орудий, их фундамент был подорван деньгами. Фактически по-

¹ Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства / Маркс К., Энгельс Ф. Избранные сочинения. - Т. 6. - М., 1987. - С. 188.

рох был, так сказать, простым служебным исполнителем на службе у денег"¹. Та революция была направлена на изменение общественного и политического порядка, препятствовавшего развитию буржуазной собственности, на устранение феодальных привилегий и обеспечение декларируемого законом равенства прав и свобод. Мы начинали практически с нуля.

Капитализм не может существовать без капиталистов, владеющих частной собственностью в масштабах, которые не снились былым владельцам личной собственности. Новоявленным капиталистам, кому создали условия для фантастического обогащения, кто, пользуясь суматохой, сам преуспел, кого "назначили" собственником. Формировала клан капиталистов власть, одаривая общенародной собственностью. Могла ли она при этой раздаче забыть о себе? Пример с советским наркомом продовольствия 20-х годов, упавшим в обморок от голода, не в счет – там были другие идеалы. Приводят другой пример, с Дж. Кеннеди-старшим, который, будучи назначен Рузвельтом руководителем фондовой биржи, отладил ее работу и через год подал прошение об отставке: не считая возможным в силу занимаемого положения участвовать в сделках, он потерял 100 тыс. долларов. Пример хорош, но Дж. Кеннеди был одним из богатейших людей Америки. А наши властители имели пайки из спецраспределителя и вещички по сниженным ценам. От-

¹ Энгельс Ф. О разложении феодализма и возникновении национальных государств / Маркс К., Энгельс Ф. Избранные сочинения. – Т. 6. – М., 1987. – С. 257.

дать миллионы другому и не взять себе? Наверняка истинные патриоты Украины были и есть. Но, повторяю, революционной смены власти не произошло, а коммунистические лидеры, забыв об идеалах, одними из первых стали обладателями значительных капиталов.

Капитализм создаем по старой методе – "пятилетку в четыре года". В СССР были продвинутые администраторы, но не оказалось собственника, хозяина. Раздав населению титулы собственников национального богатства в форме приватизационных ваучеров с обещанной стоимостью десять тысяч долларов, новоявленные менеджеры скупали их за бесценок. Индустриальные гиганты сбывали по цене ларьков. По некоторым расчетам из общенародного достояния сгинули 1 триллион 496 миллиардов долларов. Но это не все. Экономисты отмечают: из-за непродуманной приватизации нувориши стали собственниками производственно-технологических скелетов, образно говоря, дохлых слонов, ибо приватизировать капитал и приватизировать современный завод, обеспечивающий воспроизводство данного капитала, – две не просто большие, а гигантские разницы. 99 процентов капитализации завода находятся вне заводской территории: в системе общественного потребления, кадровых институтов, транспортной инфраструктуре, сетях связи и т.п. Система рухнула, последствия общеизвестны.

Стадию "дикого капитализма" прошли в том или ином виде практически все страны, но когда капитализм строится "сверху", эта стадия неизбежно

приобретает наиболее уродливые формы. Я не одобряю и не осуждаю – констатирую то, что есть.

Можно было действовать иначе? Наверное, да. Но, как всегда, умные мысли приходят после того, а до того, поскольку рецептов не было, использовали метод проб и ошибок.

Что в итоге получилось? В отличие от постулатов советской марксистской теории, современные экономисты считают, что нет четкого и общепризнанного определения капитализма. Строго говоря, в чистом виде капитализм никогда не существовал. Чистый капитализм представляет собой упрощенную модель, которая охватывает следующие институты и принципы: 1) частную собственность; 2) свободу предпринимательства и выбора; 3) личный интерес как главный мотив поведения; 4) конкуренцию; 5) опору на систему цен или рыночную систему и 6) ограниченную роль правительства. Понятно, что данный перечень далеко не исчерпывающий. Но даже с этим у нас пробелы и неувязки. Например, наличие рыночной экономики оспаривают не только наши, но и западные эксперты. Собственность пока понятие условное, передел происходит при каждой смене власти. Уравниловка в зарплате и пенсиях не создает стимулов к производительному труду. Саморегулирующая "невидимая рука рынка" действительно невидима, но не по характеристике Адама Смита, а по причине ее отсутствия. Об ограничении роли правительства вообще лучше не говорить. То же и по другим позициям.

Главная беда в другом. В Украине есть капиталисты, есть даже олигархи, занимающие престиж-

ные места в международной табели о рангах, однако нет класса капиталистов, объединенных общими интересами, нет основы основ капиталистического общества – классового сознания капиталистов как условия их самосохранения. Каждый "гребет под себя", и в существующем правовом и политическом поле – не без оснований. Одна из норм кодекса самурая гласит: "Сегодня у тебя на все вопросы должны быть ответы, поскольку завтра можешь не проснуться". Не уверен, что эта норма известна всем нашим новоявленным предпринимателям, но опасность "не проснуться" из-за отсутствия ответов на большинство вопросов о перспективах экономической и правовой политики предопределяет их поведение.

Если говорить о причине отсутствия буржуазии как социальной группы и ее недостаточной институализации, то она заключается в том, что у нас практически нет свободного рынка, а следовательно, нет и оснований для возникновения буржуазии. В нормальных цивилизованных странах власть существует при бизнесе, у нас – бизнес при власти. Сменилась власть – началась "чистка" собственников. Политологи отмечают, что в Украине, как и в России, власть (как замкнутая самодостаточная и четко ограниченная сфера) монопольно выполняет функцию первичного фондового рынка. Из-за полного отсутствия в стране обычного фондового рынка, то есть "площадки", где распределяются и перераспределяются основные национальные активы и собственность, именно власть взяла на себя эту, по-

жалуй, самую важную и самую интимную государственную и общественную функцию.

Сегодня и предприниматель как таковой в Украине отсутствует – если понимать под предпринимателем человека, свободно принимающего бизнес-решения. Предприниматели как группа общества обслуживают бизнес-схемы чиновников. И в этом смысле предприниматели – такие же наемные работники, как и люди, которые работают у них на предприятиях. Потому что без согласования с бюрократией невозможен ни малый, ни средний, ни крупный бизнес. (Один из бывших руководителей РФ имел кличку "два процента"). А на самом деле согласование очень быстро перерастает во встраивание в чиновничий бизнес. Образовался замкнутый круг, когда и бизнес, и чиновничество поддерживают друг друга в двойных стандартах. Неудивительно, что у нас почти нет пресловутого бизнеса. При всей, казалось бы, "рыночной экономике" реальных частных фирм в Украине в тысячу раз (!) меньше, чем в Польше.

Референт Президента РФ О. Анчишкина констатирует: "Традиционно считается, что органы государственной власти и местного самоуправления встраивают перед бизнесом административные барьеры – чтобы через выдачу разрешений, согласований и лицензий или путем надзора и проверок получать взятки. Есть классический рецепт дебиюкратизации – сократить объем обязательных требований, перейти к техническому регулированию, организационно обособить контрольно-надзорные органы.

Но к настоящему времени сформировалась и укрепилась административная экономика, она сама по себе является фундаментом для воспроизводства тех деформаций рынка, с которыми и ассоциируется административное давление.

Основа административной экономики – требования государственных и местных властей. Они всегда натурализуются в товарах и услугах. Противопожарные предписания обязывают приобретать пожарную сигнализацию и средства пожаротушения. Технические и энергетические – проверять метрологическое оборудование, обучать сотрудников, разрабатывать технические условия по нагрузкам сетей и внутренней электропроводки. Санитарно-гигиенические – проводить дезинфекцию и дезинсекцию помещений, следить за предельно допустимыми выбросами, проводить экспертизы, получать санитарные паспорта. Архитектурные – оформлять фасады к праздникам, озеленять газоны, ремонтировать подъезды. И так до бесконечности. Но нет ни одного обязательного требования, которое к сегодняшнему дню не обросло бы коммерческой деятельностью.

Такая активность кажется похожей на обычную экономическую деятельность, но это территория экономического Зазеркалья. Поставщик, как правило, жестко определен. Конкуренция минимальна, а монополизация чрезвычайно высока. По расчетам фонда "Индем", в 2002 году объем внебюджетных финансовых ресурсов, привлекаемых в органы госконтроля, определялся в 33,5 млрд. долларов. Свое независимое натурное обследование емкости рынка

контрольно-надзорных услуг провело Экспертное управление президента Российской Федерации, по его данным, она составляла в том же году 10 млрд. долларов. Суммы в любом случае – более чем внушительные, значительно превышающие накопленные в Стабилизационном фонде РФ средства.

За последние годы сегмент административной экономики расширялся. За 1999–2003 годы численность государственных учреждений выросла на 65% при общем увеличении количества организаций и предприятий за тот же период на 45%.

Известно, что через государственные учреждения проходит существенная часть договоров об оказании псевдоуслуг и покупке "обязательных" и "сопутствующих" товаров. Судя по косвенным признакам, предприятия административного сектора относятся к категории высокорентабельных производств. Статистические наблюдения за деятельностью государственных организаций фиксируют примечательную картину. По данным А. Фоминых (Рабочий центр экономических реформ при правительстве Российской Федерации), производительность труда на государственных унитарных предприятиях по одной и той же отрасли промышленности почти втрое ниже, чем на негосударственных. А рентабельность продаж по балансовой и по чистой прибыли – на 60–70% и выше.

Общественная организация малого бизнеса "Опора России" составила рейтинговую карту нарушений прав предпринимателей в регионах страны. И получилось, что чем выше уровень деловой активности в регионе, тем выше и непроизводствен-

ные издержки ведения бизнеса – потери, связанные с преодолением избыточного административного давления”¹.

В Украине подобные исследования мне неизвестны, но ситуация аналогична. Возьмем только перечень организаций, осуществляющих регистрацию и постановку субъектов хозяйствования на учет. В Луганске это Управление государственной регистрации и городского реестра Луганского горсовета, облуправление статистики, управление Пенсионного фонда в районах города, отделение исполнительной дирекции в г. Луганске, Фонд социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, районные исполнительные дирекции областного отделения Фонда социального страхования по временной потере трудоспособности. А разрешительная система – это 26 организаций, сквозь строй которых должен пройти предприниматель.

Приведу один типичный пример. Несколько адвокатов, объединившись, решили сделать офис. Купили квартиру. Ее реконструкция сводилась к тому, чтобы оконный проем превратить в дверь и пристроить шесть ступенек.

Количество организаций, с которыми надо пройти муки согласования, я назвал. Приведем описание деятельности одной из них. После согласования с предприятиями, эксплуатирующими наземные и подземные коммуникации, для отвода под эти зло-

¹ Анчишкина О. Административная экономика // Эксперт. – 2004. – № 31. – 23-29 августа. – С. 48.

счастные ступени участка земли площадью, как значится в официальных документах, 0,0006 га (или доступнее – шесть квадратных метров) требуется оформить заказ в "Луганском государственном коммунальном¹ землеустроительном предприятии". Там вначале составляется проект отвода земельного участка, где на тринадцати страницах описывается, что именно данный кентавр будет делать. Работа, видимо, настолько сложная и нестандартная, что оплата ее составляет довольно крупную сумму. Затем еще один этап – составление технического отчета об отводе земельного участка. Это переплетенная средствами современной оргтехники папочка в семнадцать листов следующего содержания: пояснительная записка, техническое задание, представленное заказчиком решение горисполкома об отводе земли, геодезическая часть, таблица сведений о земельном участке, расчет части земельного участка в околodomовой территории, акт отвода земельного участка, акт установления границ земельного участка, картограмма выполненных работ, топографический план, ситуационный план, план внешних границ земельного участка, каталог координат углов поворота границ земельного участка, акт передачи межевых знаков под контроль за сохранностью (речь идет о четырех забитых кольшкках, к которым, видимо, требовалось приставить сторожа), абрисы закрепленных углов поворотов, схема координации, таблица структурных элементов. К отчету прилага-

¹ Согласно Конституции Украины государственная и коммунальная собственность разведены.

ется дополнение на четырех страницах, озаглавленное "Вынос в натуре осей отдельного внешнего входа в помещение по адресу...".

Отметим, что здание, к которому пристраивается шесть ступенек, простояло без малого полвека. Оно обозначено на генплане города и других схемах в горисполкоме, официальная выкопировка из них проектировщику представлена. Но, видимо, подразумевается, что в условиях Донбасса могут быть катастрофические подвижки грунта, поэтому проект предусматривает проведение "геодезических работ по привязке углов поворота земельного участка в системе координат г. Луганска. За исходные пункты взять пункты городской полигонометрии... Измерение углов произвести теодолитом, измерение длины сторон произвести с помощью рулетки. Ход обчислать на ЭВМ (!) по программе "ТОПОГРАФ"¹.

Заключение по отводу земельного участка дает городская санитарно-эпидемиологическая станция. В нем отражается рельеф, вид грунта, высота стояния грунтовых вод, наличие заболоченности, господствующие направления ветров, характеристика возможных влияний объекта строительства на окружающую среду и гигиенические условия жизни населения, возможность организации зоны санитарной охраны. Комплексное заключение делает также управление архитектуры и градостроительства

¹ Непонятно, почему в наш век НТП не была задействована съемка из космоса или, на худой конец, аэрофотосъемка. Размер платы за "работу", и без того немалый (под тысячу гривен), для пополнения местного бюджета и содержания сотни чиновников можно было бы довести до космического уровня.

ва горсовета, государственный архитектурный надзор и др., хотя проектная документация на шесть ступенек и козырек (навес) над ними выполнена Институтом "Гражданпроект". Составлять и подписывать эти документы вынуждены уважаемые профессионалы, занятые действительно важным для общества делом.

За все время, пока в муках рождался проект, строительные работы вести было нельзя (иначе – штраф), а платить арендную плату, разумеется, необходимо.

В других сферах получение разрешения на открытие предприятия – это только цветочки. Один из тружеников малого бизнеса рассказывал: "Наш вождь ошибался, говоря, что социализм – это учет. При социализме было только жалкое подобие учета.

Эра настоящего учета наступила с появлением малого бизнеса и книги учета доходов и расходов, которую выдают за 7 грн. с пронумерованными страницами, прошитую и опечатанную. Я, во-первых, каждый вечер после закрытия кафе должен заново переписывать в книгу все 200 наименований товаров, которые стоят в баре, в холодильнике, в кладовке, и по каждому указать, сколько их было на начало работы, сколько продано, сколько осталось, по какой цене закуплены и по какой хочу продать. Во-вторых, по каждому проданному виду товара я должен подсчитать и записать затраты на его закупку, доход от его продажи и полученную прибыль и все это каждый день суммировать.

Зачем нужно дублировать и переписывать вручную то, что выдает в ежедневных отчетах кассовый

аппарат, что написано в имеющихся накладных, зачем нужна ежедневная инвентаризация всего товара, почему нельзя подвести итоги раз в месяц, собрав документы, как это делают все бухгалтерии, или хотя бы заменить писанину компьютерной распечаткой, - это детские вопросы. "Так велит закон", - отвечает налоговый инспектор.

Работать хорошо, но рано или поздно наступает время платить по счетам.

С первыми 7 организациями, предоставляющими нам весь комплекс услуг, мы справились быстро и взялись за государственные.

Каждому уважающему себя госпредприятию общепринятого индивидуального идентификационного кода предпринимателя или номера паспорта оказалось мало, и оно присваивает плательщику свой регистрационный номер. Таким образом, я стал обладателем целой коллекции из 5 личных номеров, которые обязательно нужно указывать в платежных документах.

Могучий украинский язык был сполна использован для названия платежей. Для разных организаций наши расходы мы называли "оплата за...", "відрахування", "внески", "збір", "податок". Деньги в госбюджет, городской бюджет и 4 фонда тщательно распределили по 14 счетам и со списком, содержащим 21 платеж, пришли в кассу ближайшего банка. Отстояв очередь полчаса, мы получили 21 квитанцию об оплате. Естественно, такая нагрузка на работника банка требует соответствующего вознаграждения, и сумма в 30 грн., именуемая "послуга", не показалась слишком большой.

Бодрые, мы отправились заполнять комплект из 8 отчетных бланков, которые нужно было разнести по 5 организациям в разных концах города"¹.

Нет необходимости доказывать, что из подобного абсурда выход один – в "тьень", под чиновничью "крышу". Для Запада это немыслимо, необъяснимо. В ФРГ, например, для открытия предприятия необходимо одно-два согласования, которые осуществляются в течение нескольких часов. Нельзя не отметить с горечью, что усилия отечественных ученых по совершенствованию хозяйственного (как и многих других отраслей) права, хотя и базируются на сегодняшней действительности, но, в лучшем случае, ориентированы на будущее.

Еще древние говорили, что самый хороший закон – мертвый закон, если он не применяется на практике. Ныне у нас законы вроде бы применяются, по ним, справедливые или нет, решения судов выносятся. Однако, как свидетельствует практика, решение суда – это еще не решение спора. И. Москалевич констатирует: "В Украине, начиная с определенного уровня цены вопроса, напроць отсутствует правосудие. Суды-то есть, но цена их решений прекрасно (и точно) известна. Любая из серьезных бизнес-групп в "своем" суде получит нужное решение в пределах получаса (столько займет оформление документа). Конкуренты же за это время оформят другое, абсолютно противоположное уже в "своем". Следствием такой практики является

¹ Забарило Г. Жизнь и смерть одной идеи // 2000: Еженедельник. – 2004. – 25 июня.

абсолютно индифферентное отношение к судебным решениям – нужно просто протянуть время, пока "наш" суд не перебьет "их". Поэтому любое решение может быть по сто раз оспорено, и никто ни в чем не уверен, поскольку точку в споре при помощи третьей власти поставить нельзя.

Вот свежий пример – покупатель не выполняет условия по конкурсу, предусматривающие внесение 200 млн. дол. инвестиций. Основание для пересмотра результатов конкурса вполне законно: есть решение Деснянского суда столицы по иску акционерки, владеющей акциями ценой в несколько десятков (!) гривен. Но это не конец, а начало...

Впрочем, может не быть и начала. В 2003 году ООО НПП "Донуглеавтоматика" обратилось в Хозяйственный суд Донецкой области с иском к транспортно-экспедиционному предприятию "Интертранс" о взыскании 9,8 млн. грн. Восемь месяцев под различными предлогами Хозяйственный суд Донецкой области не приступал к рассмотрению дела, что послужило поводом для отвода этому суду, после чего распоряжением Высшего хозяйственного суда Украины дело передано для рассмотрения Хозяйственному суду города Киева, где иск, наконец, был удовлетворен. Было бы интересно проследить продолжение, ибо сложившаяся система, допускающая в хозяйственных судах обжалование всего и вся, позволяет откладывать вступление вынесенного решения в законную силу на годы. Столько же может потребовать исполнение решения.

В целом же система приобрела некоторую форму стабильности. Она не то чтобы комфортна, но пред-

сказуема. Люди уже знают, в какой кабинет заходить, что предлагать и как кого мотивировать. Но эффективно делать это могут не все, а лишь те, кто близок и наделен высочайшей индульгенцией. В итоге сложилась традиция, согласно которой Президент ведет едва ли не каждое предприятие"¹.

Сводить роль капиталистического государства лишь к регулированию взаимоотношений между классами и социальными группами ошибочно. Более того, видимо, столь же ошибочно выдвигать на первый план именно эти отношения. Сила капиталистического государства, основная его цель прежде всего в упорядочении взаимоотношений внутри господствующего класса. Принцип: прежде чем наводить порядок "внизу", необходимо навести его "вверху" – незыблем для всех типов государственного и общественного устройства, и в цивилизованных буржуазных государствах он реализован максимально. У нас большей частью все происходит на уровне "разборок".

Возведенный в ряде стран в ранг конституционного принцип пользования предоставленными правами и свободами так, чтобы не нарушать права и свободы других граждан, при всей его прогрессивности, сам по себе неизбежно должен порождать массу конфликтов и споров, особенно в сфере бизнеса и политики. Выход был найден в создании организационных механизмов, направленных на укрупнение, консолидацию интересов множества

¹ Москалевич И. Инвентаризация олигархической собственности. За что боролись и на что напоролись? // Зеркало недели. – 2003. – № 32 (437). – 23 августа. – С. 6.

субъектов права, в формировании ограниченного количества организаций и объединений, выражающих не единичные, а близкие, сплоченные интересы крупных социальных слоев и экономических групп. Наряду с политическими партиями, основу такой организации составили разного рода объединения промышленников и предпринимателей.

В США примером подобного объединения служит Совет по международным отношениям. Большинство членов совета составляют представители "Морган гэрэнти траст", "Чейз Манхэттен бэнк" и "Ай-би-эм". Многие члены совета одновременно входят в Трехстороннюю комиссию – высокое собрание предпринимательской и политической элиты ведущих капиталистических стран, созданную по инициативе Дэвида Рокфеллера с целью координации действий и защиты международного капитализма. Среди других видных элитарных организаций можно также назвать Комитет по экономическому развитию, состоящий примерно из 200 лидеров бизнеса. Существует еще Совет предпринимателей, в состав которого вошли крупнейшие в стране финансисты, банкиры и промышленники, привлеченные из таких компаний, как "Чейз Манхэттен бэнк", "Морган гэрэнти траст", "Дженерал электрик" и "Дженерал моторс".

Эти и другие подобные организации избегают отдавать предпочтение интересам какого-либо отдельного предприятия. Можно утверждать, что в высокоорганизованном капиталистическом обществе интересы собственности в целом преобладают над интересами отдельных собственников.

Пользуясь услугами исследовательских институтов и групп, советы стремятся разрабатывать политический и экономический курс для всей системы в целом. Их влияние предопределено весомостью положения внутри системы и реализуется в способности заполнять высшие государственные посты людьми из своих рядов либо, по меньшей мере, лицами, которым их интересы близки и понятны¹.

Представители этих организаций были американскими президентами, вице-президентами, государственными секретарями и министрами обороны, занимали другие министерские посты и временами буквально монополизировали членство в Совете национальной безопасности – высшем официальном органе страны, ответственном за формирование политики.

В нашей стране на такую роль претендует Украинский союз промышленников и предпринимателей, ряд других объединений, созданных по инициативе "сверху" или небольшими локальными группами. Как констатируют сами предприниматели, у нас есть аграрное лобби, промышленное лобби, другие лоббистские структуры. Предприниматели "под ковром" лоббируют свои узкоспецифические интересы поодиночке либо в "группах по интересам". Но ни один из существующих республиканских союзов не справился с генеральной задачей – сплочением предпринимательского движения для лоббирования общих интересов.

¹ Существует афоризм: "Монолитная элита означает конец свободы, а разрозненная – конец государству".

В США корпоративная соорганизованность наблюдается в сферах как крупного, так и среднего и мелкого бизнеса. Будучи механизмом согласования интересов, она позволяет формировать адекватное этим интересам законодательство и осуществлять эффективный контроль за его соблюдением. В США указанным целям служит нормативно установленный институт лоббирования.

Лоббизм выполняет функцию организации плюрализма общественных интересов, подкрепленную сложной системой сдержек и противовесов. В США институт лоббирования законодательно регламентирован, отработана практика подбора лоббистов. Классные вашингтонские лоббисты – это обычно адвокаты или бизнесмены, проявившие себя достойными приверженцами своих фирм, бывшие члены законодательных собраний или бывшие помощники членов конгресса, бывшие бюрократы с широкими и прочными связями. Задача лоббистов – подготовить законодателям и государственным должностным лицам аргументированное обоснование тех предложений, в которых заинтересованы представляемые ими объединения.

Численность лоббистов впечатляет: только в конгрессе США их около 15 тысяч. Есть они в правительственных учреждениях, в сфере "связей с общественностью" и др. Во многих крупных корпорациях для оказания услуг государственным должностным лицам существуют специальные отделы. По данным одного из исследований Американского института нефти, нефтяные, газовые и нефтехимические компании расходуют 75 миллионов долларов в год на

лоббистскую деятельность и содержат в штате не менее дюжины лоббистов. Более 600 человек заняты в нефтяной промышленности только для оказания давления на конгресс и правительственные учреждения. Торговая палата с ее 89500 корпоративными членами и ежегодным бюджетом в 20 миллионов долларов имеет 1200 наблюдательных комитетов конгресса на местах¹.

Как отметил один американский политолог, уровень преступности на Капитолийском холме не ниже, чем в самом криминализированном штате. Частная собственность создает питательную среду для коррупции, и с этим приходится считаться. Но нельзя проходить мимо главного: корпоративное лоббирование позволяет выработать экономическую и другую политику, прогрессивную для капиталистического общества в целом. А это означает необходимость не только оказывать взаимную поддержку в осуществлении отдельных планов, но и предварительно производить их жесткую социальную оценку, пресекать попытки ставить узкие собственные интересы выше интересов системы.

Корпоративная соорганизованность сужает поле для экономической преступности. Конкурирующие объединения контролируют деятельность друг друга и тем самым облегчают государству выявление фактов злоупотреблений и своевременное их пресечение.

¹ См.: Паренти М. Демократия для немногих. – М., 1990. – С. 27-29, 270-280; Лоббизм в России: этапы большого пути // СОЦИС. – 1996. – № 3. – С. 5.

Сегодня в Украине эта работа возложена на государственные структуры. Непосильная для них по многим причинам, она не дает и не может дать положительных результатов.

Можно долго говорить о том, что есть "у них" и чего нет "у нас". Но, наверное, лучше всего о результатах строительства капитализма в Украине говорят сами по себе цифры экономической статистики.

Для того, чтобы достичь уровня, необходимого для вступления в ЕС, Украине нужен годовой ВВП порядка 300 млрд. дол., или 6 тыс. дол. на душу населения. Экономические предпосылки вступления в ЕС базируются на том, что подобный достаток позволяет стране в основном решить самые насущные социально-экономические проблемы. Так, ВВП на душу населения в Германии составляет 25 тыс. дол., в Польше – 4,5 тыс., в Болгарии – 1,55 тыс. дол. В Украине же – менее тысячи долларов.

Ни в Европе, ни в Азии, ни в Северной Америке уже почти не осталось стран с таким уровнем ВВП на душу населения и средней зарплатой. Простой математический расчет показывает: чтобы 50 млрд. дол. ВВП превратились в 300 млрд. при ежегодном росте даже на 10%, потребуется 20 лет¹. И это при условии стабильного притока капитала в народное

¹ Наивно полагать, что за это время европейские государства, в ожидании Украины, оставят доходы на нынешнем уровне и не будут их увеличивать. В то же время следует учитывать, что сегодня рост ВВП обеспечивается в основном за счет экспорта металлургической продукции при хронических неплатежах за ее поставку. (Объем дебиторско-кредиторской задолженности в 2,3 раза превышает ВВП).

хозяйство. Но в Украине, как и во всех странах постсоветского пространства, уровень внутренних сбережений и инвестиций очень низок и явно недостаточен для стабильного экономического роста. Объясняется это низкими частными доходами, низкой рентабельностью в промышленности, а также значительной долей безналичных, а немного ранее – и бартерных операций.

