

А. С. Александров, М. А. Никонов

К ОСНОВАНИЯМ ТЕОРИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В СОСТЯЗАТЕЛЬНОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В статье рассматривается создание новой теории судебных доказательств. В ней анализируются положения федерального закона № 23-ФЗ, изменившие порядок получения доказательств. Авторы подвергают критике устаревшие догмы советской теории доказательств и предлагают свою трактовку доказательства, судебной истины, других категорий состязательной теории доказательств. Ими дается объяснение формированию судебного доказательства в условиях состязательности.

Ключевые слова: доказательства, теория доказательств, состязательность, истина.

A. S. Alexandrov, M. A. Nikonov

TO THE GROUNDS OF THE THEORY OF EVIDENCE IN ADVERSARIAL CRIMINAL PROCEEDINGS

The article draws attention to the creation of a new theory of judicial evidence. It represents the analysis of provisions of the federal law No. 23-FZ that changed the order of obtaining evidence. The authors criticize obsolete dogmas of the