По оценкам экспертов, для нормального развития экономики Украины требуется дополнительных инвестиций от 80 до 100 млрд. дол. США. В то же время прямые иностранные инвестиции за тринадцать лет независимости составили всего лишь 5,3 млрд. дол. Цифра более чем скромная. Например, Чехия за это же время получила более 20 млрд. дол. Ежегодные инвестиции в Польшу составляют 4-5 млрд. дол., тогда как в Украину – 0,5 млрд. дол. По объемам иностранных инвестиций на душу населения Украина уступает даже Албании и Казахстану.

В 2002 году Украина в сфере макроэкономической конкурентоспособности, по оценке Всемирного экономического форума, оказалась на 69-м месте среди 80 стран¹.

Приведенные цифры требуют комментария. Действительно, в мировой экономике Украина выглядит далеко не блестяще. Но в экономической науке принято каждую цифру анализировать в системе различных показателей. Существует другая ме-

¹ См.: Парихаладзе А. Инвестиционный климат Украины // Зеркало недели. – 2004. – № 29 (504). – С. 15.

тодология, основанная на паритете покупательной способности (ППС). Это – валютный курс, который учитывает разницу в ценах на товары и услуги в странах, чьи валюты сравниваются (например, цена гамбургера в Украине, ФРГ, США и других странах). В пересчете по такому показателю в 2003 г. ВВП на душу населения в Украине составлял 5312 дол. США. По прогнозам МВФ, ВВП на душу населения Украины по ППС в 2004–2005 гг. составит 5663 дол. и 6045 дол. соответственно¹. (По данным ООН ВВП России на душу населения 8000 дол. США).

Разница в ценах на внутреннем и внешнем рынке была неконтролируемым источником колоссального обогащения новоявленных бизнесменов в первые годы независимости Украины, она остается способом спекуляции и сейчас. Однако вынужденная политика государственного регулирования цен на хлеб, нефтепродукты и др., чтобы удержать Украину в числе стран со средними доходами населения, препятствует развитию рыночной экономики, способствует сохранению экономики теневой, приводит к применению к нам санкций со стороны международных организаций. Такая политика несовместима с решением задачи вхождения Украины в Европейский Союз, да и объективно ограничивается наступательной глобализацией экономики.

Осуществляемая в Украине либерализация уголовного процесса не может быть реализована вне рамок коренной демократизации государственного управления, а если рассматривать проблему шире –

¹ См.: ForUrn. – 2004. – 20 июля.

без изменения способа жизни общества. Законность превращается в формальный фетиш, если она не обеспечивается реальным уровнем конституционных свобод, защиты личности от давления, исходящего из любого источника, будь то церковь, общество или же само государство. В свою очередь, демократия без законности – анархия. Исследование данных аспектов – прерогатива политологии, философии права. Не пытаясь охватить весь комплекс проблем, отметим один важный, а может, даже определяющий фактор – наличие финансовых ресурсов, которые заработаны за счет реформирования и капитализации экономики, или, в собирательном понятии, – уровень благосостояния общества.

Такого рода зависимость впервые проанализирована в получившей широкий резонанс книге американского политолога Фарида Закарии "Будущее свободы. Нелиберальная демократия дома и за границей". Автор доказывает, что в бедных странах либеральная демократия не приживается, даже если эти страны выбирают путь демократического развития после краха "родного" авторитаризма или победы национально-освободительного движения. Статистическим исследованием, проведенным на основании изучения политико-экономического состояния всех государств мира в период между 1950 и 1990 годами, обнаружено, что существует прямая зависимость между величиной дохода на душу населения и сроком жизни демократии в стране. Так, при уровне дохода на душу населения (не путать с долей ВВП) ниже 1500 долларов (в пересчете на современные деньги) демократия живет всего около

восьми лет. Уровень дохода на душу населения в 1500-3000 долларов увеличивает срок жизни демократии до 18 лет. И только уровень доходов выше 6000 долларов делает демократию практически бессмертной¹.

Становится понятно, почему, согласно отчету Freedom House за прошлый год, Украина – единственная из европейских государств в списке 30 стран, отдаляющихся от демократии. Они охарактеризованы как "страны на перекрестке", и сделан вывод: демократия в этих странах не стала необратимой.

Назовите мне хотя бы одну работу, где в предложениях по реформированию уголовно-процессуального законодательства принимались во внимание приведенные выше и масса других специфических особенностей практически всех основных составляющих государственной и социально-экономической системы Украины. Таких работ, по-моему, нет. Между тем одна только тотальная коррумпированность всех ветвей власти в Украине (о чем свидетельствует ее стабильно низкий международный рейтинг) не может не требовать существенных коррективов для снижения взяткостоемости уголовно-процессуального законодательства.

Приведенный беглый обзор саморегуляции и взаимоконтроля в высших и других эшелонах вла-

¹ См.: Fareed Zakaria. The Future of Freedom. Liberal Democracy at Home and Abroad. New York: W. W. Norton & Co., 2003. P. 172-186.

сти и бизнеса в зарубежных государствах в сопоставлении с нашей действительностью разве не заставляет задуматься над тем, насколько будет эффективно взятое без изменений западное законодательство применительно к оставшемуся один на один с экономической преступностью отечественному правосудию? Не окажется ли оно своеобразным эрратическим валуном (валуном, перенесенным ледником в несоответственную ему геологическую среду)? Экспертизу Проекта УПК под таким углом не проводили, надеемся на светлое будущее. Эксперты Совета ЕС также будут судить о Проекте, подходя со своими мерками, они от нашей действительности далеки.

Почему в работах наших теоретиков только и читаешь: Запад, Запад, Запад? Почему мы обуваемся в лапти, относим себя к Иванам, не помнящим родства, несмышленишам, своего рода подсобным рабочим, способным только подражать Западу, перепевать тамошние мелодии? Не стыдно ли сознательно идти на такое унижение, заниматься самобичеванием, доходящим до интеллектуального мазохизма? Неужели мы действительно глупее всех на свете?

Мудрый человек, бывший главный режиссер Большого театра Б.А. Покровский, оценивая сегодняшнюю действительность в сфере современной русской культуры, заявил: "Американцы, насаждая в России свою так называемую культуру, у нас берут самое лучшее. В дураках опять же оказываемся мы. Это вечная болезнь России. Мы всегда кому-то завидовали, вместо того чтобы научиться и сделать

лучше. Хватаемся за чужую культуру, за которую хвататься не надо, и обжигаемся, как об горячую сковородку”.

Украина – не Россия, но сегодня болезни у нас общие. Как часть украинской культуры инфицировано ими и наше право. Я не против заимствования многих идей западного права. Они того стоят уже в силу продолжительной истории и “естественного отбора”. Однако заимствование идеи не означает калькирования правовых норм. Идея парового котла породила паровоз Уатта. Но на базе этой же идеи летают сегодня космические корабли, разработанные с участием украинских конструкторов. Неужели отечественные процессуалисты вкупе с криминалистами, с учетом нашей специфики и имеющегося опыта, не могут пойти дальше американцев или немцев, создать более эффективный правовой механизм раскрытия и расследования преступлений? Могут, и еще как могут. Надо только отказаться от укоренившихся школьных привычек пользоваться шпаргалками и начать думать своей головой.

Кстати, не совсем прав Б.А. Покровский, говоря о вечной болезни России. Напомню характеристику Устава уголовного судопроизводства Российской империи 1864 г., данную известнейшим процессуалистом того времени профессором И.Я. Фойницким: “В нашем новом процессе много сходного с английским и особенно французским, в общих очертаниях он приближается к тому же типу, который выработан этими лучшими представителями европейской культуры, и устанавливает наши родственные с нею отношения. Но в то же время почти ни один про-

цессуальный институт уставов не может быть признан ни английским, ни французским: на каждом из них лежит печать самобытности, каждый из них имеет самостоятельную русскую физиономию, приспособленную к русским нуждам, непонятную без изучения русских условий". Нам бы сейчас так.

Да, мы прошли этап социализма с его авторитарным режимом. Но давайте трезво посмотрим: даже в столь жестких политических условиях выдающиеся отечественные юристы сумели разработать теоретические концепции, позволившие отстоять в правосудии многие демократические институты. Можно сколько угодно охаивать былую законность, былую правоприменительную практику, и, безусловно, есть за что: позор расправы с инакомыслием несмываем. (Хотя и Западу есть в чем повиниться). Но никуда не деться от факта: вал общеуголовной преступности был остановлен, его удавалось устойчиво сдерживать. В Нью-Йорке еще 40 лет тому в номерах гостиниц, где проживали даже члены иностранных правительственных делегаций, на видном месте лежало предупреждение администрации о небезопасности прогулок по городу после 20.00¹. У нас эта проблема приобретает остроту лишь сейчас. Признание мировой общественности получила существовавшая система социальной профилактики и правового воспитания, многое другое. Наверное, оценивая прошлое, не следует все валить в один куль.

¹ См.: Ляшко А.П. На ступенях власти. – К.: НД "Деловая Украина", 2001. – С. 234.

В равной мере данный подход применим и к Западу: либерализма в правосудии там хоть отбавляй. Но почему мы не реагируем на то, о чем в полный голос говорят именно западные правоведы, политики, рядовые граждане: столь либерально-демократическая система оказалась неэффективной перед лицом глобального терроризма как наиболее опасной формы преступности? Нет ощутимых успехов и в борьбе с наркобизнесом, торговлей людьми, мафией в целом. Например, по сообщениям СМИ, итальянская мафия обложила данью всех без исключения предпринимателей не брезгуя даже побором в 20 евро с мелких торговцев со скромными доходами. В минувшем году в Италии расследовано 1254 дела об организованной преступности, а арестовано всего лишь 172 подозреваемых¹.

Анализируя литературу, четко видишь две позиции в отношении использования западного опыта. Одни готовы безоглядно пересаживать в нашу морозную землю экзотические пальмы. Другие, наоборот, взывая к национальной самобытности, протестуют против пересадки даже обычной ели. Не уверен, что истина лежит посередине.

Английский король Генрих VIII, немало сделавший для своего государства на политическом и экономическом поприще, все-таки вошел в историю как монарх, шесть раз стоявший перед алтарем. Первый его брак закончился скандалом на международном уровне, второй и пятый – эшафотом для

¹ См.: Коломиец А. У мафии – новая доктрина // 2000: Еже-недельник. – 2004. – 11 июня.

королев, третий – смертью жены, шестой – кончиной самого заслуженного супруга. А вот с четвертой женой, Анной Клевской, Генрих развелся вскоре после свадьбы без проволочек и неприятностей, как утверждают некоторые историки, будучи не в силах перенести явного несоответствия между портретом кисти маэстро Гольбейна, по которому король выбирал себе невесту, и ее реальным обликом.

Похоже, что наша законодательная практика в какой-то мере напоминает брачную судьбу Генриха VIII. Мы также отправляли на эшафот десятки, если не сотни, скоропалительно принятых законов, многие предаем забвению, не имея возможности их реализовать. Заочно "женившись" на западном законодательстве, мы знаем его "по портрету", а чаще делаем вид, что знаем, ибо оригиналы всех нормативных актов нашим законодателям неведомы. (О качестве их переводов я уже молчу).

Еще хуже с историей права. В шестидесятые годы защищался кто-то из прокурорских коллег. Я еще не был обременен учеными званиями и степенями, но имел более двадцати статей, опубликованных в союзных и республиканских журналах, и меня попросили выступить на защите неофициальным оппонентом (было тогда такое понятие). Мой коллега защищался вторым. Первая защита – по конституционному праву. Диссертант сделал акцент на том, что в первой советской Конституции содержался лозунг "Кто не работает, тот не ест", во второй его сняли, а в следующей восстановили. Такие трансформации диссертант объяснил изменением социально-экономической обстановки в стране – в период

НЭПа лозунг потерял актуальность. Защита прошла успешно, существенных замечаний не было. На банкете после защиты оппонент – человек преклонного возраста (хоть убейте, не могу вспомнить фамилию), произнося тост, сказал: "Я не хотел усложнить защиту диссертации, работа хорошая. Но надо восстановить историческую справедливость. Проект второй Конституции обсуждала комиссия, возглавляемая старым большевиком, человеком уже немощным. Он дремал, сидя в председательском кресле, а докладчик называл по порядку статьи первой Конституции и вносил предложения – оставить их или внести изменения. Когда дошла очередь до лозунга "Кто не работает, тот не ест", докладчик, как само собой разумеющееся, скороговоркой сказал: "Оставляем, это еще в писании святых Петра и Павла есть". Но тут председательствующий встрепенулся: "Вы что, в Конституцию тексты святых писаний включаете? – Исключить!". Исключили. Председательствующий ушел в мир иной, и новый состав конституционной комиссии с лозунгом согласился".

Мы историю своих законодательных актов не всегда знаем, а о зарубежной и говорить нечего. Среди народных депутатов есть высококвалифицированные юристы, однако их до смешного мало, на имеющееся обилие проектов законов им не разорваться.

Социологи констатируют: современное поколение бывших граждан Советского Союза – в большинстве своем марксисты. И те, кто Маркса не читал, и те, кто по Марксу облачался в красный пиджак "нового украинца". Мы жизнь прожили в стра-

не, где сам воздух был пропитан марксизмом. Как бы ни отнекивались и ни открещивались, старое мировоззрение у нас в крови. А сегодня, по шутивому определению, мы уже дети Маркса и кокаколы. Поэтому в использовании западных образцов, хотим того или нет, наша технология законотворчества зачастую может быть приравнена к стилю приглашения к столу одним из героев фильма "Джентльмены удачи": "Кушать подано. Садитесь жрать, пожалуйста" с сохранением предпочтения методов правового регулирования согласно знаменитому "Пасть порву!".

Но самое главное – мы имеем далеко не полное представление о той реальной действительности Запада, которая позволяет издавать именно такие законодательные акты. В итоге примеряем одежды не того размера и попадаем в ситуацию, о которой любят с юмором рассказывать журналистам самокритичные депутаты немецкого бундестага: "Что такое рай? Рай – это место, где полицейским работает немец, любовником – итальянец, автомехаником – англичанин, а балеруном – русский. А что такое ад? Ад – это место, где полицейским работает итальянец, любовником – немец, автомехаником – русский, а балеруном – англичанин".

Говоря об использовании западного опыта, мы заимствуем не практику применения закона в системе других законов, традиций, обычаев, форм самоорганизации населения, уровне его правовой культуры и активности, а единично выхваченный законодательный акт в "голом виде". Перенимая западный опыт в части либерализации прав обвиняе-

мого, наши разработчики законодательства забыли или проигнорировали основополагающий постулат: права существуют в неразрывном единстве с обязанностями. Если мы нарушаем сложившийся баланс, расширяя права (свободы), то логически необходимо посмотреть, какую трансформацию претерпевают обязанности, причем обязанности не только других людей, но и государства.

Непредвзятый анализ свидетельствует: расширение прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовного судопроизводства в странах Запада привело к заметному ограничению возможности и сокращению обязанности государства обеспечивать безопасность своих граждан, частичному переложению этой обязанности на самих граждан. Проявлением данного процесса является разрешение гражданам приобретать и носить оружие, пользоваться услугами частных охранных фирм, сыскных агентств, осуществлять самоорганизацию жителей близлежащих домов по взаимному наблюдению за сохранностью имущества, использовать систему страхования жизни, здоровья, имущества и т.д.

Участники конференции Всемирной организации детективов более чем из 60 стран, состоявшейся в Москве в августе 2004 года, отмечали, что в США, например, обстановка после одиннадцатого сентября изменилась радикально. Сегодня в больших супермаркетах ведется специальное обучение персонала. Если вы оставите где-то сумку, она немедленно будет найдена и передана службе безопасности. Стало больше заказов на личную охрану. Семьи, которые едут в путешествие, нанимают те-

лохранителей. Много денег тратится на обеспечение безопасности домов – строится больше стен, заборов, устанавливается больше камер слежения. Постепенно меняются принципы работы среднего бизнеса. В офисы многих компаний уже нельзя запросто войти с улицы. В Великобритании изменения в сфере безопасности видны невооруженным глазом. Прекрасное здание нижней палаты парламента в Лондоне, куда раньше был свободный вход, обнесли огромным бетонным забором. При входе все досконально проверяется¹.

В Украине проявление данной тенденции очевидно. Даже святыю святых – национальную безопасность, и ту пытаются частично вывести из-под исключительной опеки государства: в Верховной Раде находится законопроект "О негосударственном обеспечении национальной безопасности Украины".

Об очевидном ослаблении возможностей государства в борьбе с преступностью, несовершенстве существующих средств и методов противодействия организованной ее формам свидетельствует вынужденное включение в законодательство и правоохранительную практику института судебного компромисса. Наиболее радикальная мера – частичный отказ государства от роли вершителя судьбы человека, совершившего преступление, предоставление потерпевшему права на примирение с ним и самостоятельное решение вопроса о возмещении причиненного ущерба.

¹ См.: Страх нынче дорог // Эксперт. – 2004. – № 33. – С. 28.

Попутно отметим подвижки, начавшиеся и в украинском законодательстве. Одной из новелл такого рода является ст. 19 Гражданского кодекса Украины, в которой впервые регламентируется:

1. Лицо имеет право на самозащиту своего гражданского права и права другого лица от нарушений и противоправных посягательств.

Самозащитой является применение лицом средств противодействия, которые не запрещены законом и не противоречат моральным началам общества.

2. Способы самозащиты должны отвечать содержанию права, которое нарушено, характеру действий, которыми оно нарушено, а также последствиям, которые вызваны этим нарушением.

Способы самозащиты могут избираться самим лицом или устанавливаться договором или актами гражданского законодательства.

Стремление к ограничению роли государства в регулировании общественных отношений нашло отражение в п. 3 ст. 6 ГК, допускающем, что стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению.

Отечественные сторонники признания недопустимости доказательств, полученных даже с малейшим отступлением от норм УПК, опираются на соответствующий опыт США. Да, действительно, суд там относится к такого рода нарушениям жестко, вплоть до оправдания заведомо виновного преступника. Но никто не пытается выяснить, почему столь терпимо к подобной практике относятся потерпев-

шие. Ведь пробелы в работе суда и правоохранительных органов, казалось бы, напрямую отражаются на их моральных и материальных интересах. Однако конфликтов почти не наблюдается. Оказывается, законодатель позволил себе привилегию доводить до идеала процесс собирания доказательств, потому что потерпевшие в определенной мере относятся нейтрально к результатам правосудия. Они считают, что наказание преступника – задача государства, и если оно плохо с ней справляется – они дадут ему оценку на выборах. А материальных потерь у них нет. К их наступлению они были готовы и приняли своевременные меры по предотвращению.

Например, в США, Великобритании и Австралии человеку с детства внушают, во-первых, что риск – это норма жизни, во-вторых, что каждый сам должен позаботиться о возможных последствиях этого риска, никто другой этого не сделает. Именно поэтому даже у весьма юных людей возникает стремление понять, в чем состоят те риски, с которыми они могут столкнуться, и как от них застраховаться. В итоге индивидуальное страхование является необходимым элементом жизни практически каждого человека. Как следствие – в США по сравнению с другими странами страховые премии очень высоки: в среднем они составляют от трех тысяч долларов на семью. В России средняя сумма страховых взносов составляет двадцать-двадцать пять долларов на семью¹. В Украине и того меньше.

¹ См.: Власова О. Жизнь без страховки // Эксперт. – 2003. – № 45. – С. 44.

Расширение роли граждан в обеспечении собственной безопасности от преступных посягательств – одно из отражений общей тенденции. Сейчас практически во всех странах Запада меняются системы социального обеспечения и пенсионная. Государство передает заботу о работниках компаниям. Должны заботиться о своем будущем и сами граждане. Возможно, когда-то данная тенденция наберет силу и у нас. Но пока кто будет компенсировать потерпевшим ущерб, причиненный преступлением и не возмещенный по вине правоохранительных органов, поставленных законодателем в неоправданно жесткие рамки?

Можно сколько угодно говорить о демократических преобразованиях в уголовном процессе путем расширения прав обвиняемого, но нельзя не учитывать ту цену, которую вынуждено за это платить общество. Прежде всего это рост нераскрытых преступлений и, что им обусловлено, рост преступности в целом. Но самое главное – за расширение прав и свобод обвиняемых общество вынуждено поступаться значительной частью прав и свобод законопослушных граждан. Одно из проявлений данного процесса – уже начавшаяся на Западе организация тотального видеонаблюдения не только в зданиях аэропортов, вокзалов, магазинов, офисов, гостиниц и т.п., но и на улицах населенных пунктов. Следующий закономерный шаг – создание системы идентификации конкретных личностей по видеоизображению и постоянного мониторинга за ними. При современном уровне компьютерной техники – это вопрос только времени. В США вводится в действие

компьютерная система проверки авиапассажиров "CAPPS-2". Она позволит в считанные минуты оценивать степень угрозы, которую может представлять любой из пассажиров всех 26 тысяч рейсов, ежедневно совершаемых в США. В администрации транспортной безопасности будет храниться в электронном досье информация от всех авиакомпаний, содержащая максимально подробные сведения о каждом, кто приобрел или забронировал билет на самолет. А она в свою очередь будет сопоставляться с информацией, которой располагают спецслужбы. Итогом этой тотальной проверки станет своеобразный цветовой паспорт пассажира. Каждому прилетающему в Америку предполагается присвоить свой цветовой код. Люди благонадежные (считается, что таких большинство) будут маркированы в компьютере зеленым цветом. Примерно 8 процентов – желтым, что потребует дополнительной проверки, а от 1 до 2 процентов пассажиров ориентировочно "выкрасят" в красный цвет. Это сигнал: "Тревога – потенциальный террорист!". Таким доступ на борт самолета закрыт. Их ждет допрос в полиции, а возможно, и арест¹.

Ужесточается процедура оформления виз. Не исключено, что страны Запада воспримут наш опыт прописки постоянно проживающих граждан. Публикации такого рода уже есть. В Великобритании вводятся паспорта нового образца. В них будет микрочип, хранящий информацию о владельце, в

¹ См.: Джалгония В. Попадет ли 9-11 в книгу Гиннеса? // Эхо планеты. – 2003. – № 41(808). – С. 31.

том числе биометрическую, и фотографию в электронном виде. Пока обсуждается вопрос о вживлении идентификационного чипа представителям профессий с повышенным риском, но уже витают идеи о вживлении его каждому новорожденному. Думаю, все это не предел.

После терактов на Западе произошла своего рода интеллектуальная техническая революция в деле борьбы с преступностью. Стало очевидно, что наблюдать надо за гораздо большим количеством объектов. Этот поток информации трудно обрабатывать – человек ограничен в своих физических возможностях. Да и просто людей не хватит. "Интеллектуализация" систем безопасности означает, что в работу операционной системы внедряются те алгоритмы, которые использует живой человек. Например, новая аппаратура слежения может распознавать аномальное поведение человека: кто-то прыгает через турникет или ведет себя не так, как основной поток людей, – прибор тут же выхватывает такого человека и начинает "вести", проверяя по базе данных. Система распознает человека не только по радужной оболочке глаза или по голосу, но и по походке. А это невозможно скрыть. Сейчас разрабатываются такого рода интеллектуальные анализаторы. Еще одно направление. В Интернете в разбросанном состоянии хранится масса всяких сведений. И если каждую информацию рассматривать отдельно, она с точки зрения потенциальных угроз большого интереса не представляет. Но если с помощью современных методов анализа различную информацию связать между собой, можно добиться потря-

сающих результатов. Американцы на эти разработки тратят большие деньги – они даже стали меньше засылать своих агентов в другие страны. Проще открытую информацию анализировать, не покидая США, и таким образом раскрывать скрытую подоплеку.

Сегодня нам нужно быть последовательными: если уж сняли копию, притом не самую качественную, с западного образца, то давайте посмотрим, какие там, на Западе, происходят трансформации в оригинале.

Франция – родина Декларации прав человека и гражданина – и сегодня считается страной, где законодательная и другие власти уделяют максимум внимания проблеме защиты прав и свобод. Теоретики подчеркивают, что механизм гарантий прав человека неизбежно ведет к ограничению власти государства и сам порядок примиряется с защитой свободы¹. Приверженность основополагающим принципам свободы во Франции проявляется в законодательной их регламентации. Более того, по решению Конституционного совета употребляемая в преамбуле формула о приверженности Франции фундаментальным принципам, признанным законами республики, означает, что они не подлежат пересмотру и обязательны для исполнения всеми, включая законодательную власть.

Однако, в отличие от Украины, во Франции задержанный ранее был вправе встретиться с адвока-

¹ См.: Оби-Жан-Бернар и др. Исполнительная власть, Законодательная власть, Судебная власть во Франции. – М., 1996. – С. 10.

том не более чем через 20 часов после задержания и беседовать с ним только в течение 30 минут. В соответствии с законом, вступившим в силу 13 сентября 1993 г., т. е. задолго до сентябрьских (2001 г.) событий в Америке, для определенной категории задержанных лиц (связь с организованной преступностью, бандитизм, рэкет, сутенерство) встреча с адвокатом отодвинулась с 20 часов на 36 с момента задержания¹. А новым законом Perben-2, названным так в честь министра юстиции Доминика Пербена, по делам о преступлениях, совершенных организованными преступными группами, допускается возможность ареста подозреваемых без санкции суда на срок до четырех суток без права свидания с адвокатом.

Еще одна специфическая особенность французского УПК: по делам об отдельных уголовных правонарушениях обязанность доказывания невиновности прямо возлагается на обвиняемого. Как констатирует Ж. Ларжье, по французскому УПК в некоторых случаях обвиняемый "должен доказывать наличие не только невиновности, но и смягчающих обстоятельств"².

Очередное нововведение – институт "коронных свидетелей" – освобождение от ответственности раскаявшегося преступника, если он не совершил убийство или не давал заказ на убийство, в обмен

¹ См.: Фоков А.П. Конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод в современном уголовно-процессуальном законодательстве Франции // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 71.

² См.: Largier J. La procedure penale. P., 1963. P. 42.

на ценную информацию. По закону французские прокуроры получают возможность договариваться с обвиняемыми и их адвокатами о мере вины и наказания. В результате судебные процессы будут существенно ускорены, поскольку судьям останется лишь зафиксировать "договоры". Закон вызвал протесты французских адвокатов. Президент Парижской коллегии адвокатов Жан-Мари Бургубэр не возражает против ускорения судебных процессов, однако утверждает, что такая практика подорвет публичность процесса как основной гарантии демократического правосудия. "Равенство между государственным обвинителем и защитой превратится в иллюзию", — подчеркивает Бургубэр. Однако министр юстиции обоснованно возражает: перегруженная юстиция не в состоянии выносить справедливые приговоры. Из-за перегруженности судов дела рассматриваются очень долго, а камеры следственных изоляторов переполнены.

В США после 11 сентября 2001 г. разрешили прослушивание телефонных разговоров защитника с подзащитным. По сообщениям СМИ, в Евросоюзе обсуждается проект закона, согласно которому адвокат, узнавший в процессе работы с подзащитным об отмывании "грязных" денег, обязан будет сообщить об этом правоохранительным органам. Готовится закон, обязывающий государство обеспечить защиту такого адвоката и материальную компенсацию его труда.

Глава МВД Великобритании Дэвид Бланкетт добивается принятия новых антитеррористических законов, позволяющих проводить закрытые суды

над британцами, подозреваемыми в причастности к международному терроризму. Предполагается, что в новых судах доказательства вины будут держаться в тайне от обвиняемых, чтобы защитить источники спецслужб. Кандидатуры судей должны получать одобрение службы безопасности¹.

В некоторых государствах узаконено так называемое превентивное заключение. Например, в ФРГ превентивное заключение опасных преступников, в том числе и пожизненное, после окончания непосредственного срока заключения предусмотрено Уголовным кодексом еще в 1933 г. На начало 2004 г. с такой целью там находилось под стражей около 300 человек. В феврале 2004 года Конституционный Суд ФРГ признал, что превентивное заключение не противоречит Конституции, предъявив лишь жесткие требования к процедуре реализации данной меры².

В Малайзии существует собственная методика работы с террористами. Бывший представитель силовых структур поясняет: "Мы без суда и следствия помещаем их в специальные тюрьмы. У нас в стране давно действует Акт о внутренней безопасности – американцы до одиннадцатого сентября были против него. Но потом они сами приняли его у себя. Мы держим террористов в заключении два-три года, меняя их образ мыслей. Мы работаем с ними, доказы-

¹ См.: Тайные суды для подозреваемых в терроризме // Юридическая практика. – 2004. – № 6 (320). – 10 февраля. – С. 3.

² См.: В Германии разрешили оставлять заключенных в тюрьме даже после отбытия срока // Юридическая практика. – 2004. – № 7 (321). – С. 3.

вая, что их ввели в заблуждение. Наши религиозные авторитеты день за днем убеждают их в том, что они ошибаются. Вы говорите, что, если взорвете себя, окажетесь на небесах. Где об этом сказано в Коране? Мы доказываем их неправоту с Кораном в руках. Да, джихад возможен, но где сказано, что можно убивать невинных людей? Это вроде профилактория – заключенные имеют свободный доступ к информации, книгам, телевидению. Мы выпускаем их только тогда, когда видим, что они изменились, и только после публичного отказа от террористических методов при активном участии СМИ. Бороться с террористами, уничтожая их, нельзя. Это позиция нашей страны¹.

Ограничение прав и свобод имеет место не только в сфере уголовного судопроизводства. В Венгрии развернута кампания по борьбе с коррупцией среди чинов полиции. В 2000 г. каждый десятый полицейский был понижен в должности, оштрафован или подвергнут судебному преследованию за вымогательство, взяточничество, злоупотребление служебным положением. По распоряжению МВД на площадях и центральных улицах Будапешта и других крупных городов установлены видекамеры для наблюдения за поведением полицейских. Им запрещено в рабочее время пользоваться личными мобильными телефонами и установлена предельная сумма денег, которую полицейский имеет право держать в

¹ Страх нынче дорог // Эксперт. – 2004. – № 33. – С. 30.

кармане. Соблюдение этих требований систематически контролируется¹.

Данные примеры приведены не для очередного их копирования. Нам необходимо выработать обоснованную концепцию законодательства по борьбе с преступностью, отвечающую отечественным реалиям, обеспечивающую паритет интересов общества в раскрытии преступлений, наказании виновных и права лица, в отношении которого проводится расследование, на защиту от психического и физического насилия.

Да, нам есть чему учиться у Запада, если понимать под ним не только Европу. Мы живем в эпоху наступательной глобализации как интеграции рынка товаров, услуг, капиталов и обусловленной ею интернационализации права, унификации ряда отраслей, рецепции и аккультурации правовых систем. Ожидается, что правовое развитие отдельно взятой страны будет подчиняться планетарным законам движения права. Соответственно произойдет изменение парадигм юридического мышления, отказ от изоляционизма, синтез юридического опыта различных народов и социальных укладов. Наверное, так и будет. Но не так скоро, в лучшем случае потребуются десятилетия. Вспомните, какой интервал был между возникновением идеи Соединенных Штатов Европы и ее воплощением в ЕС. Ныне экономическое развитие задает иной темп, однако трудностей преодолеть потребуется множество, и в

¹ См.: Прокурорская и следственная практика. Журнал координационного совета генеральных прокуроров стран СНГ. – М., 2000. – № 1-2. – С. 314-315.

первую очередь трудностей специфических, присущих каждой стране с ее историей, традициями, психологией и многим другим.

Хочу обратить внимание: значительная часть теоретиков прогнозирует, что глобализация будет побуждать наращивать национальную юридическую систему, с тем чтобы превратить ее в "локомотив" экономических преобразований, учитывая условия каждой страны. Поэтому национальные правовые системы длительное время не утрачивают своей идентичности, сохраняя относительную самостоятельность и присущую им самобытность.

Право – это часть культуры. А исследования трансформации культуры под влиянием глобализации имеют длительную историю, ныне находятся в центре внимания науки и общественности. Можно уже подвести итоги: в ответ на глобализацию мир стал сознательно и бережно относиться к поддержанию своего разнообразия. "Глобальная культура формирует у народов настоящую терпимость. Признается только мирная экспансия. Агрессивное навязывание, например, демократических норм вызывает откровенно негативное отношение. С точки зрения развития мирового тренда жесткое навязывание сегодня – устаревший прием. Ретроградами в этом случае являются не обороняющиеся, а наступающие"¹.

Надо с уважением относиться к собственному опыту, трезво оценивать не только его недостатки,

¹ См.: Многоликая глобализация: культурное развитие в современном мире / Под ред. П. Бергера и М. Хантингтона. – М.: Аспект Пресс, 2004. – С. 269.

но и достоинства. Думаю, события 11 сентября и 11 марта заставят Запад использовать в какой-то части нашу былую практику борьбы с общеуголовной преступностью. Определенные шаги в этом направлении уже делаются. Мы же в стремлении как можно скорее отречься от старого мира нарушили главное – историческую преемственность научных традиций. Это опасно, ибо ставит под угрозу основу основ науки – объективную оценку факторов, обуславливающих жизнеспособность разрабатываемой научной концепции. Нельзя начинать все "с нуля", предлагать идеальные модели. И если говорить о западном опыте, то он характерен демократичностью именно в научных подходах к решению конкретных проблем. Посмотрите те же постановления Европейского Суда по правам человека – сколько раз судьи высказывали особое мнение. *Но одновременно это свидетельствует об отсутствии на Западе, на который мы ориентируемся, единства в научных концепциях. Поэтому метод многих наших теоретиков, у которых основной довод: "Так обстоит дело на Западе" – нужно отвергнуть с порога.*

Думаю, показателен пример, когда после событий в Беслане Президент РФ В. Путин поставил вопрос об изменении системы формирования власти. Предложенный им переход от прямых выборов к двухуровневым с точки зрения развития демократии является шагом назад. Народ лишается права голоса, который у него пока еще есть. Я не собираюсь оценивать, хорошо это или нет. Не сопоставляю с украинской практикой – у нас на эту тему даже дебаты толком не ведутся. Пример приведен лишь

для того, чтобы показать обоснование новации В. Путиным: "Мы живем в условиях не соответствующей состоянию и уровню развития общества политической системы".

Вопрос в том, какие катаклизмы потребуются, чтобы прийти к необходимости учета условий, в которых живем, для оценки перспектив развития отечественного уголовного процесса.

Бывая на конференциях, читая публикации, я зачастую удивляюсь. Есть сторонники разных концепций Проекта УПК, отдельных институтов и норм. Казалось бы, хочешь отстоять свою точку зрения – убеди аргументами "за", докажи несостоятельность аргументов "против". Ладно, без высоких материй мы обходиться не привыкли, но в конце концов дойди до практики, покажи, что там будет, кто и как станет конкретным исполнителем твоих предложений. Ан нет, лейтмотив один: что было при СССР – что есть на Западе. И все не далее цитирования одних только норм законов с сопоставлением "здесь" и "там". А что реально происходит "там" в результате применения расхваливаемых законов, что будет "здесь", если их заимствовать один к одному, никого не интересует. Я хочу показать эту "тяганину" на примере почему-то наиболее эмоционально обсуждавшегося института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование.

Предупрежу сразу: я против безоговорочного права суда возвращать уголовное дело на дополнительное расследование по собственной инициативе, но я за право следователя на ошибку, за возмож-

ность устранения ее в процессе судебного следствия. Я за сохранение в действующем УПК и проекте новой нормы, содержащейся в ст. 315¹, за предоставление суду права **по ходатайству прокурора** объявить перерыв в судебном заседании или отложить дело слушанием на время, необходимое для проведения дополнительного расследования. Я за предоставление суду права **в исключительных случаях** реагировать на явное беззаконие, допущенное следователем и прокурором (например, в непривлечении без достаточных оснований к уголовной ответственности организаторов преступления. К сожалению, в условиях коррупции такие факты имеют место).

И, наконец, что не менее важно, я против некорректного использования аргументов для полного исключения из УПК института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование.

Подчеркиваю, моя задача не только и даже не столько обосновать данное право, сколько показать на этом примере недопустимые методы, которые применяют некоторые авторы во имя достижения зачастую мифических целей.

Право суда направлять по собственной инициативе уголовное дело на дополнительное расследование противоречит принципу состязательности сторон в уголовном процессе, порождает сомнение в незаинтересованности суда в разрешении дела. Причина якобы одна – безответственность следователей. Рецепт тоже один: в воспитательных целях предлагается вместо возвращения уголовного дела

выносить оправдательные приговоры по принципу: лучшее средство от головной боли – гильотина¹.

Начнем не с теории, а с оценки практических последствий ожидаемой реформы. По информации В.Т. Маляренко, в связи с некачественным досудебным следствием на дополнительное расследование в 2003 году было возвращено 18692 уголовных дела. Направлено повторно в суд с обвинительным заключением восемьдесят процентов дел из числа возвращенных ранее на доследование². Как правило, это дела достаточно сложные, по которым к ответственности привлекалось несколько человек. Возьмем минимальный коэффициент – 1,5. Тогда в 2003 г. в Украине³ в случае вынесения оправдательного приговора вместо возвращения дела на досудебное расследование избежали бы наказания порядка 22,5 тыс. человек, то есть столько, сколько было осуждено в 2003 г. всеми судами Донецкой области – первой по количеству вынесенных обвинительных приговоров или судами Волинской, Закарпатской, Ивано-Франковской, Ровенской, Тернопольской и Черновицкой областей вместе взятыми.

Подчеркиваю, речь идет о лицах, совершивших преступления, а не правонарушения, по поводу ко-

¹ См.: Юркова Г. Чи відповідає інститут додаткового розслідування Конституції України? // Право України. – 2000. – № 1. – С. 79-81; Халиков А. Дополнительное расследование – “за” и “против” // Законность. – 1999. – № 1. – С. 30-35; Маляренко В.Т. Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 6 (46). – С. 2-9.

² См. там же. – С. 4.

³ См.: Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 4. – С. 11.

торых в нашей практике выносится постановление об отказе в возбуждении уголовного дела при доследственной проверке, а на Западе – оправдательный вердикт. По статистике, еще раз напомню, примерно 60% преступников, избежавших наказания, совершают до очередного разоблачения еще 2-3 тяжких преступления. Вряд ли такое положение будет признано допустимым даже на том же либерально-демократичном Западе. Если же учесть, что в 2002 году при расчете по той же методике вместо возвращения дела на дополнительное расследование следовало оправдать 21 тысячу преступников, а надежды на улучшение качества следствия только в результате применения к следователям драконовских мер утопичны, то за пяток лет число искусственно оправданных перевалит за сто тысяч. Я не настолько наивен, чтобы верить, будто каждый, кто понес наказание за содеянное, больше не будет совершать преступления, но в том, что столь массовая безнаказанность преступников, даже попавших в орбиту деятельности правоохранительных и судебных органов, непременно скажется на росте преступности, у меня сомнений нет.

Забавна логика многих ученых мужей, предлагающих рецепт решения проблемы дополнительного расследования уголовных дел. Все как один признают: причина в низком квалификационном уровне следователей, отсутствии у многих высшего юридического образования, использовании на этой должности несостоявшихся агрономов, экономистов, металлургов и представителей других, далеких от юриспруденции профессий, в недостаточном

стаже работы, отсутствии жизненного опыта и т.д. Добавим некомплект, недофинансирование, слабую техническую вооруженность, зарплату, размер которой стыдно даже называть, циничное манипулирование ими со стороны государства. **И вместо того, чтобы разработать предложения по улучшению организации работы следователей, созданию условий для совершенствования качественного состава следственного аппарата** и т.д., хватаемся за дисциплинарные меры.

Отдельно хочу акцентировать внимание на перегрузках следователей. Реально их работа не нормируется, имеющиеся научные разработки такого плана не используются. Я уже отмечал порочность существующих методик профотбора следователей. Добавлю, что способности переносить физические и психологические нагрузки у каждого человека разные. Но есть общий предел. Эксперименты, проведенные отечественными специалистами в группах по подготовке военных разведчиков, показали, что чрезвычайно высокие нагрузки приводят к физическому и психическому истощению организма, результатом которого является вялая реакция на команды командира или даже ее полное отсутствие, немотивированные действия, потеря пространственной ориентации и координации, понижение температуры тела, неуправляемый тремор конечностей. По биологическим показателям молодые люди сравниваются с глубокими стариками.

Знаю по опыту собственной прошлой работы, нечто подобное отнюдь не редко наблюдается, когда оперативно-следственная группа сутками, без пол-

ноценного отдыха расследует резонансное убийство или ведет следствие "по горячим следам" даже по обыденному делу.

Или еще один штрих: "Из рапорта дежурного судмедэксперта: – ...29.06.04 в 15.15 я прибыл в Днепропетровский РОВД и 1 час 40 минут просидел там, поскольку не было машины и оперативных работников. Когда прибыли по указанному адресу, оказалось, что труп утром перевезли в город и в 14.00 уже похоронили"¹. Это не просто пример организационных условий работы следователя. Представьте себе эмоциональное состояние следователя, получившего такой "подарок" с указанием оперативно установить причину смерти.

И, повторяю, несмотря на все это и многое другое "за кадром", рецепт однозначный – надо вместо возвращения дела на дополнительное расследование выносить оправдательный приговор, что ликвидирует безнаказанность следователей и заставит их добросовестно относиться к своим обязанностям.

Было бы понятно, если бы такую меру предлагали кабинетные теоретики, уподобившиеся святому Симеону, сорок шесть лет вещавшему истину, сидя на верхушке столба. Но многие хорошо осведомлены, что каждый случай возвращения дела на дополнительное расследование – это ЧП, "стоит на ковре" не только следователь, но и прокурор. Только в УМВД Украины в Луганской области (согласно статистике) за нарушение законодательства в ходе рас-

¹ Овдин В. Один день из жизни судмедэксперта // Зеркало недели. – 2004. – № 35 (510). – С. 6.

следования уголовных дел привлечено к дисциплинарной ответственности в 2003 г. 63 следователя, в 2004 – 91 (каждый восьмой). Для сведения: дисциплинарное взыскание автоматически влечет снижение размера денежного содержания на время, пока взыскание не будет снято.

Оправдательный приговор повлечет для них другие последствия? "Абсолютисты" считают: за оправдательный приговор, в отличие от доследования, виновных будут гнать в шею. Предположим. Однако давайте прикинем: сколько сегодня возвращается дел на дополнительное расследование, в лучшем (заведомо несбыточном) случае, уменьшим вдвое количество ожидаемых оправдательных приговоров и определим, сколько следователей будут подлежать увольнению. Уверен, в течение года наступит полный коллапс всей следственной системы. Но это в теории. На деле такого не будет: как в свое время свыклись с ростом количества дел, возвращенных на дополнительное расследование, точно так же смирятся со статистикой оправдательных приговоров. Никакая кадровая революция по этой причине не свершится.

Сейчас и без такого рода экзекуций комплект следователей хронический. В системе МВД вузы, большую часть которых скрывают под вывеской филиалов и институтов при других вузах, трудно сосчитать. Что ни год – то пополнение. Однако подготовка кадров напоминает задачу с бассейном, в котором вода по одной трубе втекает, а по множеству других – вытекает. В Луганской области, где есть "своя" Академия внутренних дел, при штатной

численности следователей следственных подразделений УМВД Украины 740 чел. ежегодно к концу учебного года появляется порядка ста вакансий. О каком тут отборе кадров можно говорить? Слова А.Ф. Кони "Образованный юрист должен быть человеком, в котором общее образование идет впереди специального"¹ вспоминать некогда.

О том, что полноценным можно считать следователя, имеющего, помимо знаний, жизненного опыта и хорошей головы, определенный стаж работы, я уже не говорю. А в той же Луганской области стаж работы до трех лет – у 45,2 процента следователей УМВД, из них почти у половины – 16,2 процента – до одного года. По старым и современным канонам это молодые специалисты, которые должны работать под опекой опытных следователей. Но где их взять, если стаж работы свыше пяти лет имеют 35 процентов следователей?

В математике существует понятие необходимого и достаточного условия. Необходимым условием является такое, без которого определенное действие не состоится. Но необходимое условие может быть как достаточным, так и недостаточным. Если оно не является достаточным, то действие также не состоится. Например, наличие земного тяготения – необходимое условие для того, чтобы кирпич упал на землю, но может быть недостаточным, если этот кирпич кто-то держит в руке. Если же кирпич отпустить – сила тяготения станет необходимым и доста-

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений: В 8-ми томах. – Т. 3. – М., 1967. – С. 7.

точным условием для падения. То же самое происходит с институтом возвращения уголовного дела на дополнительное расследование. Если руководствоваться идеализированной идеологией западного уголовного процесса, то ликвидация этого института может быть признана необходимой. Но нельзя забывать о "кирпиче", который держит в своих руках следственный аппарат, по своей квалификации и условиям работы столь несовершенный, что о теоретических идеалах пока приходится лишь мечтать. Можно, конечно, заказать костюм на вырост, но даже если его будут кроить Зайцев или Юдашкин, от этого элегантнее выглядеть не будешь.

Все это невероятное и совершенно очевидное. Наверное, можно было не тратить время на дискуссию. Меня удивляет другое: неужели столь авторитетные ученые и практики действительно считают, что угроза увольнения является гарантией качества расследования, что следователь в силу своего должностного и процессуального положения не имеет права (я не ошибся – именно права) на ошибку? Понимаю, мне перечислят десяток статей УПК с указанием того, что следователь должен делать во избежание ошибок, и столько же – чего не должен делать. Согласен. Но поставлю другой вопрос: а судья имеет право на ошибку? Его деятельность УПК регламентирует не менее плотно, однако по действующему законодательству у нас есть апелляционный суд, пытались создать кассационный, существует Верховный Суд Украины и, наконец, для разрешения некоторых вопросов – Европейский Суд. Они были бы нужны, если бы не презумировалась воз-

возможность судебной ошибки? И не является существующая судебная система законодательным признанием права судьи на ошибку?

Тогда почему парламентарии, создавая столь многоступенчатую систему гарантий ликвидации ошибки судьи, в новом Проекте УПК не предусматривают нечто подобное для следователя, оставляя лишь надзор прокурора? Почему отменить приговор и направить дело на новое судебное рассмотрение можно? И никто не заикается о вынесении оправдательного приговора. А направить со стадии судебного следствия дело на дополнительное досудебное следствие нельзя.

И не надо только напускать туман утверждениями, будто суд находится в процессуальных отношениях только с прокурором, а не со следователем, что досудебное следствие не может быть после судебного, и т.п. Такие утверждения относятся к мифотворчеству. Возьмем ст. 107 УПК. Кто обращается с представлением к судье о производстве обыска жилища или иного владения лица? По согласованию с прокурором, но не прокурор, а следователь. Аналогичный порядок регламентируется ст.ст. 165², 178 УПК. Мне могут возразить, что данные нормы регламентируют отношения судьи со следователем на стадии досудебного следствия. Пусть будет так. Но ст. 315¹ УПК еще не отменили, а она также регулирует отношения суда с органом, проводившим расследование, а не с прокурором. Или ее также надо признать противоречащей Конституции Украины во имя соблюдения идеализированной конструкции?

Ничего зазорного не будет, если в интересах правосудия суд вступит в правоотношения даже с участковым милиционером, дав ему, например, поручение установить, проживает ли фактически та-кой-то гражданин по такому-то адресу. При всем понимании его особой роли, незачем делать из суда рафинированного аристократа. Коль сегодня закон допускает возвращение дела на дополнительное расследование, следовательно, сегодня подобные отношения недопустимо считать неправомерными. Тем более в принципе досудебное следствие может проводиться даже по делу, где был вступивший в силу приговор, если открылись существенные новые обстоятельства.

Повторяю, я против существующей практики возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, но в равной, если не большей, мере я против перекоса в новой концепции УПК в части возможности исправления ошибки, допущенной следователем и судьей.

Я исхожу из стойкого убеждения, с которым не может не согласиться любой здравомыслящий человек: ошибки следователя неизбежны и далеко не всегда предотвратимы. Обратимся к примерам из других сфер деятельности. Еще ни одно государство не добилось стопроцентной результативности запусков объектов в космос. Каждый раз задействован был весь цвет науки, лучшие конструкторы, рабочие и техники. А причины аварий были самые что ни на есть пустяковые: за рубежом допустили ошибку при переводе английской системы мер в метрическую, наши в советское

время перепутали плюс с минусом, и там и тут были сбои в компьютерных программах. Один из советских "Лунников" взорвался из-за попадания в топливную систему посторонней заглушки. Сборщиком был лучший из лучших, кавалер ордена Ленина. Такой заглушки не могло быть во всем цехе, как она попала в ракету – загадка. И это все при многократном контроле, которому прокурорский надзор не годится в подметки.

Примеры можно приводить из любой сферы. Остановимся на медицине. Там ошибка угрожает жизни и здоровью человека – ценностям, не уступающим тем, с которыми имеет дело правосудие. О наших бедах говорить не стоит. Воспользуюсь заграничной информацией. По данным СМИ, ежегодно в больницах Канады умирают 24 тыс. пациентов, десятки тысяч становятся жертвами медицинских ошибок. От осложнений после врачебного вмешательства страдает каждый 13-й пациент. Такую неутешительную статистику обнародовал *Canadian Medical Association Journal*. В перечне врачебных ошибок – передозировка препаратов, неточные диагнозы. Случается, что спинной мозг пациента задевается скальпелем неосторожного хирурга. Бывает, у женщин без их согласия удаляют яичники. По мнению экспертов, в 36,9% случаев осложнений можно было избежать. В Великобритании этот показатель достигает 48%, в Австралии – 51%. Американские больницы задыхаются от судебных разбирательств.

Следователь не Бог, от ошибок не застрахован. Он имеет дело с самым сложным и трудно предска-

зуемым в поведении объектом – человеком, кровно заинтересованным в исходе дела. И в советское, и в постсоветское время "ловили" дела на доследование высококвалифицированные, многоопытные следователи – от районной до Генеральной прокуратуры. (Меня судьба миловала, но случай, когда дело "висело на волоске", был). Не лучше ситуация и в системе органов внутренних дел.

Иногда поводом для возвращения дела на доследование служили технические огрехи, бывали и сложные, практически не прогнозируемые случаи. Например, уже в давние годы преступники после окончания досудебного следствия прибегали к подкупу или запугиванию потерпевших и свидетелей, не оставляя в суде "камня на камне" от собранных следователем доказательств. Если в прошлом это были единичные случаи, то сегодня по крупным делам – почти повседневность. Такая вероятность следователем, безусловно, учитывается, но далеко не всегда может быть предупреждена. Тактические же возможности нынешнего судебного следствия в защите свидетеля и разоблачении фальсификации ограничены. Это знает каждый практик. А теоретик?

В цитированной статье В.Т. Маляренко пишет: "Автору статьи могут заметить, что нет на земле людей, которые бы не допускали ошибок, а потому и следователь, и прокурор могут их допустить. Если не возвращать дела на дополнительное расследование, то как же можно исправить допущенную ими ошибку, в частности неполноту или односторонность следствия, неправильность квалификации действий или бездействия обвиняемого, невер-

ное восприятие той или иной процессуальной нормы и т.д., если это невозможно сделать без присутствия только досудебному следствию процессуальных процедур? Неужели каждый раз в таком случае следует выносить оправдательный приговор?"

Остановилось дыхание, замерло сердце. Ну, наконец-то: человек, наделенный столь большими полномочиями, знающий все беды нашего судопроизводства "изнутри", располагающий статистикой и видящий недостатки, сейчас предложит конструктивное решение, прекратит бесконечную дискуссию на тему "у нас" и "у них". Однако... "Ответ будет такой: а как выходят из этого положения те страны, в которых нет досудебного следствия или в каких предусмотрено досудебное следствие, но отсутствует институт возвращения дела для проведения дополнительного расследования? А выходят они из этого положения тем же путем, который предусмотрен и Конституцией Украины, – надзором прокуратуры за соблюдением законов органами, которые проводят оперативно-розыскную деятельность, дознание, досудебное следствие, судебным контролем за определенными действиями органов дознания и досудебного следствия и т.д."

Ответ стандартный и не оставляет поля для комментариев: "Тогда пойдет уж музыка не та – у нас запляшут лес и горы!". Красивая фраза точно иллюстрирует схоластическую посылку автора. Рассчитывать на решение проблемы повышения качества досудебного следствия усилением прокурорского надзора действительно равносильно надежде заставить плясать леса и горы. При всей добросовест-

ности и компетентности, прокурор физически может участвовать в выполнении лишь отдельных следственных действий. В основном он изучает дело по бумагам, за которыми далеко не всегда можно увидеть человека. Сама природа, а точнее технология прокурорского надзора за досудебным следствием не гарантирует выявление ошибок, если они допущены следователем. Это – факт, подтвержденный многолетней практикой, и, как ни пытайся, от него никуда не уйти. Суд, с его куда более сложной процедурой оценки доказательств, допускает ошибки, а мы хотим требовать безошибочности надзора от прокурора. Совсем по Тертуллиану: "Верю, потому что абсурдно".

Проблема не только в теории. Практически все сторонники отмены этого института ссылаются на необходимость пресечения безответственности следователей, допускающих брак в работе. Это тема приведенного ниже анализа. Но есть и другая сторона медали.

Еще будучи студентами, мы разбирали на семинарских занятиях дела, возвращенные судом на дополнительное расследование. Одно из определений помню почти дословно. Оно завершалось ставшей крылатой фразой: "Тому, що справа дуже товста та дуже юридична повернути її на дослідження". Было это в послевоенные годы, когда должности судей нередко занимали люди без соответствующего образования и опыта работы. Сейчас квалификационный состав судей иной, и столь анекдотических определений, как правило, не встретишь. Напротив, мотивировки порой столь занавучены, что хоть используй их в диссертации. Жалобы потерпевших и

представления прокурора блуждают по вышестоящим судам по полгода и более, определения отменяются, и дела идут на повторное судебное рассмотрение с нуля. Например, постановлением Жовтневого районного суда г. Луганска от 25 июня 2002 г. уголовное дело по обвинению Р. по ч. 3 ст. 27, ч. 2 ст. 364, ч. 5 ст. 191 УК Украины, Ч. и К. по ч. 2 ст. 364, ч. 5 ст. 191 УК Украины, Ш. по ч. 5 ст. 191 УК Украины было направлено прокурору Луганской области для дополнительного расследования. Решением судебной палаты по уголовным делам апелляционного суда Луганской области от 27 августа 2002 года указанное постановление оставлено без изменений. По кассационному представлению заместителя прокурора Луганской области судебное решение отменено постановлением коллегии судей судебной палаты по уголовным делам Верховного Суда Украины от 25 февраля 2003 г. (то есть через полгода), дело возвращено на новое рассмотрение со стадии предварительного судебного рассмотрения. Подобных примеров множество¹.

Констатируем: судами в 2003 г. возвращено на дополнительное расследование около двенадцати процентов уголовных дел. Сюда, судя по официальной статистике², входит треть дел, отозванных прокурорами в порядке, предусмотренном ст. 232 УПК Украины, тогда, когда предварительное рассмотре-

¹ См.: Лобач В. Межі касаційного реагування прокурорів на судові рішення у кримінальних справах. Окремі аспекти. // Прокуратура. Людина. Держава. - 2004. - № 6. - С. 16-20.

² См.: Вісник Верховного Суду України. - 2004. - № 6 (46). - С. 10-11.

ние их судом еще не состоялось. По этому поводу в адрес следователей мечут громы и молнии. Но та же статистика свидетельствует: более двенадцати процентов уголовных дел (в Луганской области в два раза больше) необоснованно возвращено судом на дополнительное расследование и прокурору только при предварительном рассмотрении дел (ст. 246 УПК) и в судебном заседании (ст. 281 УПК). По поводу этих ошибок и безответственности судей – тишь да блажь. Однако если при дополнительном досудебном расследовании "жизнь" в деле поддерживается – допрашиваются свидетели, производятся опознания, обыски, другие следственные действия, то при отмене незаконно вынесенного определения о возвращении уголовного дела на дополнительное расследование время работает против суда, при новом рассмотрении возникает масса непрогнозируемых сложностей.

Отсутствует анализ результатов выполнения определений суда там, где они оставлены в силе. Практика же свидетельствует, что нередко при доследовании дополнительно доказательства собрать не представилось возможным, тем не менее суды выносят обвинительные приговоры в соответствии с первоначальной фабулой обвинительного заключения. Более часты случаи, когда по результатам дополнительного расследования следователями выносятся постановления о прекращении дела по одному-двум эпизодам из десяти-двадцати, что в конечном итоге не влияет на избранную судом меру наказания осужденным. Невольно начинаешь задумываться: какова подоплека требований отмены этого института, если

брак в работе следователей, на котором делают погоду, – величина, сопоставимая с браком в работе судей? Не является ли следователь подставной фигурой, за чьей спиной прячутся далеко идущие интересы?

Говорят, любая сложная проблема всегда имеет как минимум одно очевидное, простое, но неправильное решение. Сколько затрачено слов и картриджей на делящиеся не одно десятилетие дискуссии по одним и тем же проблемам. Обсуждаются ли высокие материи типа принципов уголовного процесса, конкретное их воплощение в правах и свободах кого-либо из участников процесса, или речь идет об отдельном институте возвращения дела на дополнительное расследование – трудно избавиться от ощущения, что спорящие разрезали на дольки одно яблоко и доказывают друг другу, какая из них вкуснее и ароматнее. Впрочем, наверное, образ не совсем удачный. Ибо вкус и аромат – это нечто осязаемое, человеческое. А в позиции дискутирующих – манипулирование чем-то абстрактным, отвлеченным, холодным, не затрагивающим ни душу, ни сердце. Акцент на обвиняемом (подсудимом). Это понятно. Однако за полемикой не видно сочувствия потерпевшему, разделенных с ним боли, обид, унижения, надежды на справедливое возмездие. Дело доходит до утверждений, что вынесение оправдательного приговора вместо возвращения дела на доследование – благо для потерпевшего, ибо освобождает его от повторного хождения по кабинетам следователей. Хотелось бы предложить автору высказать свое мнение не на страницах газеты, а гля-

дя в глаза людям, потерявшим от рук преступника своих близких или наживавшееся годами имущество.

Я не настолько жесток, чтобы навлекать на некоторых теоретиков несчастье стать жертвой преступления. Но все же приведу пример. Мне пришлось расследовать дело о преступлениях, совершенных бандой кочевых цыган. Привлекались к ответственности более тридцати человек, совершивших свыше двухсот краж, грабежей, разбоев, изнасилований, мошенничеств и др. на территории от Волги до Днепра. При выполнении "двухсотки" (ныне – ст. 218 УПК) один из адвокатов заявил наибольшее количество ходатайств и поставил вопрос о прекращении дела в отношении своих подзащитных. Ходатайства были отклонены. Обвинение поддерживали два прокурора. Но в суде, как они шутили, было три обвинителя – у этого адвоката за неделю до начала судебного заседания воры вынесли из квартиры все, что поддавалось транспортировке.

Плохо, конечно, когда горячее сердце превалирует над холодным умом. Однако не лучше, а значительно хуже обратное соотношение. При их уравнивании формула Дзержинского вполне приемлема для "квалификационной характеристики" ученого-процессуалиста. А уголовный процесс неплохо было бы рассматривать как аналог гаремной жизни: шейх имеет право уединиться с каждой женой и даже обязан делать это, но он обязан делать то же самое и со всеми остальными женами.

В дискуссии о путях развития уголовного процесса ультралибералы довольно часто используют

метод сюрреалистов – разрыв логических связей и замену их субъективными ассоциациями. Сюрреализм предполагает воздействие на сферу человеческого подсознания – инстинкты, сновидения, галлюцинации. В навязывании псевдолиберальных ценностей уголовного процесса до доведения до галлюцинаций еще не дошло, но манипулирование информацией, умышленное искажение ее в расчете на недостаточную осведомленность читателей, ориентация на активизацию подсознания процветает. Особенно характерно это для наших последователей римского сенатора Катона Старшего с его вошедшим в историю требованием: "Карфаген должен быть разрушен!". Ныне с той же настойчивостью произносится: "Дополнительное расследование должно быть запрещено!". Но если сенатор был человеком бесхитростным, то о его последователях так не скажешь. Например, не проводится параллель (хотя и для этого оснований нет), а прямо отождествляется возвращение дела на доследование с институтом оставления под подозрением, существовавшим в дореволюционном законодательстве до 1864 года. Только уж очень далекому от юриспруденции человеку может быть неизвестно, что доследование завершается либо направлением дела в суд, либо его прекращением. И ни о каком оставлении под подозрением речи быть не может.

Обратите внимание: в подавляющем большинстве в качестве оппонентов по проблеме возвращения дела на дополнительное расследование, особенно в средствах массовой информации, выступают адвокаты – иногда от своего имени, а чаще от имени

правозащитных организаций. Не жалея, льют масло в огонь дискуссии, пафоса хоть отбавляй. Чисто по человечески я их понимаю. В большинстве случаев виновность подсудимого в совершении преступления остается вне сомнений, но в доказательствах – ералаш. Кропотливо, по крупицам адвокат отмечает, накапливает все пробелы следствия – там упустили, здесь нестыковка, а тут вообще нарушены процессуальные нормы. Умело скомпоновал, дал свою интерпретацию некачественным доказательствам, и нестройное здание обвинения в суде закачалось. Фигура обвинителя выглядит жалко, а адвокат среди ликующей толпы родственников, друзей подсудимого и затаившихся неразоблаченных подельников восседает на белом коне с поднятым мечом Георгия Победоносца.

Но радость преждевременна. Вместо оправдательного приговора дело отправляют на дополнительное расследование. И как машинистка после кардинальной правки рукописи корректором почти механически убирает описки и ошибки, так и следователь, руководствуясь протокольной записью речи защитника, без особых усилий латает дыры, а то, имея запас времени, еще и добавляет пяток новых эпизодов. В итоге адвокат, что называется, своими руками помог отреставрировать и укрепить обветшалую конструкцию обвинения. Виновного осудили. Аплодисментов в адрес адвоката больше нет. Да и гонорар платят не за промежуточный, а за конечный результат. Обидно до слез, а жаловаться, кроме как в газету, некуда.

Естественно, прямо обо всем этом не скажешь. Вот и ищут "объективные" доводы. Утверждают, что после направления дела на доследование обвиняемый два месяца содержится под стражей без продления срока судом. Но если дополнительное расследование допускается до двух месяцев, а дело на доследование направляет суд, то само собой разумеется, что суд, именно суд, а не посторонний дядя, автоматически продлевает на эти самые два месяца срок содержания под стражей. Для совсем непонятливых можно было бы каждый раз в определении писать: "Направить дело на дополнительное расследование, продлив срок содержания под стражей на два месяца". Но закон пишется, и уголовный процесс ориентируется на людей, обладающих хотя бы средними умственными способностями.

Вообще трудно дискутировать с авторами, если у них какая-то потусторонняя логика. Провозглашать на всех углах, что суд и только суд обеспечивает соблюдение прав и свобод граждан, и потому продление срока следствия при возвращении дела на дополнительное расследование – прерогатива только суда, а самому суду давать такую характеристику: "... независимость судей в Украине – это миф, и третьей, судебной власти в государстве не существует, ... судьба отдельного человека для суда, как и для "силовых" структур, мало что значит"¹. Что же тогда изменит реализация предложений?

¹ Федоренко В. Долой доследование // Зеркало недели. – 2001. – № 3 (359). – 8 сентября; Федоренко В. Суровый закон, но закон ли? // Зеркало недели. – 2004. – № 20 (495). – 22 мая.

Или еще один довод. Дело слушается в суде долго, а тут еще добавляется два "доследственных месяца" (чтобы отвергнуть роль суда, их почему-то называют "прокурорскими"), арестованный сидит – страшно подумать – почти год. Помилуйте, чуть что критики взывают к опыту Запада, а Павел Лазаренко пробыл в американской тюрьме без малого четыре года, и никто по этому поводу не возмущается. Конца судебным разбирательствам вообще не видно. Американцы прагматичны: сроки следствия и содержания под стражей определяются не из идеологизированных посылок, а из потребностей установления истины. Недавно в нашей печати промелькнуло сообщение о том, что в США приговор о смертной казни убийце приведен в исполнение более чем через десять лет после взятия его под стражу в начале расследования. В Голландии приговорили к пожизненному заключению организатора банды педофилов после восьмилетнего расследования и содержания под стражей. Да и в самом Европейском Суде по правам человека сроки рассмотрения некоторых дел исчисляются 3-6 годами¹ и более.

Кстати, калифорнийский судья М. Дженкинс отклонил 23 из 53 пунктов обвинения П. Лазаренко, но ажиотаж по этому поводу только в Украине. В США прокуроры подали апелляцию, ее отклонили, и никаких эмоций – обычная ситуация.

Если уж ориентируемся на Запад, давайте привывать к разумным длительным срокам следствия,

¹ См.: Рабінович П.М. Рішення Європейського Суду з прав людини як "праволюдніні" стандарти // Вибрані рішення Європейського Суду з прав людини. – Х.: Консум, 2003. – С. 30.

судебного разбирательства и содержания под стражей, а также к тому, что мера наказания может быть определена в пределах срока, отбытого в заключении, и даже меньше. Разумность срока не означает только снижение неудобств подсудимого. Если ему предопределено "сидеть", то сокращение срока досудебного и судебного следствия – это вопрос лишь уровня психологической нагрузки. Однако ее *неразумно снижать за счет создания препятствий для качественного расследования*. Сам термин "разумный" каждый нормальный человек трактует как основанный на здравом смысле в рамках достижения поставленной цели.

Утверждение же о том, что возвращение дела на дополнительное расследование приводит к увеличению срока содержания под стражей – это очередной блеф, во всяком случае – полублеф. О чем идет речь? Какие-то обстоятельства при первоначальном расследовании упустили. В суде они частично исследованы. При дополнительном расследовании их проверка и оценка получают завершение. В общей сложности на это уходит почти столько времени, сколько пришлось бы затратить при первоначальном расследовании, если бы оно было полным и качественным. *Потери времени не в процессе дополнительного расследования, а за счет процедуры хождения дела от суда к органу следствия и обратно. Ее-то нужно и можно упростить.*

Мы сегодня спешим от бедности: следственные изоляторы переполнены, следователей и судей не хватает, бюджетные ассигнования урезают и пото-

му – давай, давай быстрее! Может, наконец, успокоимся. Спокойно... спокойно... глубокий вдох – выдох, еще раз вдох – выдох. Успокоились? Тогда вспомним, что задача адвокатов – главных зачинщиков дискуссии – не добиться оправдания преступника, а не допустить осуждения невиновного, в отношении виновного – проанализировать обстоятельства, смягчающие его вину, если таковые есть. Институт возвращения дела на дополнительное расследование тому не помеха. Не нужно передергивать, он не противоречит постулату "Лучше оправдать десять виновных, чем осудить одного невиновного". Доследование – это не обвинительный приговор. При доследовании ошибка с преданием невиновного суду устраняется, дело прекращается и постановление о прекращении дела имеет такую же юридическую силу и психологическую значимость, как и оправдательный приговор. Остальное – от лукавого.

Спокойно разберемся еще с одним криком души: "Почему у нас мало оправдательных приговоров?". Отвечая на этот вопрос, председатель Верховного Суда Украины В.Т. Маляренко объяснил: "Я понимаю, что адвокаты хотели бы, чтобы каждый приговор был оправдательным. На Западе суды действительно чаще, нежели у нас, выносят оправдательные приговоры. Дело в том, что в большинстве стран отсутствует система органов досудебного следствия. Там судьи самостоятельно исследуют и изучают уголовные дела, а потому коэффициент обвинительных приговоров ниже. Досудебное следствие обязано объективно и законным путем собирать

доказательства. Поэтому в суды преимущественно поступают уголовные дела с незначительными процессуальными нарушениями или вообще без них, что делает невозможным вынесение оправдательного приговора. Кроме того, оправданию иногда мешает институт возврата дела на дополнительное расследование".

Ответ исчерпывающий. Нельзя забывать, что задача правосудия не вынесение оправдательных приговоров, не оправдание всех и вся, а оправдание только невиновного. Основная же цель – осуждение виновного. И потому только на счет полемического задора можно отнестись утверждение о том, что оправданию *мешает* институт возврата дела на дополнительное расследование. Этот институт не мешает, а наоборот, способствует в конечном итоге реализации основополагающего принципа уголовного процесса – неотвратимости наказания. Вместо эмоций – приведите примеры, когда благодаря именно доследованию, а не низкому качеству следствия в целом был осужден невиновный. А если таковых нет, то хорошо или плохо, что вор или убийца, пусть с мытарствами, но все же заслуженно оказывается в тюрьме?

Некоторые авторы возводят оправдательные приговоры в ранг витрины демократического общества. К сожалению, такую позицию занимают лица, в силу своей должности способные влиять на судебную политику. Так, советник министра юстиции Украины в статье, опубликованной в журнале Генеральной прокуратуры Украины, пишет: "... В нашем государстве 99,8% приговоров судов являются об-

винительными, в то время как в развитых странах треть приговоров – оправдательные. В Украине оправдательный приговор – это исключительный случай.

Правовое значение оправдательного приговора в социально-политическом аспекте как для тех, относительно кого он вынесен, всего общества, непосредственно судей, судебной практики трудно переоценить. Он, по моему убеждению, является тем драгоценным фактором, который позволяет части общества вновь и вновь поверить в триумф справедливости, а самим судьям победить тот внутренний стереотип, который много десятилетий мешал большинству из них в случае необходимости признавать факты юридически достоверными, пока не будет доказано обратное, то есть применять "презумпцию невиновности"¹.

Положа руку на сердце, не могу даже примерно сказать, кто именно составляет ту часть нашего общества, для которой оправдательный приговор – триумф справедливости. По-моему, всякий нормальный человек должен расценивать оправдательный приговор прежде всего как безответственность правоохранительных органов, допускающих привлечение к суду безвинного человека. И ратовать надо за устранение причин и условий, влекущих такое беззаконие. Гражданин не должен рассчитывать только на справедливость суда, справедливой должна быть вся правоохранительная система.

¹ См.: Грицаенко А. Радіти зарано, або Про деякі аспекти судово-правової реформи в Україні: реальність та перспективи // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 5. – С. 92.

И уж предел заангажированности или, скорее всего, некомпетентности, неумения анализировать статистику – превратное манипулирование цифрами оправдательных приговоров в Украине и на Западе. Неужели непонятно, что если в большинстве стран Запада следствие фактически начинается с подачи потерпевшим заявления *в суд*, а у нас – в милицию или прокуратуру, то и сопоставлять надо соответственно количество прекращенных уголовных дел или отказных материалов у нас с цифрами оправдательных приговоров у них?

Несостоятельность плача по отсутствию повальных оправдательных приговоров в Украине очевидна. Можно, конечно, отнести соответствующие публикации на счет некомпетентности их авторов, опьяненных, подобно профессору Плейшнеру, воздухом свободы. Но менястораживает массовость таких публикаций. Складывается впечатление, что определенные силы – какие, думаю, называть необходимости нет – ведут целенаправленную обработку общественного мнения к предстоящему принятию нового УПК Украины для создания процессуальных гарантий ухода от ответственности за содеянное.

Буду рад, если я ошибаюсь, но мне кажется, что одной из составляющих в системе мер по достижению поставленной цели стала и развернутая атака на институт возвращения судом уголовного дела на дополнительное расследование.

Кавалерийских наскоков, где эмоций много, а разумных доводов – ноль, было предостаточно. Но обидно, когда эмоциям поддаются авторитетные участники дискуссии, обычно проявляющие отто-

ченную рассудительность при решении большинства других вопросов¹. Думаю, не стоило нисходить до навязших в зубах штампов критики по поводу и без повода нашего социалистического прошлого. Действительно, УПК 1923 г. не знал института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование. Но почему регламентация его в УПК 1927 г. истолковывается как элемент перепрофилирования суда с органа правосудия в орган борьбы с преступностью со всеми последующими трагедиями, которые описывает Питер Соломон в работе "Советская юстиция при Сталине"? Да, о судебных расправах с политическими противниками и другими ни в чем не повинными "врагами народа" знает сегодня каждый. Для этого незачем читать творения цитированного автора. Но только причем здесь возвращение дела на дополнительное расследование? Что, был хоть один случай возвращения судом на дополнительное расследование дела "врагов народа"? Да такое и захочешь – специально не придумаешь: тогда не только судью и прокурора, а и секретаря судебного заседания вкупе с уборщицей пришлось бы искать, в лучшем случае, в местах не столь отдаленных.

В рабочем варианте рукописи я здесь сделал сноску: "Хотя я абсолютно достоверно знаю случай вынесения оправдательного приговора по очень резонансному (используя современную терминологию) делу о "вредительстве" инженеров Харьковского

¹ См.: Маляренко В.Т. Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 6 (46). – С. 2-9.

тракторного завода, где в роли основного свидетеля выступал если не первый, то один из первых кавалеров ордена Трудового Красного Знамени. Государственным обвинителем, признавшим отсутствие вины подсудимых и просившим суд вынести оправдательный приговор, был мой отец. От неминуемой расправы, реальная угроза которой уже была, его спасли исключительные обстоятельства – в качестве кассационной инстанции выступил Сталин, согласившийся с приговором". Но затем я решил сделать отступление и рассказать о событиях подробнее. Пусть эти строки будут данью светлой памяти папы, до конца дней сохранившего ясную голову и негибаемое гражданское мужество. Они полезны, так как привнесут некоторые штрихи в одноцветно рисуемый портрет А.Я. Вышинского.

Об этих событиях я впервые узнал от своего институтского преподавателя уголовного права Елены Ефимовны Некрасовой, в тридцатые годы работавшей в отделе кадров Харьковской облпрокуратуры. Мужественная женщина – пусть земля будет ей пухом – она на следующее утро после суда вышла папе навстречу, предупредила, чтобы он не заходил в здание прокуратуры, и одолжила денег. Об остальном после настоятельных просьб мне рассказал отец. Не заходя домой, он на такси добрался до следующей за Харьковом железнодорожной станции Минутка и поехал в Москву. Там его принял Генеральный прокурор СССР А.Я. Вышинский. Выслушал, дал направление в общежитие прокуратуры и предложил оттуда не отлучаться без вызова. Папа потом терялся в догадках: это был домашний арест

или его "спрятали". Через несколько дней А.Я. Вышинский сказал, что Сталин, которому он лично докладывал материалы дела, согласился с приговором. Полномочий Генерального прокурора СССР для самостоятельного принятия данного решения было недостаточно.

Не исключаю, что какую-то роль сыграла биография папы, о которой знал А.Я. Вышинский. Папа с четырех лет сирота, воспитывался у разных людей, но закончил гимназию (в царской России сироты бесплатно получали форму, учебники и все школьные принадлежности, на остальное прирабатывал, будучи помощником переплетчика), в советское время – институт. До перехода в прокуратуру был одним из руководителей республиканской Комиссии по борьбе с детской беспризорностью. (Председатель ВУЦИКа Г.И. Петровский был ее номинальным руководителем. А.С. Макаренко – автор "Педагогической поэмы" – находился в подчинении у отца). Эпопея борьбы в двадцатые-тридцатые годы за детей, ставших беспризорниками, уже забыта. Ныне эта проблема вновь приобретает актуальность, но, боюсь, энтузиастов, для которых спасение детей стало бы целью жизни, найдется немного. Да и отношение к ней иное. Сегодня это воспримется как фантастика, но в те трудные для страны годы папа, с участием Отто Юльевича Шмидта, организовал для воспитанников детских домов и колоний экскурсию на ледоколе по Северному Ледовитому

океану. К счастью, экскурсию не постигла участь челюскинцев¹.

В молодости я – полная портретная копия папы, и благодаря этому (плюс фамилия) ко мне не раз обращались с вопросом "Не сын ли Вы дяди Гриши?" бывшие беспризорники, ставшие потом видными людьми. Среди них был и мой старший коллега, доктор юридических наук, член-корреспондент Академии правовых наук Украины, лауреат Государственной премии А.П. Таранов, поведавший о роли моего отца в его судьбе.

Может, мое предположение ошибочно и А.Я. Вышинский к оценке оправдательного приговора подошел с чисто прокурорских позиций – теперь не узнаешь. Но факт остается фактом.

Вопреки мнению В.Т. Маляренко, возвращались на дополнительное расследование дела по обвинению убийц, насильников, воров, хулиганов, и связывать это с политическим режимом явно нецелесообразно. Лично я бы рассматривал институт возвращения дела на дополнительное расследование в тех условиях как одно из средств противостояния судов директивным указаниям расправиться с неудобными власти. Во всяком случае, такое предложение более логично, чем характеристика института доследования как атрибут беспредела режима.

Не считаю допустимым использовать в качестве довода против института дополнительного расследования ссылку на Конституцию Украины. Дейст-

¹ См. об этом: Гримайло Я. Дивний криголам. Перша піонерська експедиція за полярне коло. – Харків – Одеса, 1935. – 105 с.

вительно, как пишет автор, "ни в одной норме Конституции Украины нет даже намек на то, что дело из суда может быть возвращено для возобновления следствия. В Конституции нет понятия "дополнительное расследование". Дополнительное расследование предусматривает наличие и основного следствия. А такого разделения на следствие основное и дополнительное нет ни в Конституции, ни в УПК, ни в международных нормах"¹. Все абсолютно верно: чего нет – того почти нет. Но почему мы Конституцию Украины – наш Основной Закон – пытаемся отождествлять с "Энциклопедией домашней хозяйки", в которой должны быть советы на все случаи жизни? Я внимательно прочел все статьи Конституции и не нашел там таких понятий, как досудебное следствие, прекращение уголовного дела, оправдательный приговор, и многого того, что составляет азбуку уголовного процесса. И что, по логике В.Т. Маляренко, надо исключить их из УПК?

Я уже отмечал практику произвольного выборочного использования некоторыми авторами норм Конституции Украины для придания легитимности предлагаемым разного рода новациям. В.Т. Маляренко идет тем же путем: ссылается на то, чего в Конституции нет и, по сути, быть не должно, ибо Основной Закон не может включать в себя все нормы всех отраслей законодательства, в том числе и уголовно-процессуального, но игнорирует то, что в Конституции есть и прямо относится к рассматриваемому во-

¹ См.: Маляренко В.Т. Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 6 (46). – С. 2-6.

просу. Хотелось бы видеть комментарий автора к и. 3 ст. 129 Конституции, где регламентируется как один из основных принципов судопроизводства "обеспечение доказанности вины". Сегодня много говорят и пишут о состязательности сторон, явно зауженно трактуя при этом регламентированную п. 4 той же ст. 129 Конституции **свободу** предоставления ими суду своих доказательств, что по логике не исключает права государственного обвинителя ходатайствовать о возвращении дела на дополнительное расследование для получения таких доказательств в целях обеспечения доказанности вины.

И почему мы столь узко толкуем пункт 2 статьи 129 Конституции, игнорируя констатацию **равенства сторон перед законом**? Я понимаю не только необычность, даже крамольность такой интерпретации, но все же **закон** – ст. 2 УПК – ставит задачей уголовного судопроизводства неотвратимость наказания лица, совершившего преступление, и выполнение этой задачи относится к обязанности только органов досудебного расследования и прокурора или – не спешите возмущаться – адвоката и суда тоже?

Общезвестно: демократия – наилучший способ контроля общества над властью. Своеобразную интерпретацию демократия получила и в сфере уголовного судопроизводства. Но в своей сути демократия – это механизм, механизм достижения определенных целей, и не более. Механизм же не может быть конечной ценностью. Поэтому построение демократии, и в уголовном судопроизводстве тоже, – не самоцель. Естественно, адвокат по общему правилу не может

отказаться от защиты и признать своего подзащитного виновным, если тот себя таковым не считает. Однако аморально и противозаконно воспрепятствование адвокатом правомерной деятельности следователя на стадии досудебного расследования и прокурора в суде по изобличению преступника. Закон один для всех, в том числе и для адвоката, и для суда. Поэтому если возникла объективная необходимость в проведении дополнительного расследования для сбора необходимых доказательств, она должна быть реализована. Как ни толкуй Конституцию Украины (если только не пользоваться приемами софистов), она препятствий для этого не создает.

Я не собираюсь оспаривать ни к селу ни к городу приводимую презумпцию невиновности, но не вижу оснований использовать ее как довод в дискуссии, ибо согласно презумпции считается невиновным и осужденный, пока приговор не вступил в законную силу. Однако на каком основании постулат "каждое сомнение толкуется в пользу обвиняемого (подсудимого)" трактуется столь догматически: дополнительное расследование недопустимо, единственный вариант – вынесение оправдательного приговора? Может, не будем давать доморощенные трактовки и не поленимся заглянуть если не в фундаментальные произведения, то хотя бы в философские словари и справочники? Тогда станет ясно, что сомнение сомнению рознь. "Сомнение может иметь методологическое значение и является предварительной ступе-

нью познания"¹. Отрицание сомнения как одна из разновидностей скептицизма знаменует "паралич истины"². А "абсолютизация состояния сомнения приводит к невротическим явлениям в психике человека"³. Да, сомнение является основанием для оправдания подсудимого, но не "вообще", а лишь тогда, когда его не представилось возможным устранить. Если же информацию, подвергнутую сомнению, допустимо верифицировать, то есть доказать истинность, почему ее надо отмечать с порога? Какова методологическая связь постулата "каждое сомнение в пользу обвиняемого (подсудимого)" с запретом на проведение дополнительного расследования в установленном законом порядке? Ее нет.

Наконец, если уж говорить о неконституционности права судьи возвращать уголовное дело на дополнительное расследование, то почему под самим возвращением на доследование понимается истребование дела прокурором в порядке ст. 232 УПК Украины? (См. статотчет на с. 11 Вісника Верховного Суду України). По логике, чтобы *возвратить* дело, суд должен вначале осуществить хотя бы его *предварительное рассмотрение*. До этого дело находится в здании суда, но не в производстве суда. Я понимаю, что имеет место практика дружеского поиска судьей

¹ Философский энциклопедический словарь. – М.: ИНФРА-М, 2000. – С. 425.

² Современная философия: словарь и хрестоматия. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – С. 71.

³ Словарь-справочник "Человек и общество" (Философия) / Авт.-сост.: И.Д. Коротец, Л.А. Штомпель, О.М. Штомпель. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1996. – С. 409.

и прокурором компромисса, но когда речь идет о Конституции, в основе должны лежать юридические критерии, а не отступления от них.

Мягко говоря, неточно апеллирование автора к Уставу уголовного судопроизводства Российской империи 1864 года. Статьи 12 и 13 Устава действительно регламентировали: "Все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае неполноты, неясности или противоречия законов, коими судимое деяние воспрещается под страхом наказания, должны основывать решение на общем смысле законов. Воспрещается останавливать решение дела под предлогом *неполноты, неясности или противоречия законов* (курсив мой. – Б.Р.). За нарушение сего правила виновные подвергаются ответственности как за противозаконное бездействие власти". Однако отсюда отнюдь не следует сделанный В.Т. Маляренко вывод о том, что "суд имел право лишь вынести обвинительный приговор или оправдательный, либо прекратить дело. Заволокитить, кому-то возвратить дело суд не имел права. В этом была суть состязательности сторон, уважения к праву человека на справедливый и непредубежденный суд, который проводится в разумные сроки, не обвиняет или ищет какие-то пути к обязательному обвинению, не подменяет прокурора, а обязывает каждую из сторон в процессе исполнять свои обязанности с чрезвычайным старанием и добросовестностью"¹.

¹ См.: Маляренко В.Т. Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 6 (46). – С. 2.

Дело в том, что Устав уголовного судопроизводства Российской империи 1864 г. отличался от действующего и проектируемого УПК Украины объемом. И исследуемые вопросы законодатель рассматривал в главе девятой "О порядке постановления и объявления приговоров", отделении первом "Постановление вопросов при решении дел":

"750. По окончании судебного следствия и заключительных прений суд приступает к постановлению вопросов, подлежащих разрешению.

751. Основанием вопросов по существу дела должны служить не только выводы обвинительного акта, но также судебное следствие и заключительные прения, в чем они развивают, дополняют или изменяют те выводы.

752. О преступном деянии, не предусмотренном в обвинительном акте, но обнаруженном при судебном следствии, вопросы не прилагаются, если оно по закону подвергается наказанию более строгому, чем деяние, в том акте определенное.

753. В случае, указанном в предшествующей статье, дело обращается вновь к предварительному следствию, если это окажется нужным, и к составлению обвинительного акта по всем преступным действия подсудимого".

Да, Устав уголовного судопроизводства регламентировал одно конкретное основание возвращения уголовного дела на доследование, но, тем не менее, такой институт в дореволюционном законодательстве был и реализовывался на практике. Необходимо отметить, что критические замечания в его адрес высказывали многие ученые, но все они сво-

дились к указанию на неопределенность критериев тяжести вновь установленного преступления, по которым виновный не может быть осужден без возвращения уголовного дела на доследование. Возможность и необходимость самого возвращения дела на доследование никем не оспаривались¹.

В главе второй Устава уголовного судопроизводства "О действиях Судебной Палаты и состоящего при ней Прокурора" регламентировалось: "Судебная Палата приступает к рассмотрению обвинительных актов или представлений о прекращении или приостановлении уголовного преследования не иначе, как по письменным предложениям состоящего при ней Прокурора" (ст. 529). В ст. 534 указывалось: "Признав следствие достаточно полным и произведенным без нарушения существенных форм и обрядов судопроизводства, Палата постановляет окончательное определение о предании суду или о прекращении дела, а в противном случае обращает его к доследованию или законному направлению".

Не столь уж бесправным, безынициативным был суд и в исследовании доказательств виновности или невиновности подсудимого. Приведу лишь одну выдержку: "Если на суд. следствии обнаружится участие в совершении преступления лица, не привлеченного к суду, то суд может или приостановить дальнейшее рассмотрение дела и войти с представлением о том в суд. палату, или же, не приостанавливая суд. следствия, возбудить, по постановлении

¹ См.: Курс Уголовного Судопроизводства И.Я. Фойницкого. - Т. II. - Петроград, 1915. - С. 434-432.

приговора, вопрос о привлечении этого лица к ответственности"¹.

"Под каждую реформу Россия (и Украина тоже. – Б.Р.) изобретала себе подходящий Запад: басурманский, просвещенный, филистерский, рыночный, жидомасонский, общечеловеческий. Задача у этого изобретения была в основном одна: послужить маяком, указующим либо вход в русло магистрального пути, либо рифы, грозящие тем, кто посмеет от него отклониться. Свет маяка настолько слепил, что до изучения реального прообраза дело никогда не доходило. Зато в этом свете казалась очевидной хроническая маргинальность России, чей углый неправильный челн вечно выписывает кренделя вне глобального фарватера"². Та же ситуация с правом: спешим, дергаемся, боимся плохо выгядеть в глазах западного общественного мнения.

А я вновь и вновь задаю вопрос: если идет постоянная отсылка к Западу, почему никто не обращает внимания на то, что Запад многолик? Великобритания и ФРГ – это Запад, но их уголовно-процессуальное законодательство различается в корне, причем немецкое имеет много общего с нашим. О каком конкретно Западе идет речь? И почему за эталон надо брать именно то, которое столь разнится с нашим? Наконец, почему никто не хочет посмотреть, как в многоликом "там" обеспечивается

¹ Судебные уставы Императора Александра II съ законодательными мотивами и разъяснениями. – Десятое издание. – СПб., 1910. – С. 544.

² Чернышев С. Фермопиалы.ru // Эксперт. – 2004. – № 47 (447). – С. 72.

решение тех задач, которые ставят наши теоретики? Не говорю об организационных проблемах – для этого надо там побывать, посмотреть и "пощупать" реальную практику. Но, не выезжая за пределы Украины, можно ведь сопоставить хотя бы правовое поле, в котором действует наш и "ихний" следователь. И тогда сегодня, может, не будет столь безапелляционных советов однозначно использовать западные процессуальные образцы.

Начнем с наиболее существенного. Наш законодатель, лелея обвиняемого, не только разрешил ему не свидетельствовать против себя, но и не запретил противодействовать расследованию, давая ложные показания. Любой следователь расскажет, сколько времени и сил тратится на разоблачение многоходовых комбинаций, выдвигаемых в свое оправдание изобретательными подследственными. А на Западе? В США телеведущая популярного шоу, обладательница многомиллионного состояния Марта Стюарт была осуждена за фондовые махинации, дачу ложных показаний и препятствование отправлению правосудия путем попытки уничтожить телефонный мессидж, уличающий ее во лжи. Апелляционная инстанция исключила из обвинения М. Стюарт осуществление противоправных фондовых махинаций, но оставила в силе приговор в части дачи ложных показаний и препятствования в отправлении правосудия.

В Великобритании к тюремному заключению на срок 18 месяцев с двухлетним испытательным сроком и штрафу в 90 тыс. дол. приговорен известнейший банкир Фрэнк Кваттроне. Он осужден не за

финансовые махинации, а за препятствование в отправлении правосудия, дачу ложных показаний и вмешательство в допросы свидетелей во время правительственного расследования незаконных сделок с акциями в банке Credit Suisse First Boston. Когда началось расследование, Кваттроне послал по электронной почте банкирам своей команды указание "почистить" файлы, этого было достаточно для признания его виновным в противодействии отправлению правосудия.

Примеры показательны во всех отношениях.

В США карманный вор, задержанный полицейским, будет безоговорочно осужден, ибо свидетельство полицейского будет достаточным для суда. У нас же доказать вину "карманника" порой труднее, чем раскрыть убийство.

По УПК маленькой республики Сан-Марино всякое лицо, которое, умышленно пытаясь ввести в заблуждение судью, изменяет состояние места, вещей или лиц, которые могут быть использованы для проверки или судебного эксперимента, либо уничтожает, изымает или скрывает любой предмет или часть доказательства, подлежит наказанию в виде тюремного заключения второй степени. Наказание увеличивается на одну степень, если деяние совершается для того, чтобы спровоцировать вынесение обвинительного приговора другому лицу.

Несомненный интерес представляет существующая в некоторых странах ответственность за апологию преступления. По УК Аргентины "наказывается лишением свободы на срок от одного месяца до одного года тюремного заключения тот, кто пуб-

лично и с использованием любых средств совершил апологию преступления или лица, осужденного за совершение преступления". Иными словами, любая защита и оправдание преступления, в том числе и против правосудия, или лица, его совершившего, уже сами по себе являются преступлением.

Ни для кого не секрет, что в США, например, обеспечение защиты от преступника одного потерпевшего, свидетеля, другого участника процесса обходится в десятки тысяч долларов, а у нас в суде порой нет денег, чтобы отправить по почте повестку, руководители следственных подразделений запряцают следователям назначать "дорогие" экспертизы.

Не менее важно, каково отношение населения к борьбе с правонарушениями и преступлениями, в какой мере граждане проявляют инициативу в помощи следователю. Здесь однообразия нет. Социологи по ментальности различают "монохромную" и "партикулярную" части Европы. Все различия между ними объясняют варианты ответов в трансевропейском социологическом исследовании, полученные на один и тот же вопрос, но в разных частях Старого Света. Вопрос социологами задавался такой: "Вы сидите в автомобиле рядом с другом, который превышает положенную в городе скорость всего на 1 км/ч и сбивает пьяного. Ваши действия в суде? Если вы скажете, что скорость была нормальная, – ваш друг не виноват. Если подтвердите нарушение – его осудят".

Жители "партикулярной" Европы (итальянцы, албанцы, португальцы и т.д.) все как один отвечали:

"Конечно, я скажу, что скорость была нормальной, поскольку один километр ее превышения ничего не изменил бы в судьбе пьянчуги, он бы в любом случае попал под машину". Жители Европы "монохромной" (немцы, скандинавы, голландцы и т.д.) единодушно отвечали: "Конечно, я подтверждаю нарушение скорости, друг-то он друг, но закон дороже". Тем не менее, в повседневной жизни все же поддержка раследованию ощутима повсеместно.

Несколько штрихов. Мне приходилось общаться с нашими соотечественниками, побывавшими в США в командировке, на отдыхе, а также прожившими там по несколько лет. Почти все они вспоминали о первых днях пребывания с неописуемым удивлением.

"Понимаешь, – рассказывает мой коллега ученый, – приехал я в гости к профессору на автомашине, которую взял в аренду. Приняли радушно, немного выпили, закусили. Собираюсь ехать домой, а профессор предлагает оставить машину и вызвать такси. Я на ногах стою, чувствую себя уверенно, на уговоры не поддался. Не проехал и двух кварталов, догоняет полицейская машина – штраф и куча других неприятностей. Спрашиваю: кто меня "заложил"? Оказывается, сразу же позвонил в полицию профессор. Возмущению нет границ: пили за дружбу, за сотрудничество, обнимались, чуть ли не целовались – и такое предательство! Ни в коей мере. Порядок превыше всего, исключений нет ни для друзей, ни для гостей".

Бизнесмен, проживший в США пару лет, устроил раут для будущих компаньонов. Стол ломился от

яств, икру ели ложками, запивали коньяком пятидесятилетней выдержки. На следующий день явился налоговый агент и вежливо поинтересовался доходами. (Отвлекаюсь от темы. Наш бизнесмен прилетел на переговоры со своим переводчиком и смазливой секретаршей. Уехал ни с чем: человек, нерационально расходующий деньги, не годится в партнеры).

Клерк, получив зарплату, обнаружил существенное снижение ее размера – “настучали” сослуживцы, что он много времени тратит на телефонные разговоры с возлюбленной. Подобных примеров множество.

Естественно, обо всем подозрительном, что хоть отдаленно напоминает преступление, звонки в полицию, как правило, поступают мгновенно. И США в этом плане не исключение. То же в большинстве других стран. В Великобритании около 75% преступлений раскрываются именно благодаря помощи рядовых людей. Там каждый добропорядочный гражданин всегда готов позвонить в полицию и сообщить даже о готовящемся преступлении, а уж о произошедшем – и подавно. В ответ им называют номер поступившей от них информации, и если сообщение было достоверным и преступника удалось обезвредить, звонивший получает денежное вознаграждение.

После событий 11 марта 2004 года в Испании в ряде государств Европы, там, где эта мера отсутствует, ставится вопрос об уголовной ответственности за недонесение о готовящемся или совершенном преступлении.

В свою очередь полиция уделяет максимум внимания встречам с населением, информированию о своей работе. В штате полиции существуют специальные подразделения, отвечающие за данный участок работы. Подчеркиваю, речь идет не об отдельных пресс-секретарях, а о большой численности профессионалов, в ряде стран имеющих даже отличие в форме одежды.

Об отечественной действительности лучше не вспоминать, что, видимо, и делают советчики использования западных образцов.

У нас понятие социальной активности весьма своеобразное. Случаи, когда граждане бьют тревогу по поводу чужой беды, в последнее время исчисляются единицами. В основном каждый свои проблемы пытается решать сам, причем, что показательно, не прибегая, как правило, к помощи общественности. Обивают пороги чиновничьих кабинетов, пишут заявления, жалобы. В газету обращаются скорее для самоуспокоения, чем в надежде на какую-то помощь. Учредитель одной из луганских общественно-политических газет Н. Северин признает: "Люди пишут только тогда, когда у них "пожар" начинается – затронуты их личные интересы. По большому счету разборки на страницах газет массовому читателю триста лет не нужны. Никаких социологических исследований не надо, чтоб в этом убедиться. Достаточно посмотреть на тиражи газет. Для Луганской области самая "тиражная" газета (где-то в 100 тысяч) – "Арт-мозаика", на втором месте – "Теленеделя" и "Телескоп", на третьем – рекламный "Экспресс-клуб". А все общественно-политические издания

имеют самое большое по 10–20 тыс. Людей интересуется, что там дальше произойдет с героями телесериала о бедной Насте, сплетни шоу-бизнеса и т.д. На политику, общественные процессы, конфликтные коллизии местного или центрального уровня они реагируют довольно вяло. Во времена работы предыдущего мэра Луганска наша газета предложила читателям дать оценку его деятельности. Пришло всего около ста ответов¹.

В полной мере сказанное относится к проблеме борьбы с преступностью. "Моя хата скраю" – наиболее емкая характеристика поведения подавляющей части граждан, которые располагают информацией о готовящемся или совершенном преступлении. Добавьте к этому отсутствие реальной защиты свидетелей, системы весомого стимулирования заявителей, коррупцию в правоохранительных и судебных органах.

А.Д. Кучма заявлял: "У меня нет ни малейшего желания ставить под сомнение самоотверженное служение Украине тысяч честных и добросовестных правоохранителей, среди которых есть и такие, кто заплатил жизнью, стоя на страже закона и безопасности граждан.

Не буду отрицать достижений правоохранителей, как и подвергать нигилистической критике всю украинскую правоохранительную систему, тем более, что государство сильно провинилось перед правоохранителями в финансовом обеспечении.

¹ Северин Н. Мне надосло воевать // 2000: Еженедельник. – 2004. – 20 августа.

Но не могу не поделиться тревогой о том, что в обществе сложился крайне низкий уровень доверия к правоохранителям. И это прямой результат того, что в их ряды попало немало тех, кто дерзко пренебрегает законом, служебным долгом и офицерской честью. Погрязнув в коррупции, эти люди портят репутацию всей правоохранительной системы и всего государства. Преступник в погонах – это явление приобрело масштабы социальной эпидемии. Об этом свидетельствуют оперативные данные и результаты социологических исследований¹.

И при всем при том лазурная мечта – сделать все так, как на Западе. Посмотреть на самого себя никак не хочется. Один политический обозреватель в ответ на призывы имплантировать в нашу экономику китайский опыт сказал: "У китайцев другие жизненные мотивации. Мы – не китайцы. Кто сомневается, пусть посмотрит в зеркало". Может, понять различие Украины и Запада мешает наше физиономическое сходство?

Не хотелось, чтобы сложилось представление обо мне как о яром противнике всего западного, этаким славянофиле в худшем исполнении. Я за ориентацию на многое позитивное, что там есть. Но я против смещения акцентов, против выборочного заимствования пусть самых привлекательных норм или институтов, если

¹ См.: Незалежність України і виклики сьогодення: Виступ Президента України А.Д. Кучми на урочистому зібранні, присвяченому дванадцятій річниці незалежності України, 23 серпня 2003 року // Урядовий кур'єр. – 2003. – 27 серпня.

они вычленяются, выхватываются из целого, из существующей системы. Одна норма, один институт и даже сотня норм и институтов, изолированно взятых из эффективной системы, неизбежно превращаются в ничто. Хотите заимствовать – заимствуйте систему, а не отдельные клочки. Нравится англосаксонская система правосудия – берите ее целиком, не пытайтесь скомбинировать фрак с кафтаном и шароварами.

Но, как говорится, черт кроется в деталях... Вынужден огорчить новаторов-оптимистов от права. Недаром в начале этой главы сделан небольшой экскурс в экономику. Даже если позаимствуем ту же англосаксонскую правовую систему, она очень быстро сникнет, обанкротится на нашей почве, ибо эта правовая система эффективна только в рамках англосаксонской модели развития общества. Вот, например, активно выступающий в СМИ кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права НАН Украины им. В.М. Корецкого Николай Сирый, которого корреспондент представляет как одного из ведущих отечественных процессуалистов, делает ставку в реформировании уголовно-процессуального законодательства на институт судебных следователей или следственных судей. Они-де будут беспристрастны, независимы от внешних влияний, обеспечат реальную состязательность процесса¹. Не хочу затрагивать сугубо процессуальные аспекты. У меня не-

¹ См.: Примаченко А. Уголовно-процессуальный кодекс переходного периода // Зеркало недели. – 2004. – № 12 (487).

сколько вопросов экономического, точнее, материального характера. Интересовался ли кто-либо, какова цена этого института, сколько денег выделяется из бюджета в США на его содержание? Во что будут обходиться услуги адвоката, если он присутствует при каждом следственном действии, осуществляемом судом? Наконец, вопросы житейского плана. Станет ли следователь, коль мы его назовем судебным, действительно независимым от внешнего влияния, если его зарплата составляет 500 гривен? Да назовите его следователем церковным, каминовским, президентским, ооновским – толку от этого не будет. Позвольте усомниться в тотальной беспристрастности и независимости даже при обещанной зарплате в 3-5 тысяч гривен, когда вокруг – "зеленые потоки" с множеством нулей и взятка – это вопрос не выбора, а выживания, норма, основной инструмент принятия управленческих решений сверху донизу. Поэтому важно не только то, что делать. Важно, кто будет делать.

Я за идеальную модель правосудия. Но правосудие находится не в вакууме, и с учетом реалий надо идти на создание дополнительных гарантий для того, чтобы вор все же сидел в тюрьме. Наведем порядок в государстве – будем совершенствовать и систему правосудия. А пока нужен действительно Уголовно-процессуальный кодекс переходного периода. Жаль только, что условия того самого переходного периода законодатель явно переоценил, поэтапно сдавая свои позиции под напором сил, маскирующихся вывеской правозащитников.

Помню, на одной из конференций, где обсуждался проект новой после смерти Сталина Конституции СССР, выступил кто-то из американских ученых. Он был краток, сказал примерно так: "Обсуждаемый проект интересен. Но и сталинская Конституция была не такой уж плохой. Просто вы ее не выполняли. А если говорить о проблемах, то для меня они на виду. У вас каждый колхозник по Конституции может иметь свою корову, но юридически ее негде пасти – у колхозника нет своего земельного надела. **Вы со своим мировоззрением это не в состоянии увидеть**".

Ситуация типичная применительно к рассматриваемой проблематике. Мы не научились беспрекословно выполнять даже те требования, которые есть в действующем законодательстве, не пытаемся осознать и устранить помехи, усложняющие его реализацию, а сразу рвемся вперед в радужное будущее, уподобляясь конькобежцу из песенки Высоцкого: "Я на десять тыщ рванул, как на пятьсот – и спекся". Давайте хоть что-то начнем делать, с тем чтобы приблизиться к условиям, в которых работают западные правоохранители, и с учетом полученных результатов идти дальше в реформировании законодательства. Пока же лучше не забывать классическую байку о расхождении между желанием купить ту же корову и возможностью приобрести козу.

В отличие от наших далеких предков, предоставленных самим себе в выяснении отношений с обидчиком, государство полностью приняло обязанность по защите своих граждан от преступных посяга-

тельств, установлению преступника и его наказанию. Некачественное расследование не только и даже не столько вина следователя, это вина государства, вина в том, что у него ненадежные правоохранительные органы, неквалифицированные кадры. Но и это не все. *Государство не должно иметь законы, создающие препоны для осуждения преступника, для выполнения взятых перед своими гражданами обязательств.*

Демократия, либерализм – высокие ценности, но они не могут и не должны быть выше справедливости. Суд по своей природе – символ справедливости. А совместимо ли с сущностью справедливости требование к суду не реагировать на факты, с большой вероятностью свидетельствующие о вине подсудимого, упущенные во время досудебного следствия?

Основной довод противников института возвращения дела на дополнительное расследование (помимо традиционного "его нет в большинстве стран Запада") – наличие этого института подрывает идею незаинтересованности суда в исходе дела, способствует обвинительному уклону. Однако такова ли реальность? Действительно ли не заинтересован наш суд в объективной оценке содеянного подсудимым? Справедливо ли, что он связан по рукам и ногам позициями сторон в процессе?

Если абстрагироваться от практики и стать на стезю теории, то следует прежде всего разобраться, соответствует ли отечественная концепция уголовного процесса западным образцам не в части отдельных институтов, к числу которых относится дополнительное расследование, а в целом. Скорее все-

го, не соответствует ни континентальной модели, ни тем более англо-американской. Пока можно говорить лишь о некоем эклектическом наборе принципов, институтов и норм, оптимизировать который в силу объективных реалий нашей действительности трудно. Хотелось бы в рай, да грехи не пускают.

Как у апологетов девственной чистоты уголовно-го процесса выглядит концепция беспристрастности наших судей, их независимости от мнения сторон? Мне кажется – точно по Фрейдю. Основатель психоанализа приводит в одной из своих работ занятный пример. Берет человек в долг котел – возвращает с дырой. А оправдывается мгновенно и не задумываясь: во-первых, никакого котла не брал, во-вторых, когда брал, он уже был дырявым, в-третьих, возвратил посудину в целостности и сохранности.

Давайте и мы немного займемся психоанализом.

Начинает ли судья в судебном заседании рассмотрение дела с чистого листа? Безусловно, нет. Еще до начала первой процессуальной стадии – предварительного рассмотрения дела судьей – все тома у него на столе. Поступили они к нему не для хранения. Добросовестный судья должен подготовиться к предварительному рассмотрению дела, изучить представленные материалы. Простите тавтологию: предварительному рассмотрению предшествует предварительное изучение. Вы, читатель, когда читаете детективный роман – ждете развязки или вместе с автором мысленно строите версии, делаете предположения о преступнике, оцениваете факты? Наверное, именно так. Иначе, если чтение ради чтения, то можно взять словарь, букварь или

что-то подобное. А судья сделан из другого теста? Он нормальный человек, и, изучая материалы дела, не может не делать профессиональный анализ собранных доказательств. Когда он первый раз входит в зал судебных заседаний и садится в председательское кресло, у него в голове уже есть своя модель совершенного преступления, предварительное мнение о виновности или невиновности подсудимого, о его личности, о достаточности собранных доказательств. Хотим мы того или нет, но такова психологическая природа рассмотрения дела судом по материалам досудебного следствия. Утверждать иное – это, по Фрейдю, вручать дырявый котел и с невинными глазами убеждать в его целостности.

Профессиональный судья должен без предвзятости выслушивать доводы сторон, но в силу своей нормальной психики он оценивает их, "пропуская" через сложившееся у него представление, через сформировавшуюся модель преступления. Я не хочу утверждать, что модель в сознании судьи стабильна. Нет, она может меняться, дополняться, может быть даже полностью разрушена. Но модель была, есть и должна быть до подписания приговора. Все это время судья, повторяю, как человек с нормальной психикой, в абсолютном большинстве случаев мысленно находится на пресловутой "стороне обвинения", а реже – на стороне защиты.

Почему же тогда свет клином сошелся на институте дополнительного расследования? Утверждение о том, что, возвращая дело на доследование, суд становится на сторону обвинения, нарушая тем самым равенство сторон, стало магическим заклина-

нием, песней, которую можно исполнять без слов, напевая один знакомый мотив. Оставим пока эту натяжку. Я хочу задать наивный вопрос: если суд столь беспристрастен по отношению к обвиняемому, если он не заинтересован в изобличении преступника, держит только весы и смотрит, куда перетягивают доводы обвинения и защиты, то почему обвиняемый, содержащийся под стражей, после окончания досудебного следствия перечисляется за судом? И суд, именно этот беспристрастный суд, не определив еще его виновность, сам содержит обвиняемого (ставшего подсудимым) под стражей. Согласитесь, содержание под стражей **судом** гражданина до вынесения ему обвинительного приговора куда больший нонсенс, чем возвращение дела на дополнительное расследование. Как только до этого не досмотрелись ультралевые правозащитники? Видимо, Макиавелли бы был прав, утверждая, что люди гораздо охотнее прощают большие обиды, а вот маленькие не могут простить никогда.

Если уж заняться казуистикой (а именно в этом суть дискуссии о недопустимости доследования), то суд по логике должен сказать прокурору: "Держи обвиняемого у себя, приводи ко мне для судебного разбирательства, представляй доказательства, если я вынесу обвинительный приговор, – ты, а не я, направишь осужденного в места отбытия наказания либо отпустишь на все четыре стороны в случае вынесения приговора оправдательного. Я, судья, дистанцируюсь, сижу в белых перчатках и не хочу к твоему обвиняемому прикасаться даже косвенно. Мое дело только судить, а не заниматься вопросами

доставки подсудимых в зал судебного заседания, вызовом свидетелей и прочими организационно-техническими вопросами. Ты – обвинитель, тебе это нужно – ты и занимайся”.

Наши парламентарии не единожды в принятых законах шагали впереди Европы всей – давайте проявим такую сверхлиберальность в новом УПК. Тогда прокурор как технический организатор судебного процесса, следуя той же казуистической логике, в пределах установленного законом срока хочет – доставляет “своего” подозреваемого в суд, хочет – забирает его на время для доследования, только лишь уведомляя об этом суд. Суд не проявляет никакой инициативы, непорочен как младенец, даже не имеет правомочий запретить что-либо прокурору.

Можно с юмором или всерьез воспринимать предложенный казус. Однако в значительной части такого рода концепция судопроизводства уже реализована в Италии, судах присяжных Испании, некоторых странах Латинской Америки. Например, в Венесуэле составленные прокурорами и правоохранительными органами материалы уголовного дела не отправляются в суд; председательствующему судье не разрешается читать уголовное дело. Соответственно, председательствующему судье – единоличному или в составе суда шеффенов – приходится действовать как присяжному заседателю. Это якобы обеспечивает обвиняемому презумпцию невиновности: судья, не зная подробностей уголовного дела, не может использовать материалы дела и версии сле-

дователей в постановке вопросов и исследовании доказательств.

Сторонники такого обеспечения чистоты состязательности в суде появились и у нас. А я затратил кучу времени, но так и не нашел ни одного исследования специалистов-психологов, где бы если не решался, то хотя бы обсуждался вопрос о том, в какой форме – письменной или устной – более качественно и объективно воспринимается судьей информация об обстоятельствах совершения преступления и доказательствах вины подсудимого. Есть лишь литература по близкой тематике: психологи и педагоги пришли к выводу, что просмотр кинофильмов и телепередач не компенсирует, не заменяет чтения художественных произведений, если речь идет о формировании полноценной личности. Есть ли аналогия с формированием личности судьи, и его представления об обстоятельствах рассматриваемого дела? Вопрос остается открытым.

Однако, коль уж так заботятся о непредвзятости судьи, то почему ограничились лишь частичной защитой его зрительных рецепторов. Недаром же наши предки (и мы вслед за ними) изображали Фемиду с повязкой на глазах. Вдруг у подсудимого окажется "криминальная морда" или просто отталкивающая внешность. И, наоборот, подсудимая вызывающе смазлива, а у судьи-женщины супруг-ловелас увлекается подобными красотками. Разве это теоретически и практически не может повлиять на определение меры наказания? Давайте судье для стопроцентной объективности наденем мешок на голову – если уж идти, так до конца.

В предложенном варианте я пошел по пути наименьшего сопротивления – суд бесстрастный и безынициативный, движущие силы – только стороны в процессе. Концептуальная идея – возвращение дела на дополнительное расследование ставит суд на сторону обвинения. Но, как убедился читатель, я люблю рассматривать проблему, перевернув ее с ног на голову. Прием результативный, ибо зачастую выясняется, что проблема-то изначально стоит "на голове", и ей надо придать правильное положение. Посмотрим, не та ли ситуация и с проблемой возвращения дела на дополнительное расследование.

Да, действительно, наиболее часто непредвиденные, а то и прогнозируемые затруднения возникают в суде у стороны обвинения. Следователь слабоват, прокурор плохо подготовился к процессу. Не будем идеализировать – и судьи материалы дела не всегда читают. Сверхлиберальным даже в сравнении с венесуэльским был в этом плане советский суд. Известен же случай, когда преступник вывозил похищенное собственной автомашиной, ее признали вещественным доказательством, о чем указывалось в обвинительном заключении, а в суде подсудимый, видя, что материалы дела никто не знает, заявил, что использовал попутный транспорт, и в итоге судьба вещественного доказательства в приговоре не была решена, автомашину не конфисковали.

Является ли на этом фоне светлым исключением адвокат (защитник)? Кто-то остроумно заметил: дураки распределены поровну между всеми профессиями. Я бы сказал иначе: сегодня звезд намного больше среди адвокатов, но еще больше среди них

бездарей, исполняющих лишь роль посредника в неблагоприятных делах. Часто, очень часто адвокаты в судебном заседании выступают в роли статистов. Существует даже термин "спящий адвокат".

И вот в судебном заседании свидетель, видевший только то, что подсудимый бежал с места, где, как он потом узнал, совершено убийство, заявляет: "На днях я встретил своего знакомого Васю. Ему его знакомые Петя и Толя рассказывали, что были очевидцами драки и хорошо запомнили убийцу. Тот был высокого роста, крепкого телосложения, брюнет". Подсудимый же – низкорослый, худой, тщедушный блондин. С перепугу отрицает, что был на месте происшествия и убежал оттуда, хотя это обстоятельство доказано фундаментально. На досудебном следствии признавался в убийстве, в суде заявил, что показания дал под угрозой избиения. Вину отрицает. Есть еще косвенные доказательства. Очевидцев драки на досудебном следствии не установили, но при формальном подходе обвинительный приговор возможен. Прокурор на новую информацию не реагирует: якобы кто-то кому-то сказал то, что сам не видел, одним словом, слухи, а слухи не есть доказательство. Молчит и адвокат, уже выстроивший стратегию требований снижения наказания из-за противоречий в доказательствах. В Европе судья не может сделать ему замечание по поводу ненадлежащей защиты. У нас по букве закона должно быть так же.

На вопрос судьи свидетель заявил, что точный адрес Васи ему неизвестен, но знает время и дорогу,

по которой тот ходит на работу. Петя и Толя живут где-то по соседству с Васей. Найти их можно.

Что должен делать суд? Заявления свидетеля без проверки не могут быть положены в основу оправдательного приговора. Игнорировать сомнения и вынести обвинительный приговор, основываясь на единстве позиций обвинения и защиты? Или все же не только стать на сторону защиты, а прямо подменить ее, поручив по собственной инициативе проверку заявления свидетеля органам следствия? Полагаю, что в данной ситуации на судебную процедуру вполне может быть распространен общепризнанный принцип европейской журналистики, сформулированный издателем "Манчестер Гардиан" Скоттом Чарльзом Престунчем: "Комментарии свободны, но факты священны".

Пример надуманный, но вполне реальный для нашей действительности. За обвинителем есть "внутренний контроль" – следователь, который в состоянии определить, по чьей вине преступник не был осужден. Защитник же сегодня – это фигура вне какого-либо контроля. К сожалению, даже гонорар не порождает "внутривидовую" конкуренцию – одни получают больше, другие меньше, но выживают. В итоге – некачественное следствие, плюс непрофессиональная защита, плюс независимый судья = трагическая пародия на правосудие.

А как быть с вполне реальной, ставшей типичной ситуацией, когда в суде под давлением преступников свидетели, да и сам потерпевший, изменяют показания и устранить возникшие противоре-

чия невозможно? Что, идти на поводу у преступников и оправдывать их?

Или не менее типичная ситуация: на досудебном следствии из дела "вывели" организатора убийства. Сделано грубо, взятка не "просматривается" – прямо "кричит". И суд должен стать соучастником, укрывателем коррупции? Кто даст ответы на эти и массу других вопросов? Гладко было на бумаге, когда предложили полностью исключить из УПК институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, но как быть с теми ухабами, которые возникают в судебной практике чуть ли не каждый день? Идеология – штука необходимая, но плохо, когда она превращается в созвучное с ней понятие – идеализм.

Проблема возвращения дела на дополнительное расследование – это ширма, возведенная процессуальными алармистами. Равенство сторон порождает равенство проблем, и нельзя делать акцент на одной, замалчивая равнозначную другую. Впрочем, о какой равнозначности может идти речь? Доследование – это средство обеспечить преступнику справедливое наказание, бездействие защиты при попустительстве суда – это риск осуждения невинного. Запад шел к нынешнему статусу суда столетия, там сформировались варианты сдержек и противовесов. Там тоже есть адвокаты хорошие и не очень. Но там существует *система*, благодаря которой непрофессионал не получит возможности калечить судьбы людей. В равной степени это относится и к обвинителям, тем более, что в ряде стран такую функцию выполняют адвокаты. У нас телегу поста-

вили впереди лошади: провозгласили независимость судьи, а закон об адвокатуре не можем вымучить. Сколько лет еще потребуется для обеспечения полнокровной его реализации? Будет ли он столь эффективным в наших нынешних условиях? И пока все это в будущем времени, можно ли во времени настоящем запрещать судье проявлять инициативу в выяснении истины? Ответим на вопрос – тогда можно будет что-либо конструировать и с исследованием или его эрзацами.

Признаюсь, я занимался эквилибристикой только по одной причине. Институт возвращения дела на дополнительное исследование устарел и безусловно подлежит отмене, однако не в силу несостоятельности решаемых с его помощью задач. Задачи актуальны, животрепещущи, и решать их все равно надо. Причина в наличии побочного, но тесно связанного с этим институтом фактора. Я имею в виду опять-таки вполне обоснованную практику привлечения прокурора и следователя к дисциплинарной ответственности за допущенный брак в работе. Получив дело на дополнительное расследование, они заранее смазывают одно место вазелином – экзекуция неизбежна. Именно поэтому почти каждое постановление суда о возвращении дела на дополнительное расследование, вынесенное не по ходатайству прокурора (а порой и такое), опротестовывается (по старой терминологии). Отстаивая честь мундира, цепляются за каждую букву, дело с представлениями "гуляет" по всем инстанциям. Выполнить постановление – работы на неделю-две, но к следователю дело поступает после отклонения многочис-

ленных представлений спустя многие месяцы. (Отмечу, что активность "протестной войны" служит наглядным опровержением утверждений о недостаточной ответственности виновных в допущенном браке, для устранения которой якобы целесообразно вынесение оправдательных приговоров).

В настоящее время действующий УПК Украины допускает возможность дачи в процессе судебного следствия поручения следственным органам для сбора и проверки доказательств, что в большинстве случаев позволяет отказаться от возвращения дел на дополнительное расследование. Однако при обсуждении Проекта УПК Украины ставится вопрос об отмене данной нормы и удовлетворении любых ходатайств о получении дополнительных доказательств только при согласии на это обеих состязющихся сторон. С правом следователя на ошибку тем самым будет покончено безоговорочно. Но я хочу напомнить общеизвестные слова Рабиндраната Тагора: "Закройте двери перед всеми ошибками, и истина никогда не сможет войти". Чтобы отстоять реальный минимум, я и пытался показать все возникающие на практике сложности.

Компромиссных вариантов может быть несколько. Возьмем простейший. Сейчас ставится вопрос о праве адвоката пользоваться для сбора доказательств услугами частных агентств, которые наконец приобретают легитимность. Давайте закрепим это право в УПК. Как тогда уравнивать права прокурора? Естественно, путем разрешения давать поручения следователю производить необходимые след-

ственные действия без возвращения дела на исследование.

Предвижу возражение: следственные действия проводятся только по возбужденному уголовному делу, находящемуся в производстве следователя. Да, было. Но посмотрите действующий УПК и особенно Проект нового – практически всю палитру следственных действий разрешено производить до возбуждения уголовного дела. Но если можно до, то почему нельзя после? И почему нельзя допустить право давать такого рода поручения на проведение следственных действий адвокату? На что ни пойдешь ради сохранения паритета прав сторон и реализации принципа "Вор должен сидеть в тюрьме".

Попутно подкину тему для чьей-нибудь диссертации. Сейчас отрабатывается проблема оперативно-розыскного сопровождения уголовного дела в суде до вступления приговора в законную силу. Причина в том, что криминал активно противодействует правосудию (запугиваются или подкупаются свидетели, фальсифицируются документы и т.п.) не только на досудебном следствии, но и на стадии судебного разбирательства. Почему бы не отнести вопросы сопровождения дела в целях предупреждения противодействия суду и к компетенции следователя? Если идти дальше, то стоит обсудить вопрос о пересмотре существующего понятия окончания расследования, разделить его на две части: до суда и на стадии судебного разбирательства. Для западного уголовного процесса это не столь уж необычно.

Метод пробивания лбом стен явно непригоден в условиях чрезмерной политизации науки, когда в

полемике забывается основная цель правового регулирования, идет спор о приоритетах без анализа возможностей их соблюдения. Зачем дразнить гусей, регламентируя право суда по собственной инициативе давать поручения следователю проверять или собирать доказательства? Зачем возвращать дело на доследование? Есть прокурор, который должен иметь право заявить ходатайство объявить перерыв или отложить слушание дела на определенный законом срок, с тем чтобы он мог представить дополнительные доказательства. В такой практике нет ничего необычного, она существует в ряде стран Запада, да и для постсоветских государств это не новость, по этому пути пошли в Республике Молдова. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь, принятый в 2000 г., в статье 302 "Отложение судебного разбирательства и приостановление производства по уголовному делу" регламентирует:

"...5. Если в ходе судебного разбирательства уголовного дела выяснится, что предъявленных доказательств недостаточно для постановления приговора, суд только по ходатайству сторон приостанавливает производство по делу на срок до одного месяца и предлагает государственному обвинителю организовать проведение дополнительно следственных и иных процессуальных действий в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, для получения новых доказательств, подтверждающих либо опровергающих предъявленное обвинение. По ходатайству государственного обвинителя указанный срок может быть продлен судом до двух меся-

цев. С представленными государственным обвинителем дополнительно материалами суд знакомит обвиняемого, его защитника, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, представителей, после чего они исследуются в судебном заседании в обычном порядке. При непредставлении государственным обвинителем дополнительных материалов суд принимает решение на основании исследованных в судебном заседании доказательств”.

За это время – ищи новые доказательства или исправляй допущенные на следствии огрехи. Устраняется тем самым основная причина волокиты – хождение дела из суда к следователю и обратно после многочисленных прокурорских протестов.

Кстати, во многих случаях нет необходимости откладывать дело, если требуется произвести для проверки информации или исправления ошибки одно-два следственных действия. Вопрос лишь в законодательной регламентации права производить следственные или оперативно-розыскные действия по ходатайству государственного обвинителя как стороны в процессе по уже завершённому досудебному следствию. Сегодня такой порядок регламентируется ст. 315¹ УПК Украины, и его надо сохранить.

Не вижу ничего страшного, если и адвокат с согласия суда привлечет следователя к проверке реальной, конкретной информации, оправдывающей подсудимого или смягчающей его вину. Сам он, например, в большинстве случаев не в силах установить свидетеля, если есть только “зацепки”, по кото-

рым возможен поиск. Адвокат лишен возможности осуществить выемку документов и многое другое.

На первый взгляд, такая постановка вопроса необычна. Но, по совести, следователь до конца дней своей жизни должен быть уверен в том, что по его вине не осужден ни один невинный. Адвокат своими ходатайствами и на следствии, и в суде зарождает такие сомнения, и кто как не следователь в первую очередь заинтересован в их объективном устранении. Такие следователи есть. Надеюсь, со временем их будет большинство.

В итоге мы изначально получаем смешанную, а может, более точно – переходную от советской к западной модель рассмотрения уголовного дела, когда следствие не завершается составлением обвинительного заключения, а в определенной части продолжается и после принятия судом дела к рассмотрению.

Написал, но душу от написанного воротит. Играем в бирюльки, в демократию ради демократии. Делаем вид, что суд станет более независимым и беспристрастным. Да чушь это! Мы можем лишь добиться видимости беспристрастности, чтобы лучше выглядеть перед Западом. Однако я не раз встречался с зарубежными судьями. Они прекрасно понимают и признают, что реально беспристрастность – это маска, на деле они также "болеют" за то, чтобы в суде на первом плане было установление истины, а не красота декораций. Когда начинаешь "прижимать их к стенке", пожимают плечами – традиция. Но нам-то можно еще, не забегая далеко вперед, создавать свои традиции, более отвечающие по-

требностям нашей, отечественной практики. Казалось бы, какая разница: возвращать уголовное дело следователю или объявить в суде перерыв? Есть разница! Попробуйте, сев за стол следователя, квалифицированно допросить свидетеля или обвиняемого с целью уточнения обстоятельств произведенной финансовой махинации, если все документы остались вместе с делом в суде. Или просто выяснить причины изменения свидетелем ранее данных показаний.

Признаюсь, вся эта казуистика придумана с одной целью – стимулировать поиск приемлемого решения проблем. Пусть кто-то идет от противного, доказывая несостоятельность моих и других предложений. Лишь бы пришло понимание некорректности существующих методов исследования (примеры которых приведены выше) для решения жизненно важной для Украины задачи создания уголовного процесса, отвечающего нынешним реалиям.

Закончу тем, с чего начал. Украина – не Россия. Оставим это противопоставление. Но не Франция или США – это уж точно. С огорчением убеждаюсь снова и снова. Совсем недавно, читая очередной выпуск "Юридической практики", не поверил своим глазам: оказывается в Украине "существуют районы, где вовсе нет адвокатов и всю деятельность по защите прав юридических и физических лиц осуществляют юристы-предприниматели". Об этом было сказано на заседании Высшей квалификационной комиссии адвокатуры при Кабинете Министров Украины (ВККА). Причем в ликвидации такой дикости возникли проблемы. "По мнению некоторых членов

ВККА, предпринимательская юридическая практика является практикой на свой риск, не требует от лиц, занимающихся ею, высшего юридического образования и не является должностью, как того требует Закон Украины "Об адвокатуре". Кроме того, сложно доказать, что предприниматель действительно занимался юридической деятельностью. Следовательно, лица, которые для подтверждения стажа работы по специальности юриста предоставляют данные о занятии ими предпринимательской юридической деятельностью, не должны допускаться к сдаче квалификационных экзаменов на право стать адвокатом"¹. А мы, имея в виду прямо противоположное, чем в песне, направление плавания, голосим:

"Там за туманами, вечными, пьяными,
Там за туманами берег наш родной".

Пора протрезветь и посмотреть, что же там действительно есть за этими опьяняющими далями, и начинать разработку *национального* законодательства, а не суррогатов, коими и без того наполнен отечественный рынок.

¹ Иващенко С. ВККА: а порядки все строже // Юридическая практика. – 2004. – № 37 (351). – С. 8.

Презумпция виновности как очередная юридическая фикция

Часто та ложь, которой поверили, становится истиной, имеющей множество приверженцев.

Написание главы с таким названием планировалось с самого начала. Однако книга "распухла", лимит времени исчерпался, и я хотел ограничиться несколькими предложениями, рассыпав их по тексту либо сконцентрировав в послесловии. Частично так и сделал, но потом понял: проблема слишком важна, надо ее выделить пусть в небольшой, на десять-двадцать страниц, но самостоятельную главу.

Появился еще один повод – выплеснувшийся на страницы печати конфликт между Генеральным прокурором Украины и Председателем Верховного Суда Украины. Отношусь к нему крайне отрицательно. Руководители такого ранга не могут забывать о том, что в силу занимаемой должности они обязаны быть политиками и заботиться об имидже государства. Проблема обеспечения эффективности и законности деятельности как суда, так и прокуратуры существует, сомнений в том нет. Но она долж-

на решаться не путем самодеятельности, а инициирования принятия соответствующих законов. Превращать же прокурора в гибрид субъекта оперативно-розыскной деятельности и звонаря-глашатая явно негоже. Как мне кажется, не лучше и предложение В.Ф. Януковича о создании общественного контроля за работой судов¹. Система действенного и оперативного реагирования на заявления, сообщения, любую другую информацию о возможных нарушениях в отправлении правосудия, как и в других сферах государственной деятельности, – неотъемлемый атрибут, основа основ демократического управления. Здесь есть что улучшить и совершенствовать. Но возврат к кухаркам, которым поручают контроль за деятельностью судов, – это мы уже проходили.

Все критические замечания в адрес В.Т. Маляренко и Г.А. Васильева в настоящей работе изложены до указанных событий, и я не хочу, чтобы они были расценены как аргументы в нынешнем споре. Более того, если я апеллировал к Г.А. Васильеву в основном как к бывшему народному депутату, принимавшему участие в разработке Проекта УПК, то дискуссию с В.Т. Маляренко веду как с ученым, кандидатом юридических наук, доцентом, членом-корреспондентом Академии правовых наук Украины. Будучи Председателем Верховного Суда Украины, свои идеи он может реализовать при поддержке коллег только через решения Пленума Верховного

¹ См.: Шестопапов К. Виктор Янукович о проблемах судебной власти // Юридическая практика. – 2004. – № 41 (355). – С. 3.

Суда – а это уже коллегиальный орган, другая адресность. Правда, в "Трех мушкетерах" есть такая фраза: "Галантерейщик кардинала – великая сила", а в проблеме, которую предстоит осветить в данной главе, значительно влияние и самого "кардинала".

О чем речь? На первый взгляд о не связанной с предыдущими главами проблеме обоснованности, законности приговора, которым лицо признано виновным в совершении преступления. Тема достаточно разработана в трудах процессуалистов, и, казалось, говорить не о чем. Но только в том случае, если вопрос ставить в традиционном ключе. Я же хочу рассмотреть виновность лица, установленную приговором, вступившим в законную силу, не как постулат, а как презумпцию, более того, как одну из юридических фикций, логическое продолжение юридической фикции презумпции невиновности.

В юридической науке и законодательной практике под фикцией понимается "прием законодательной техники, состоящий в признании существующим несуществующего и обратно"¹. Так, не считается преступлением общественно опасное деяние, ответственность за которое предусмотрена Уголовным кодексом, если оно совершено лицом, не достигшим возраста уголовной ответственности. Не признается судимым человек, отбывший наказание по приговору суда, если судимость снята за давно-

¹ Панько К.К. Фикция в уголовном праве и правоприменении. – Воронеж, 1998. – С. 28. Похожее определение фикций предлагал В.К. Бабаев (См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород, 1993. – С. 109).

стью. Подобных примеров множество. К числу типичных юридических фикций относится и презумпция невиновности. Сразу отмечу: данная презумпция интересует меня постольку-поскольку. По ней написана не одна диссертация, оставляю ее в большей части следующим поколениям. Мне она нужна как мостик к озаглавленной теме главы. Но по ходу дела кое-что прокомментирую.

По иронии судьбы сталинский период марксизма закончился ликвидацией попытки Марра осуществить псевдореволюционный переворот в языкознании. Но как-то забылось, что начало этому безнадежному делу, правда, без вмешательства классиков и основоположников, было положено в революционные 20-е годы. Тогда горячие головы считали: развитие цивилизации пойдет по пути даже не ассимиляции, а прямого исчезновения национальных языков. Им на смену придут языки профессиональные – инженерный, медицинский и т. д. К счастью, такого рода замена не произошла. Тем не менее, о существовании некоторого подобия профессиональных "языков" сегодня говорить можно. Попробуйте без соответствующей подготовки прочесть серьезную книгу, скажем, по кибернетике. Обычные слова русского языка там зачастую выступают лишь в роли союзов и предлогов.

Язык юристов по своему предназначению должен быть понятен любому мало-мальски грамотному человеку. Мы же на всех углах провозглашаем: "Законы должны быть доступны для руководства к действию!". Ясно, если не понимаешь, то как тут

руководствоваться. Однако окиньте выборочно хоть кое-что из нашего (абсолютно недоступного для восприятия рядовому гражданину по одному только запредельному количеству) массива законодательных актов. Не всякий квалифицированный криминалист разберется в гражданско-правовой терминологии и наоборот. Но даже если все понятно, чуть ли не на каждом шагу испытываешь внутренний дискомфорт.

Возьмем текст ст. 62 Конституции Украины. Не смысла, а именно текст, язык изложения. "Лицо считается невиновным в совершении преступления и не может быть подвергнуто уголовному наказанию, пока его вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда". Дабы избежать упреков в неточности перевода, приведу тот же текст на языке оригинала: "*Стаття 62. Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду*"¹. Я правопослушный гражданин Украины, для меня Конституция, как для верующего Библия. Но все же почему согласно Конституции я *считаюсь* невиновным, если я действительно ни в чем не виновен, не совершал (во всяком случае, в пределах срока давности) никаких серьезных правонарушений, тем более преступлений. Какой-то абсурд: страна, все граждане которой по Конституции толь-

¹ См.: Офіційний текст Конституції України // Урядовий кур'єр. – 1996. – № 129-130. – 13 липня.

ко считаются невиновными. Остается лишь сделать каждому такую вклейку в паспорт. Напишите по-человечески: "Лицо, совершившее преступление, признается виновным только (лишь) ...", и все становится понятным. Ведь Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы регламентируют отношения не с курортниками, возлежащими на пляже, а с лицами, попавшими под подозрение в совершении преступления. Так давайте четко и определим контингент граждан, в отношении которых действует презумпция невиновности. Смогли же ч. 2 ст. 15 УПК сформулировать нормально: "Никто не может быть признан виновным в совершении преступления, а также подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда в соответствии с законом".

А вот к части первой ст. 15 УПК у меня вопросы. "Правосудие по уголовным делам осуществляется только судом". Не буду вдаваться в спор по поводу субъектов, осуществляющих правосудие. Пусть правосудие – это деятельность только суда. Но вопросы прекращения уголовного дела по нереабилитирующим основаниям мы в действующем УПК решили чисто по-одесски: "Здесь вам не тут и так, как не там". Что такое правосудие? Это не здание суда и даже не сам судья. Правосудие – это суд, который в судебном заседании исследует доказательства, выслушивает мнения сторон и только потом выносит приговор. Что, как говорят одесситы, имеем мы? Мы имеем одного судью, который человека, чью судьбу решает, в глаза не видит, для приличия лис-

тает дело (или обходится без него) и штампует обоснование, предоставленное прокуратурой.

Еще проще процедура, регламентированная ст. 248 действующего УПК: "Статья 248. Прекращение дела

При наличии обстоятельств, предусмотренных статьей 6, частью первой статьи 7, статьями 7¹, 7², 8, 9, 10 и 11¹ настоящего Кодекса, судья своим мотивированным постановлением прекращает дело, отменяет меры пресечения, меры обеспечения гражданского иска и конфискации имущества, а также разрешает вопрос о вещественных доказательствах, в частности о деньгах, ценностях и других вещах, найденных преступным путем.

Копия постановления в течение трех суток после его вынесения направляется сторонам.

На постановление в течение семи суток со дня его вынесения стороны могут подать апелляции в апелляционный суд, а если дело рассматривается по первой инстанции апелляционным судом – кассационные представления или жалобы в кассационный суд".

И это правосудие? Не надели ли мы функционально на некоторое время судейскую мантию на прокурора и не поручили ли ему в новом кресле в усеченном виде тем же способом решать те же задачи?

В проекте УПК (ст. 333) какой-то антураж предусмотрен. Есть прокурор, могут быть другие участники процесса, но если не явились – препятствий

нет, судья все равно при предварительном рассмотрении дела может его прекратить.

Какая задача ставилась? Гармонизировать наш уголовный процесс с западным, несмотря на их кардинальное различие. С задачей справились просто: написали, что вопросы прекращения уголовного преследования решает суд. Сам термин "суд" в законе есть, а что за ним скрывается, никого больше не интересует. Только причем здесь презумпция невиновности? Если ранее она была юридической фикцией в первой части формулы, то теперь процесс завершился.

Я убежден, что такая косметика излишня. Более того, уверен в ненужности доводить процесс до полной программы – вынесения по каждому случаю судебного приговора. Дорого, но не только. Представьте, человека неосновательно привлекли к ответственности, арестовали. Потом разобрались, уголовное дело оперативно прекратили, из-под стражи освободили. А по логике ст. 15 УПК он должен идти в суд, где заново рассмотрят все доказательства и только после того вынесут оправдательный приговор. Сколько времени, сколько дополнительных страданий. Да и компенсировать причиненный моральный вред придется не по день освобождения из-под стражи, а по день вынесения оправдательного приговора.

Поляки в таких случаях говорят: "Цо ест бардзо, то не добже". Либо мы сохраняем досудебное следствие с наделением серьезными полномочиями следователя, либо ликвидируем его и переходим на

систему разрешения заявлений и сообщений о совершенном преступлении непосредственно судом. И состязательность определяем не только как словесные прения сторон, а как исследование каждого доказательства сторонами, предоставление суду для оценки своего видения имеющихся в деле фактов и обстоятельств, изобличающих или оправдывающих подсудимого. Взять немножко того, добавить этого, хорошо смешать и приправить специями – допустимо в кулинарии, но не в организации правосудия.

Мне часто приходилось в настоящей работе ставить под сомнение общепризнанные истины. Завершая, не могу не коснуться еще одного заблуждения. Издавно повелось противопоставлять следствие и суд по критериям объективности, независимости, справедливости и т. д. Вот вытащили на свет Божий работу 1895 г. далеко не столь уж цитированного до революции В.П. Даневского “Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа” и носимся с ней как с писаной торбой: “Не говоря уже о принципиальной погрешности и практической опасности смешения в одном лице обязанностей судьи и функций сторон одно отождествление в следователе этих последних функций представляется крупной ошибкой, пагубно влияющей на ход предварительного следствия, на его результаты, а в конце концов, и на решение дела по существу. Едва ли мыслимо для одного лица быть в деле и обвинителем, и защитником. Эти функции принципиально противоположны и не согласуемы, особенно в том случае, когда они сосредото-

точены в лице, принимавшем активное участие в собирании доказательств, обличающих и оправдывающих. Созданное законом положение следователя – психологически фальшиво: очень трудно в деле, исследуемом по отношению к определенному лицу, одновременно сосредоточить внимание, равномерно напряженное, на двух различных сторонах дела; нелегко составить себе две противоположные точки зрения, которые находились бы в состоянии равновесия и проверялись следователем с одинаковой ревностью, убежденностью и силой логического мышления. Равновесие неизбежно должно нарушиться, преимущественное внимание и энергия исследователя должны постепенно обратиться в ту или иную сторону"¹.

Не один В.П. Даневский ратовал за отказ от досудебного следствия, но оно, вопреки хуле, подтверждает свою жизнеспособность. И следователь, как ни опасаются за его психику, сохраняет здоровье, не разрывается между обвинением и защитой, а делает свое дело: выясняет, что реально произошло, объективно исследует имеющиеся доказательства и только затем приходит к соответствующему выводу. Сейчас ему в этом помогает адвокат, но как ныне, так и раньше выводы следователя проверяет суд со всеми атрибутами независимости, объективности и т. д. А результат? Погрешности следствия в привлечении к ответственности невиновного находятся в пределах статистически допустимого. Ис-

¹ Даневский В.П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. – К., 2003. – С. 29-30.

ключить их полностью – это утопия. Любителям же противопоставлять объективность досудебного и судебного следствия я советую ознакомиться со статистикой отмены судебных приговоров.

Мы переживаем период тяги к исследованию проблем юриспруденции, в том числе уголовного процесса, на волнах демократии и либерализма. Не на классических основах, а именно на волнах. Разница в том, что волны всегда несут массу пены и мусора, и чем выше волна, тем больше наносного. В дискуссии о досудебном следствии пена и мусор заслонили цель и способы ее достижения. Повторю еще раз: можно сколько угодно разглагольствовать о правах и свободах, но если преступление не раскрыто и вор не сидит в тюрьме – грош цена той системе защиты прав и свобод.

Ответьте честно: можно ли в судебном заседании битый час рассуждать со свидетелем убийства или с самим убийцей о его любви к кроликам, вспоминать эпизоды из детства, когда при восходе солнца по свежей росе бежали умываться на речку, встречали бабушку, идущую с подойником парного молока? А следователь иногда занимается этим не час или два, а день и неделю, чтобы установить психологический контакт с допрашиваемым, помочь ему рассказать правду об интересующих следствии событиях и обстоятельствах.

Или другой пример. Мне пришлось принимать участие в расследовании уголовного дела в составе следственной бригады, возглавляемой следователями по важнейшим делам Прокуратуры СССР

А. Кежояном и Г. Александровым. Последнего отличала необычная тактика допроса, точнее подготовки к нему. Он часа два, иногда и дольше, записав в протоколе анкетные данные обвиняемого, начинал артистически рассказывать ему свежие московские новости, затем переходил на погоду, на отношения с женщинами, мог привести какой-нибудь казуистический случай из практики расследования прошлых лет, обсуждал итоги футбольных баталий – все, что приходило на ум. Иногда Александров прерывал рассказ вопросами типа "Ну как вам это нравится?", "Дикость, не правда ли?", "Смешно?" и, не ожидая ответа, продолжал внешне абсолютно бессодержательный монолог. На высокой эмоциональной ноте он вдруг замолкал, смотрел на часы и как-то устало произносил: "Ой, что-то мы с вами заболтались. Так что вас толкнуло подделывать эти злосчастные документы?". И обвиняемый, которого до этого не один раз безуспешно допрашивали другие следователи, с явно выраженным облегчением начинал давать показания.

Известны современные примеры успешного использования приведенного тактического приема допроса обвиняемого, проводимого даже с участием защитника. Если бы настоящая работа имела криминалистическую направленность, можно было бы заняться обоснованием своего рода постулата: результативность допроса довольно большой категории лиц прямо пропорциональна умению следователя вести длительную заинтересованную беседу с допрашиваемым на отвлеченные темы. Сразу под-

черкну: речь не идет о каком-либо гипнотическом или ином недозволенном влиянии на допрашиваемого. Успешно применяя прием в практической деятельности, я не раз выяснял у обвиняемых, почему они соглашались дать правдивые показания. Ответ был однозначный: в сравнении с "моноправленным писарем" общительный, располагающий к себе следователь создает комфортную обстановку, с ним интересно встречаться, и если уж суждено быть подследственным, то лучше скрасить тяготы неизбежного признания общением с живым человеком, а не с чиновником от правосудия.

Ну а в судебном заседании хоть что-то подобное сделать можно?

В одной из глав я приводил информацию о том, что под влиянием преступных группировок не только свидетели, но и потерпевшие зачастую изменяют свои показания. Располагает ли сегодня суд не только реальными возможностями, но хоть научными рекомендациями по допросу свидетелей, уклоняющихся от дачи правдивых показаний? Нет, как и нет такого опыта у судей. Более того, мы хотим вообще запретить оглашать в суде показания, данные на досудебном следствии. Исследуется только информация, полученная непосредственно в судебном заседании. Мели, Емеля!..

Но даже добропорядочный свидетель в суде находится не в той психологической обстановке, что в кабинете следователя. Понятно, и там, и здесь никто не чувствует себя уютно. Но следователь один, с ним устанавливается подобие психологического контак-

та. А в суде человек чувствует себя так, как впервые попавший на подмостки сцены: даже затылок сверлят десятки глаз, невольно к ним оборачиваешься. Коллеги утверждают, что у меня неплохое самообладание. Когда на Луганщине возникла первая забастовка шахтеров, я по собственной инициативе вышел на площади к микрофону и более часа как ученый-экономист и юрист (я тогда работал в Институте экономики промышленности АН УССР) отвечал на нелюбезные вопросы и выпады бастующих. В итоге меня избрали в стачком в качестве независимого эксперта, чем я горжусь не менее, чем официальными регалиями. Но мне дважды (когда я уже не работал в прокуратуре) пришлось выступать в суде свидетелем по относительно безобидным обстоятельствам – и это самые неприятные, ни с чем не сравнимые из запомнившихся негативных моментов в моей жизни.

Думаю, серьезный пробел в том, что следователи не готовят свидетеля к выступлению в суде, не разъясняют возможность столкнуться с рыдающей женой подсудимого, окруженной маленькими детьми, встретить косые взгляды "сочувствующих", слышать неприятные реплики и др. Всего этого можно было бы избежать при хорошей организации работы суда, но увы... Поэтому, коль сопоставлять достоинства досудебного и судебного следствия, то демократия демократией, но прежде всего оценим реальные возможности установления истины не в философском, а в житейском смысле: что было, как происходило, кто что делал и т. д. И если все же

признаем, что сегодня система досудебного следствия более эффективна в раскрытии и расследовании преступлений, то давайте прекратим обглаживание ее по частям.

днако вернемся к презумпции невиновности. Обычно юридической фикцией именуют первую часть формулы. Действительно, человек не виновен, а ему предъявляют обвинение, избирают меру пресечения, ограничивают в правах, наконец, выносят обвинительный приговор – и он все еще невиновен. С этим свыклись и принимают как должное. Но вот тихо, плавно, без каких-либо эмоций и выступлений в научных публикациях после вступления приговора в законную силу презумпция невиновности превращается... Во что? По нормальной логике в презумпцию виновности. А на деле? На деле это не презумпция, не одна из фикций, а постулат, принцип, что угодно, но исключаящее сомнение в виновности осужденного во имя обеспечения стабильности правосудия.

Европейский суд, правда, применительно к рассмотрению гражданских дел, своим решением от 25 июля 2002 года по делу "Совтрансавто-Холдинг" против Украины определил: "Одним из основных элементов верховенства права является принцип правовой определенности, который в числе прочего предусматривает, что в любом споре решение суда, вступившее в законную силу, не может быть поставлено под сомнение". Аналогична ситуация в уголовном судопроизводстве. Ее наилучшим образом

иллюстрирует позиция Председателя Верховного Суда Украины В.Т. Маляренко: "Нельзя обойти молчанием тот факт, что за последние годы отдельные судьи, не соглашаясь с решением вышестоящих судов, пытаются через средства массовой информации сообщить, что не они, а вышестоящие суды ошиблись при принятии того или иного решения... Мне могут сказать, что каждый судья имеет право на защиту своей позиции и мысли. Да. Но есть понятие судейской этики. В соответствии с Европейской хартией о Законе "О статусе судей" судьи должны воздерживаться от поступков, действий или высказываний, способных пошатнуть уверенность в том, что они беспристрастны и независимы. Аналогичные нормы предусмотрены Кодексом профессиональной этики судей Украины. Судья не может подвергать сомнению судебные решения, которые вступили в законную силу (ст. 6)"¹.

Даже в споре с Генеральным прокурором Украины Совет судей Украины, возражая против данных указаний прокурорам всех уровней контролировать выполнение требований Закона Украины "О порядке избрания на должность и увольнения с должности профессионального судьи Верховным Советом Украины", использовал в числе других следующую аргументацию: "Распоряжения такого рода побуждают прокуроров к поиску оснований для критики

¹ См.: Маляренко В.Т. Про рівень правосуддя в державі та повагу до суду // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 5 (39). – С. 6.

судей в средствах массовой информации, связанной с рассмотрением ими конкретных дел"¹.

Да, действительно, судья имеет право не отчитываться и не давать пояснения по поводу принятых им решений, кроме случаев, прямо предусмотренных законом. Но критика в СМИ, от кого бы она не исходила, – основание для инициирования проверки принятых судом решений в установленном законом порядке. В цивилизованном обществе в принципе не может ставиться вопрос о допустимости существования каких-либо сфер, свободных от критики, особенно там, где так много неопределенного в конечном результате. Сложившаяся система правосудия объективно требует дополнительных гарантий контроля справедливости ее деятельности. За примерами далеко ходить не надо. Возьмите только существующий порядок, когда жалоба на решение судьи подается этому же судье, а он, как свидетельствует практика, имеет возможность под разными предлогами футболить ее месяцами и годами.

Английский мыслитель и врач Томас Юнг писал: "Нет науки, сложностью превосходящей медицину. Она выходит за пределы человеческого разума". Юридической науке, особенно отечественной, хотя я и посвятил ей всю сознательную жизнь, столь глубокую характеристику дать не могу. Но следственная и судебная практика по своей проблемности, уверен, оставила далеко за собой медицину. Там если не определили правильный диагноз и курс лече-

¹ Кравченко В. Судейский "совет" прокуратуре // Юридическая практика. – 2004. – № 41 (355). – 12 октября. – С. 3.

ния, то хоть ошибки можно установить с помощью патологоанатома. А следствие и суд, без преувеличения, действительно проводятся зачастую на грани человеческого разума. Ошибки, цена которых – непоправимые страдания и даже человеческая жизнь – объективная реальность.

Сегодня пытаются взять на вооружение цитируемые выше слова В.П. Даневского. Я же приведу другую цитату: "Если в науке далеко не всегда встречаются строго объективные исследования, а истина в ней открывается чаще всего после ряда исследований, производимых многими лицами, взаимно друг друга проверяющими, нередко после продолжительной работы, не стесняемой временем и часто откладываемой до собрания большого материала и до его проверки, то объективное розыскание истины должно встретиться с неизмеримо большими препятствиями в уголовном деле. В последнем к открытию истины стремится одно лицо (следователь), лишенное почти всегда возможности воспроизводить явление исследуемого события, стесняемое временем, количеством и качеством материала, – лицо, направление и план изысканий которого не встречают серьезного противодействия или помощи со стороны других исследователей (обвиняемого и его защитника). Вот почему и результаты такого исследования дальше от истины, возможность же ошибок еще значительнее"¹.

¹ Даневский В.П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. – К., 2003. – С. 30-31.

Может, у судей более благоприятные условия для объективной оценки доказательств? Ответ напрашивается с учетом информации, приведенной Председателем Верховного Суда Украины В.Т. Маляренко. Из 7515 штатных единиц судей 1490 (19,8%) вакантны, и очереди для их заполнения нет. Каждому судье ежемесячно поступает на рассмотрение более 100 дел. Многим судьям не хватает профессиональных знаний, опыта, воспитанности, объективности при принятии решений. Недостаточен механизм очищения от лиц, дискредитирующих судейский корпус¹.

По моей просьбе провели скрупулезно организованное исследование среди отбывающих наказание в местах лишения свободы. Цель ставилась одна: каков контингент лиц, считающих себя неосновательно осужденными. Отсеяли тех, кто давал сугубо субъективную оценку либо "качал права" в жалобах и заявлениях. Отдали предпочтение экспертным оценкам криминальных "авторитетов" и информации, получаемой оперативным путем. Результат ошеломляющий – не менее одного-двух процентов. Не долей процента, а процентов!

Реально мы допускаем возможность ошибочности вынесенных приговоров, вступивших в законную силу. Данный факт официально послужил одним из оснований для отмены смертной казни. Но на большее ни теория права, ни законодатель не

¹ См.: Маляренко В.Т. Про рівень правосуддя в державі та повагу до суду // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 5 (39). – С. 2-3.

идут. Считается, что в судопроизводстве, как и в любой другой деятельности, издержки неизбежны, и ими можно пренебречь во имя главной цели – искоренения преступности. Я остаюсь идеалистом, но вынужден смириться с неизбежностью ошибок. Тем не менее, допустимость ошибок не должна означать забвение их возможности. Поэтому формулу презумпции невиновности необходимо дополнить заключительной частью: "Вынесенный приговор подлежит обязательному пересмотру при появлении информации, вызывающей сомнение в его обоснованности".

Казалось бы, предлагаемое дополнение излишне. И без него очевидно: так и должно быть. Однако "должно" не означает "есть". Кто сегодня инициирует вопрос об отмене приговора? Осужденный. Но вероятность поступления к нему новой информации – величина, стремящаяся к нулю, и она уменьшается по мере удаления от даты вынесения приговора. По наблюдениям психологов, абсолютное большинство невинно осужденных рано или поздно смиряются с судьбой. Лишь у единиц хватает духу бороться за свою свободу, несмотря на всеобщее равнодушие, и писать письма, которые остаются без ответа. Государство в лице своих правоохранительных и судебных органов стоит в стороне. Понятно, они не будут возобновлять расследование без весомого повода. Трагедия в том, что расследование не возобновляется даже тогда, когда такие поводы возникают реально. Речь идет не только о вновь открывшихся обстоятельствах, связанных непосредственно с ин-

дивидуальной фабулой совершенного преступления. Вне поля зрения ученых и практиков остались обстоятельства, в полной мере претендующие на определение типовых. Одно из них – кардинальные изменения в методиках проведения экспертных исследований, итогом которых является вывод об ошибочности ранее применявшихся.

О судебных экспертизах написано много. В основном в позитивном ключе. Я вместо критического обзора приведу афористичное высказывание одного из классиков современной физики Нильса Бора: "Эксперт – это человек, который совершил все возможные ошибки в очень узкой специальности". Сейчас просто трудно вспомнить все методические ошибки наших научных оракулов – судебных экспертов. Здесь и простейшие трансформации, не имеющие особой научной основы, типа признаков холодного оружия, и более серьезные: изменение оценки признаков выстрела с близкого расстояния, давности наступления смерти, тождества группы крови и группы спермы, идентификации личности по почерку и голосу и т.д. и т.п. В США после внедрения в судебно-медицинскую практику исследований ДНК принят закон, позволяющий осужденным требовать проведения анализа ДНК вещественных доказательств, имевшихся в деле. По результатам проведенных экспертиз отменено более ста обвинительных приговоров¹. Может ли у нас

¹ См.: Анализ ДНК оправдывает осужденных // Юридическая практика. – 2002. – № 36 (246). – С. 3.

кто-либо привести хоть один пример такого рода государственной инициативы?

Нет и не было, хотя основания для этого имелись. В марте 1988 года в бывшем СССР Заместитель Генерального прокурора СССР государственный советник юстиции 1 класса А.Ф. Катусев и Главный судебно-медицинский эксперт Министерства здравоохранения СССР член-корреспондент АМН СССР А.П. Громов разослали в порядке подчиненности экспресс-информацию "О некоторых особенностях судебно-медицинских экспертиз по делам о половых преступлениях". Издавна считалось, что групповая характеристика крови человека идентична группе его выделений (слюны, спермы и др.). Но на практике оказалось, что может быть и "парадоксальное выделительство", когда эти характеристики не совпадают. В результате "если судебно-медицинское исследование спермы, обнаруженной на вещественных доказательствах и телах потерпевших, будет проводиться только с использованием образца крови, преступник может быть необоснованно исключен из числа подозреваемых". Информацию разослали. (Попутно отмечу: вскоре забыли, вследствие чего задержанного убийцу Чикатило, у которого группа крови не совпадала с группой спермы, отпустили). Но никто не забил тревогу: а не осудили ли из-за такого рода ошибки судмедэксперта в отобрании и исследовании образцов непричастного к преступлению человека только потому, что группу его спермы отождествляли с группой крови? Стыдно об этом вспоминать, но что было, то было.

Давайте забудем о межведомственных дрызгах и, став на цивилизованную основу, во весь голос скажем: "Виновность лиц, приговоры в отношении которых вступили в законную силу, – одна из многих презумпций (что в переводе – предположение), превращающихся зачастую в юридические фикции, без которых судебная система существовать не может". Это не означает, что все приговоры надо считать условными, но в равной мере нельзя признавать их абсолютно безусловными. Любая информация, порождающая сомнения в обоснованности вынесенного приговора, когда бы она ни появилась, подлежит незамедлительному реагированию. А обязанность государства (именно обязанность и именно государства, а не только право осужденного) инициировать пересмотр в порядке надзора приговоров, вступивших (и не вступивших) в законную силу, когда научными открытиями ставятся под сомнение достоверность ранее применявшихся приемов и методов исследования доказательств, должна быть регламентирована в законе.

Становится очевидной необходимость дополнения задач оперативно-розыскной деятельности. Наряду с традиционной – выявление и изобличение лиц, совершивших преступление, приобрела актуальность задача выявления лиц, необоснованно осужденных. Это те, кто взял на себя чужую вину, благодаря чему остается на свободе настоящий преступник, и, что более страшно, осужденные из-за ошибочной оценки доказательств.

Наконец, решения Конституционного Суда Украины. Они изменяют законы, порой до неузнаваемости. Не буду об этом подробно. Остановлюсь на последнем примере – отмене ограничения в применении судом меры наказания ниже низшего предела по делам о нетяжких преступлениях. Решение разумно, хотя сделать это должен был законодатель. Но сказав "А", перечисляйте и остальные буквы алфавита. Объявите теперь каждому осужденному о его праве требовать пересмотра приговора, если мера наказания определена по нижней границе санкции. Кто теперь знает, с учетом обстоятельств дела пошел бы суд на дальнейшее смягчение меры наказания, если бы мог, или нет? Пусть решает этот вопрос заново.

В дальнейшем целесообразно, чтобы Конституционный Суд Украины определял процедуру выполнения своих решений.

Послесловие

Опытный читатель начинает просматривать книгу с конца – так виднее, какие проблемы подняты, предложены ли новые решения. Глазами искушенного читателя я решил сам оценить написанное. Не лучше, но и не хуже, чем пишут другие. А если так, то нужна ли такая книга? Как ни огорчительно, но после размышлений приходишь к неутешительному выводу: сегодня не нужна не только данная работа, но вообще исследования подобного рода.

Происходит становление отечественного уголовно-процессуального законодательства, ориентированного на вхождение Украины в мировую правовую систему. Попытки прямого калькирования западных образцов во многих случаях порождают неразрешимые на практике проблемы, особенно тогда, когда отечественный законодатель идет дальше других, стремится "быть впереди планеты всей". А когда хочется, но не может – "маємо те, що маємо", и почему-то очень гордимся им. Критический анализ действующего законодательства полезен, даже если оценки идут вразрез с существующими научными доктринами. Предложения, отличающиеся от

стандартных, заставляют еще раз вернуться к осмыслению сложившейся ситуации.

Парадокс в том, что высказанные предложения не могут претендовать на оригинальность. Как отмечалось в предисловии, решения многих проблем тривиальны. Я стою на позициях здорового консерватизма, памятуя, что лучшее – враг хорошего, и нужно доказать, обосновать всесторонне, в том числе практически и экономически, а не только идеологически, что предлагаемое "лучшее" действительно лучше существующего.

В таком ключе я оцениваю как недопустимые отказ от своевременного возбуждения уголовного дела, возможность обжалования постановлений о возбуждении уголовного дела, создание препятствий в использовании тактических приемов допроса обвиняемого и подозреваемого со ссылкой на их право не свидетельствовать против себя, затягивание решения проблемы процессуального статуса оперативно-розыскной деятельности, поиск формальных оснований для оправдания лица, совершившего преступление.

Внесено предложение пополнить перечень имеющихся в уголовном процессе презумпций еще одной – презумпцией виновности и регламентировать обязанность государства осуществлять пересмотр в порядке надзора вынесенных приговоров, когда новыми научными открытиями ставится под сомнение достоверность ранее применявшихся приемов и методов исследования доказательств, имеющихся в деле. Аналогичный порядок предлагается распространить на случаи, когда Конституци-

онный Суд Украины признает неконституционным закон, на основании которого вынесен приговор.

По мере сил, знаний и опыта пытался сформулировать предложения по повышению эффективности законодательного обеспечения борьбы с преступностью, рассчитывая, что они заинтересуют специалистов и послужат предметом дискуссии. Да, книга написана не в стандартном для науки стиле, сознательно сделаны отступления от правил научной аргументации. Здесь за объяснением я отсылаю читателя к предисловию. Но все остальное, как представляется, в пределах нормы.

Почему же тогда возник пессимизм, ощущение ненужности проделанной работы? Сомнения зародились, когда значительная часть уже была сделана. Завершал ее во время отпуска, погода "хулиганила", и это способствовало спонтанному общению с другими отдыхающими. Один из них – "технар", доктор технических наук, но на редкость в наше время всесторонне образованный человек: физик, лирик (автор своеобразных поэтических сборников), самобытный религиовед и философ. Он-то и задал мне убийственный вопрос: "Для кого Вы пишете?". В самом деле, для кого?

Законодателей книга не интересует, им в большей части "не до того". Как-то я спросил при встрече авторитетного члена Комитета Верховной Рады по законодательному обеспечению правоохранительной деятельности: в каком состоянии работа над Проектом УПК? Он долго вспоминал, но так ничего вразумительного не сказал. О деталях Проекта спрашивать и не стал.

В других комитетах не лучше. Одна только коллизия Гражданского и Хозяйственного кодексов чего стоит. Ладно, приняли, орехи можно исправить. Но, оказывается, сам процесс принятия кодексов – настоящий водевиль. На заседании юридического форума "Законодательство 2004 – глазами его разработчиков" докладчик констатировал: "Положения Хозяйственного кодекса Украины в части государственной регистрации субъектов хозяйствования и планирования экономического и социального развития противоречат принципу свободы предпринимательской деятельности, устанавливают преобладание государственных интересов над частными. Экономическое законодательство, – по мнению докладчика, – не требует кодификации, поскольку содержит положения о государственном регулировании экономической сферы, которые требуют "вторичного" применения и подлежат постоянному видоизменению в силу сложившихся социально-экономических предпосылок"¹. Попробуйте догадаться, кто был докладчиком на форуме? Трудно поверить – народный депутат Украины, председатель Комитета Верховной Рады Украины по вопросам правовой политики Василий Онопенко.

Не будем обсуждать, прав или нет депутат в оценке принятого кодекса. Вопрос в другом: где он был и чем занимался, когда возглавляемый им Комитет Верховной Рады Украины одобрил и реко-

¹ Янчук А. Перспективы согласования кодексов. Участники форума о практических аспектах решения проблем применения коллизионных норм ГК и ХК // Юридическая практика. – 2004. – № 14 (328). – 6 апреля. – С. 13.

мендовав к принятию Хозяйственный кодекс? При оценке ситуации с коллизиями Гражданского и Хозяйственного кодексов складывается впечатление, что в Украине существует две, если не более, Верховные Рады и каждая не знает, что делает другая. Не будем удивляться, если спустя время такие же вопросы будут возникать после принятия УПК Украины.

О недостатках нашей законодательной практики не пишут только ленивые или оставившие надежду получить позитивные результаты от вносимых предложений. Пожалуй, самое откровенное признание отсутствия должной компетенции и заинтересованности законодателей в итогах работы содержится в тексте ст. 1 Проекта УПК Украины, согласно которой порядок производства по уголовным делам определяется, в числе других, международными договорами, согласие на чью обязательность дано Верховной Радой Украины. Причем, если нормы УПК противоречат такому международному договору, применяются положения последнего.

Во времена СССР мне приходилось принимать участие в разработке проектов законов. Работа над текстом трудоемка. Нас консультировали даже лингвисты, чтобы исключить применение терминов и словосочетаний, имеющих неоднозначное толкование. Но куда больше времени уходило на согласования проекта с действующим законодательством — что откуда исключить, где внести соответствующие изменения. Сейчас такая техника забыта. Заключили международный договор, и пусть следовательно сам решает как теперь можно осуществлять те или иные

следственные действия, а как нельзя. То, что следователь может ни сном ни духом не знать данного договора, ибо тексты их, как правило, полностью не публикуются, законодателя не волнует. Внести изменения в соответствующие нормы УПК после ратификации международных договоров или принятия отечественных законодательных актов парламентариям недосуг. Мавр сделал полдела... и ушел.

Если бы были известны списки помощников и консультантов парламентариев, имело бы смысла выходить прямо на них, адресуя по экземпляру книги, но таких данных нет.

Коллегам-ученым, как положено, экземпляры книги вручу, авось прочтут. (Мой научный руководитель говорил, что читает только те книги, которые получает с дарственной надписью. Очень мудро: если интересуешься мнением мэтра, прояви уважение, не заставляй его искать книгу по библиотекам). Однако со многими общаюсь повседневно, их научные позиции знаю, в равной степени они знают и мою. Ну, "поскубет" меня в очередной раз какой-нибудь аспирант – ему в диссертации отходить от установившихся взглядов не резон, лучше найти повод пустить критическую стрелу в оппортуниста.

Не могу претендовать на безошибочность, но мне кажется, что с критикой в науке у нас явное неблагополучие. Авторитетные ученые защищены невидимой преградой от критики снизу. Она дозволена только равным по рангу. Срабатывает конъюнктура: сегодня я его покритикую, а завтра мне защищать диссертацию и идти на поклон с просьбой быть оппонентом или дать отзыв, есть планы на

дальнейшую научную карьеру и т.п. Поэтому, высказав мелкие критические замечания, только развес поклоном не говорят: "Извините за то, что я наступил на Вашу тень". Параллельно идет другой процесс. Начинается по Райкину: "Если ты в мои маленькие недостатки своим большим пальцем будешь тыкать..." и заканчивается, как у старухи Шапокляк: "Дурак? – Сам дурак!". Еще одна особенность: критикуется не идея, не конкретное предложение, а сам автор. Для этого пользуются приемом, приведенным, кажется, А. Луначарским: "Позвольте мне выхватить одну фразу из Библии, и я докажу, что ее автор был атеистом". Иногда подобный прием применяют для придания аргументации собственной позиции – "видите, к чему приводит другое понимание моих доводов".

Я хочу принести извинения философам за допущенные в работе непочтительные высказывания в их адрес. Впрочем, ни философы, ни философия здесь ни при чем. Мартин Хайдеггер писал: "Наука не мыслит. Она не мыслит, поскольку ее образ действия и ее средства никогда не дадут ей мыслить – мыслить так, как мыслят мыслители. Только это дает ей возможность войти в нынешнюю предметную сферу и поселиться в ней". Научный способ мышления, противопоставляя его, видимо, философскому, Хайдеггер назвал вычисляющим. "Вычисляющее мышление – это не осмысливающее мышление, оно не способно подумать о смысле, которые господствует во всем, что есть. Следовательно, есть два вида мышления, причем существование каждого из них необходимо для определенных целей: вычис-

ляющее мышление и осмысливающее размышление".

В прикладных юридических науках (криминалистике, уголовном процессе и др.) использование философских категорий – своего рода ритуал. Но в подавляющем большинстве случаев они применяются не для осмысления исследуемых процессов, а в качестве модной иллюстрации, авторитетного подтверждения высказанных мыслей. Именно против такого "философствования" я выступал.

Между тем проблема философии уголовного процесса существует. Если непредвзято посмотреть на общую науку уголовного процесса, то она действительно исповедует вычисляющее мышление, ориентированное на максимальную стандартизацию операций. Исполнителю достаточно теперь "нажимать кнопки", указанные в законе. Программа же строится по математической формуле: "если x имеет такое-то значение, функция приобретает следующий вид...". За x принимаем права и свободы граждан, потом низводим их до прав и свобод обвиняемого, не обращаем внимания на то, что функцию взяли линейного типа, а модель в действительности многофакторная и уже в силу этого результат заведомо будет ущербным. Зато "философское" обоснование прав и свобод и необходимости их обеспечения на самой что ни есть высоте.

Узкопредметное мышление – это хроническая болезнь уголовного процесса. Говоря о его цели, забывают, не считают нужным соотнести ее с целями общества, средствами и возможностями их достижения. Сегодня вполне очевидно: когда государство

и общество не располагают возможностями эффективно воздействовать на причины асоциального поведения, не могут обеспечить правоохранные органы соответствующими ресурсами, то "возложение" на уголовный процесс задачи искоренения преступности и решения множества других проблем – утопия. Однако на осмысление ситуации и разработку адекватной концепции не хватает способностей или времени – заимствуем готовые образцы у стран, имеющих существенные различия с Украиной.

Если состязательный процесс в том виде, как он предлагается Проектом УПК, действительно исключает или хотя бы снижает возможность осуждения невиновного ценой непривлечения к ответственности некоторого количества преступников, все возражения по поводу допущенного дисбаланса прав обвиняемого и потерпевшего должны быть немедленно сняты. Но где они, эти новые гарантии, – адвокат-понятой и превращение судебной процедуры в конкурс ораторского искусства вместо объективной экспертизы доказательств? И почему односторонний крен? Если участие адвоката – панацея, гарантия соблюдения прав обвиняемого, то почему не предусмотрены сдержки и противовесы, обеспечивающие участием адвоката соблюдение только законных прав обвиняемого, а не возможность противодействовать правосудию путем фальсификации доказательств, что далеко не редкость? Говорим об обеспечении гарантий, исключающих осуждение невиновного, и тут же вводим процедуры упрощенного судопроизводства при самооговоре подсудимо-

го. Ужесточаем допустимость доказательств, забывая, что с их помощью устанавливается не только вина, но и невиновность человека. Где они, осмысливающие размышления по Хайдеггеру?

Прекрасно понимаю: выгляжу этаким ретроградом, ненавистником всего нового в теории и практике уголовного процесса. Основания для такой оценки есть, если не обращать внимания на направленность критики. Я в жизни и науке прагматик. Не сомневаюсь, состязательный процесс в Украине необратим. Я за расширение участия адвоката во всех стадиях процесса. Очень хочу, чтобы в обществе, которое мы строим, гражданин, принимая любое важное решение, шагу не ступил без консультации с квалифицированным адвокатом. Тем более, в сфере правосудия. Ни в коей мере не воспринимаю себя как гуру, изрекающего неоспоримые истины. Причина написания работы иная.

Проект УПК вызвал поток критических замечаний. Концепция обсуждалась на конференциях, на страницах научных журналов и в средствах массовой информации. Да, обсуждение было. Но была ли дискуссия в настоящем смысле этого слова? Полагаю, нет, и вина за это лежит на сторонниках проводимой реформы, у которых и вопросов как бы не существовало – сплошные ответы самого радикального свойства. Их одобрительные речи с самого начала велись словно в пустой комнате – доводов, приводимых оппонентами, никто будто не слышит; фраз типа "вы говорите, что... тогда как на самом деле..." сторонники реформы почти не произносили, а без таких фраз – что за полемика? Один переполох

в курятнике: шума много, а информации никакой. Реального, массового обсуждения с участием практиков и представителей смежных специальностей не было и нет. Направление замечаний в высокие инстанции – это не выход. Сколько людей, столько и мнений, а закон хорош, когда он воспринимается критической массой исполнителей. Она-то и создается в обсуждении, в публичной критике, публичной, а не келейной дискуссии. Наглядный пример. Председатель Комитета Верховной Рады В. Мусияка, с пафосом отстаивая институт возвращения дела на дополнительное расследование, сегодня согласился с его отменой. Что (именно что, а не кто) его убедило? Не знаю. А мне не просто интересно, а необходимо знать, чтобы правильно ориентироваться в проводимой правовой политике.

Франклин Рузвельт, подводя итоги Нового курса, в послании Конгрессу написал: "Пять лет жесткой дискуссии – пять лет информации через радио и кино – научили наш народ думать о делах. Именно те, кто более всех критиковал наши цели, своей критикой поощрили наших граждан думать и понимать их, а понимая – принять. В этой дискуссии мы научились думать как народ". Не говорю уже о широкой общественности (народе). Хотя бы юристы должны пройти путь критического осмысления, а не былого "одобрямс" нового курса в уголовном процессе? В Америке бытует поговорка, которая в переводе звучит так: чтобы вырастить одного ребенка, необходимы усилия целой деревни. Не сомневаюсь, не только Проект УПК, но и Кодекс после его принятия

еще долго будет нуждаться в пестовании теоретиками и практиками.

Однако я не просто вызывал огонь на себя (цель инициирования дискуссии, безусловно, была), а хотел показать необходимость решения множества проблем, органически связанных с реформой уголовного процесса. Реформа уголовного процесса – это не только совершенствование правового поля. Она – часть, весьма существенная, демократических преобразований во всем обществе. И только в контексте целого, с учетом готовности и возможности общества осуществлять революционные преобразования нужно подходить к ее оценке. Такой подход пока не просматривается, и я попытался в малой мере восполнить пробел. Будет ли это востребовано коллегами-учеными? Не знаю.

О практиках говорить не хочу. Это – моя боль. Сколько толковых ребят я не взял сразу после окончания вуза в аспирантуру, хотел, чтобы они "пощупали следствие руками", – и чуть не загубил им научную карьеру. Мало того, что улетучилась большая часть худо-бедно полученных знаний, они не могли в полном объеме ответить даже на вопрос, какие изменения внесены за это время в те законы, которыми они повседневно руководствуются. Перегрузки и какое-то неприятие науки. В лучшем случае знают ведомственные приказы и инструкции, да и то не все. Обмен практическим опытом ограничен. С муками сдавали вступительные экзамены, а затем я их засаживал за "повторение пройденного" по учебникам и рекомендованной литературе. Работа над темой диссертации отодвигалась на месяцы.

Так кому нужна эта книга? Кто ты, уважаемый читатель, который возьмет ее в руки и начнет с послесловия?

Признаюсь, все эти сентенции не более чем плач в жилетку. Проблемы имеют место, но на видимой поверхности явления. А корни гораздо глубже. Впрочем, сравнение явно неудачное. Когда говорят о корнях, подразумевают нечто, скрытое от глаз. Я буду говорить действительно о корнях, об основополагающем, тем не менее никем не скрываемом, известном не одним аналитикам, но даже читателям общепопулярных газет. Вопрос сформулирую так: нужны ли сегодня не только исследования, сделанные в предлагаемой читателю работе, а и вся наука уголовного процесса? Нужен ли кому-либо вообще уголовный процесс как суть уголовного судопроизводства? (Не спешите предполагать, что, будучи в отпуске, я перегрелся на солнце, — погода тому не благоприятствовала).

Уголовный процесс — одна из материализованных форм организации правопорядка. Говоря в одной из глав о неправомерности отрицания доказательств только из-за несоблюдения их процессуальной формы, я умышленно ушел от вопросов неоднозначности диалектического толкования соответствия формы и содержания. Как ни заманчиво, не буду трогать данную проблему и сейчас. Констатирую лишь отправную посылку: правопорядок — это прежде всего деятельность. У нас очень неплохое уголовное законодательство, сносное административное. Однако деятельность по их применению делится на светлую — для одних и темную — для других.

Не буду касаться истории приватизации собственности. Сами олигархи признают, что ни один из них не стал собственником, соблюдая закон. Иного пути не было, законы писали для соблюдения видимости социальной справедливости, прекрасно понимая их невыполнимость. Что было, то было. Не буду затрагивать и постоянные эксцессы с переделом собственности, она у нас понятие весьма условное. В обществе накоплен мощный заряд ненависти, отравляющий жизнь всем без исключения и таящий в себе опасность разрушительного социального взрыва. Активно культивируются старые стереотипы вроде "богатый – вор, бедный – честный". Перманентно возникают противоречия между властью и бизнесом.

В макроэкономике существуют циклы, обычно протяженные во времени, обусловленные разными факторами. В Украине экономические циклы стабильны – четыре года (от выборов до выборов). Наверное, неизбежны издержки роста: капиталисты наплодились, а класс капиталистов еще не сформировался, каждый "гребет под себя", живет одним днем (и не без основания), отсутствует классовое самосознание, не выработана политика самосохранения самого капитализма.

Все это так. Но должно же когда-то государство стать державой – держателем власти народа, который состоит не только из олигархов. Должны же когда-то правоохранительные органы охранять не только права подозреваемых и обвиняемых, но и интересы потерпевших, коими сегодня является весь украинский народ. Я сознательно не буду при-

водить так называемые резонансные дела с обстрелами владельцев фирм, банков, предприятий. Там – многое за кадром. Но возьмем набившую оскомину, много лет обсуждаемую на всех уровнях проблему налога на добавленную стоимость (НДС). Он является одним из весомых источников пополнения доходной части государственного бюджета. Однако у нас он превратился в причину постоянной головной боли власть имущих. Вначале ее поводом были процентные ставки налога. А ныне – непрекращающаяся мигрень из-за обвального мошенничества с его возвратом при экспорте товара или продукции.

Как известно, НДС начисляется в процентном отношении к цене экспортируемого товара и возвращается экспортеру после получения оплаты. Но это по закону, а "по понятиям"?

Организованная преступность быстро освоила данное направление. Сейчас наиболее распространены схемы, когда преступники с помощью специально созданных ими лжепредприятий совершают несколько операций по покупке-продаже каких-либо товаров, искусственно завышая их цену в десятки, сотни, тысяч раз. Впоследствии эта продукция экспортируется за границу, и "отечественный товаропроизводитель" требует от государства возместить ему НДС в размере 20% от заявленной им стоимости товаров, а это уже миллионы, десятки миллионов гривен.

Типичная ситуация: под видом высокотехнологической продукции стоимостью в 62 млн. грн. за границу экспортируется обыкновенный металлолом, красная цена которому несколько тысяч. Однако к

возмещению заявляется сумма в 20% от задекларированной цены – более 12 млн. грн. В силу несовершенства действующего законодательства, а также межведомственной разобщенности контролирующие и правоохранительные органы реагируют на подобные операции, как правило, со значительным опозданием. Преступники успевают получить из государственного бюджета деньги, ликвидировать фирмы-фантомы и начать осуществлять аналогичные операции с помощью других, таких же фиктивных фирм. Иногда в качестве экспортера продукции на сотни миллионов гривен выступает никому не известная фирма, которая ранее вообще не занималась финансово-хозяйственной деятельностью, не имела каких-либо возможностей для производства такой продукции (соответствующего оборудования, производственных площадей, рабочих и т.п.).

О том, насколько НДС "работает" на государство, на пополнение доходной части бюджета, свидетельствуют следующие цифры: сумма налога на добавленную стоимость, которая оставалась в бюджете, возросла с 7,5 млрд. грн. в 1998 году лишь до 12,5 млрд. грн. в 2003 году, то есть ежегодные темпы увеличения его поступлений составляли всего 10-11%. Одновременно сумма требований по его возмещению из бюджета за этот же период увеличилась с 6,1 млрд. грн. до 21 млрд. грн., или в 3 раза. В результате заявки на возмещение НДС практически вдвое превышают сумму, которая остается в бюджете. При этом подобная ситуация наблюдается на фоне улучшения практически всех макроэконо-

мических показателей в государстве, что не может не настораживать.

Объективности ради отметим, что на дисбаланс влияет обилие льгот по уплате НДС, но "вклад" теневой экономики несомненный. Оценить его в масштабе государства пока невозможно, ибо Министерство финансов и другие ведомственные органы не могут договориться о единой методике оценки потерь¹. Никому это, видимо, не нужно, хотя "фиктивного продукта" – законов, указов, директив, комиссий, комитетов – наплодили множество.

Не думаю, что разработка толковой методики – нерешаемая задача. Только кликни клич – диссертанты, страдающие от бестемья, решат ее вмиг. О маститых экономистах уже не говорю. Однако есть специалисты, болеющие за свое дело, а значит – за державу, которые, не дожидаясь поручений, уже давно все подсчитали на конкретных примерах.

В Луганской области расположено совместное с испанским инвестором предприятие "Интерсплав – алюминиевые сплавы". Оно производит реальную продукцию, экспортирует ее по реальным ценам, регулярно платит налоги... и в результате балансирует на грани разорения. Причина в том, что государство систематически не возвращает заводу причитающийся НДС, ссылаясь на отсутствие денег. Заводчане решили выяснить, куда же деваются недостающие финансы. Картина впечатляющая. Комитет государственной статистики Украины распо-

¹ См.: Как на Украине НДС администрируют // Юридическая практика. – 2004. – № 23 (343). – С. 1, 5.

лагают неоспоримой информацией о том, что в исследуемый период цены на основные виды цветных металлов на Лондонской бирже (которая всегда служит ориентиром ценообразования в мире) были в пределах 1050-1080 долларов США. А украинский металл зарубежные "благодетели", судя по данным таможни, покупали себе в убыток по 1435-1562 долларов за тонну. При этом, по официальной статистике, произведено 41,7 тыс. тонн сплавов, а экспортировано – 60,6 тыс. тонн.

Исследователи утверждают, что у фирм-"теневиков", занимающихся псевдоэкспортом цветных металлов, проблем с возвратом НДС нет, а "Интерсплав" был вынужден более 380 раз (!) обращаться за взысканием НДС в хозяйственный суд, и все процессы закончились вынесением решения в его пользу. Только в 2002 году на счет "Интерсплава" из Государственного бюджета за нарушение сроков возмещения НДС перечислены проценты в сумме 6446143 грн. Но если раньше для выполнения законных требований необходимо было решение суда, то теперь не выполняются и сами решения. Руководство "Интерсплава" информировало обо всем этом Президента Украины, Председателя Кабинета Министров, областной совет и правоохранительные органы, но воз и ныне там.

Когда в преддверии президентских выборов начали делать кое-какие шаги по проверке обоснованности возврата НДС, мобилизовав для этого КРУ, "теневики" всполошились. За лоббирование взялись юридические фирмы. Под претензионным заголовком "Призрак КРУ бродит по стране" публикуется

статья, где ставится вопрос о противоречии Конституции Украины, другим законодательным и нормативным актам права контрольно-ревизионных управлений Минфина Украины осуществлять проверку небюджетных организаций и предприятий¹. Далее, как свидетельствует опыт, дорога накатана – обращение в Конституционный Суд Украины и...

Еще один простой почти свежий, описанный в газетах пример с одесским рынком "Седьмой километр". Один из многих, ничем не выдающийся по остроте поставленных проблем и безысходности их решения. О таких говорят: "пример типичный". И именно эта типичность показательна.

По данным журналистского расследования, товарооборот этого рынка – 10-20 млн. долларов в день, больше чем в знаменитых магазинах Европы и США. Торгуют в основном контрабандным и полуконтрабандным товаром. Схемы общеизвестны. Корреспондент приводит рассказ одного из брокеров.

Ставки таможенных пошлин для юридических и физических лиц разные. Если товар везет частник, то ему придется платить пошлину в два раза выше. Поэтому по документам товар принадлежит юридическому лицу. Все так работают. Частный предприниматель загнан в угол, вынужден прибегать к помощи посредников. Если он будет работать открыто и прозрачно, то разорится. Данная же схема позволяет ему скрыть ввозимые объемы и уйти от нало-

¹ См.: Кравцов И., Тертица В. Призрак КРУ бродит по стране... // Юридическая практика. – 2004. – № 33 (347). – С. 1, 7.

гов. Государство в результате получает копейки. Скажем, официально растаможка контейнера с обувью стоит 30 тысяч долларов. А с помощью брокера – 12-17 тыс. Из них 3 тыс. – таможене, остальное – контролирующим, охраняющим, наблюдающим и брокеру за услуги. Так работает "белый" брокер, использующий названную и другие лазейки в законодательстве, а их немало.

"Серая" растаможка – замена одного кода товара на другой. Скажем, ткань натуральная, а по документам числится синтетическая. Это занижение реальной стоимости товара, декларирование меньшего количества, чем на самом деле завозится.

А "черная" растаможка – когда в контейнере находится один товар, а по документам значитесь совсем другой. Вместо кожаной обуви – комнатные тапочки или пластилин, который вообще не облагается пошлиной. Вместо шуб – телогрейки... У "черного" брокера, как правило, своя экспедиторская фирма, своя транспортная компания, своя фирма-получатель. Это называется "яма". Они готовят фальшивые контракты на поставку товара, поддельные товаро-сопроводительные документы. Доходы "черного" брокера достигают 5 млн. долларов в год.

Понятно, что результаты журналистского расследования могут быть оспорены, ведь речь идет только о технологии контрабанды. Но пример взят из-за неоспоримого факта. По данным Центра стандартизации и метрологии, в Украину завозятся только черно-белые телевизоры. То есть грузы с такой номенклатурой, как цветные телевизоры, якобы

не растаможиваются вообще. Точно так же как не растаможивается у нас ни одна банка с маслинами. Нужен ли здесь какой-либо комментарий?

Корреспондент пишет: "Конечно, один честный милиционер или таможенник всю эту кухню может поломать, но завтра он работать не будет"¹, и это действительно так. Добавлю только: ни один правительственный чиновник, ни один работник правоохранительных органов, курирующий данную сферу, не может не знать "всю эту кухню" с подробностями, недоступными корреспонденту. Или им не хватает честности, или над ними та же угроза, что и над честным милиционером?

А теперь вопрос: нужен ли кому-нибудь из них этот злосчастный уголовный процесс со всеми его проблемными заморочками? Свои проблемы они решают без суда и следствия по заранее оговоренным условиям и таксам, на пушечный выстрел не подпуская тех, кто с УК и УПК пытается проникнуть в сферу их деятельности. Услужливые лоббисты на всякий пожарный случай подстраховали, обеспечив правом обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела и рогатками на пути раскрытия преступления – больше никого ничего не интересует. Правосудие само по себе, масштабная организованная преступность – в запретной для него зоне, огражденной непробиваемой броней.

Обходится без уголовного процесса криминальная и прочая элита даже тогда, когда сама стано-

¹ Перстнева Н. Зависть богов // Зеркало недели. – 2004. – № 23 (498). – С. 3.

вится жертвой преступных (в определениях УК) посягательств. Квартирная кража. Похищено ценностей (по заявлению потерпевшего) на сумму порядка 220 тысяч долларов США. Преступники проникли в дом, открыв сложный самодельный замок, конструкция которого была известна только изготовителю, нескольким рабочим-строителям и знакомым, гостившим у потерпевшего. Милиция проявила бурную, кипучую деятельность, но результатов нет. Через пять дней по радио и телевидению прозвучало объявление: "Выплату вознаграждение десять тысяч долларов США лицу, которое окажет помощь в раскрытии преступления". Приписки, обычной в объявлениях о продаже имущества – "торг уместен", не было, но она подразумевалась. Что было далее, можно лишь догадываться. Уголовное дело в милиции находится по сей день, однако потерпевшие больше ни разу не интересовались ходом расследования. Пока нет и заявлений о признании лиц без вести пропавшими, хотя кое-кто из числа подозреваемых куда-то исчез. О подобном говорят и пишут, пишут и говорят. Порой просто опускаются руки.

Прекрасно понимаю: в оценках существующей концепции уголовного процесса я "шагаю не в ногу" с большинством отечественных процессуалистов. Где-то я вычитал фразу: "Еретик был ближе к Христу, тогда как религиозные функционеры – к антихристу". Я не силен в религии, но идея привлекательна. Не очень надеюсь на то, что все предложения пройдут традиционный путь становления научной идеи: "Этого не может быть никогда – в этом что-то есть – иначе быть не может". Даже если этого

не случится, у оппонентов будет повод посмотреть на спорные стороны своей позиции и принять меры для ее укрепления. Возможно, практика борьбы с преступностью потребует принципиально новых решений. Жизнь все расставит на свои места. Недаром говорят: "Надежда умирает последней". Может быть, и данная книга все же покажется кому-нибудь если не полезной, то интересной.

СОДЕРЖАНИЕ

Ю.М. Грошевой. Когда о сложном читаешь легко, с удовольствием и пользой для себя.....	3
К.Ф. Гуценко. Необычная книга о важном	7
Предисловие.....	9
Кое-что о цели уголовного процесса и первом закрытом семафоре на пути ее достижения	17
О допустимости недопустимых доказательств	147
Естественное право быть дураком и его интерпретация в уголовном процессе.....	217
ОРД: на сцене или за кулисами уголовного процесса?	331
Украина – не Россия, тем более не Америка	423
Презумпция виновности как очередная юридическая фикция	551
Послесловие.....	575

Наукове видання

РОЗОВСЬКИЙ Борис Григорович

**Ненаукові нотатки
про деякі наукові проблеми
кримінального процесу**

Друкується російською мовою

Редактори Л.І. Низова, А.М. Анохіна
Коректор О.О. Толстєнко
Технічні редактори О.В. Мануїлова, О.О. Кисільова
Комп'ютерна верстка І.І. Пузько

Підписано до друку 27.09.2004. Папір офсетний. Формат 60x84 1/16.
Друк офсетний. Гарнітура Book Antiqua, Bookman Old Style.
Ум. друк. арк. 37,5. Ум. фарбо-відб. 37,5. Обл.-вид. арк. 44,75.
Наклад 300 прим. Зам. № 64

Друкарня РВВ ЛАВС
91493, Луганськ, сел. Ювілейне, вул. К. Маркса, 4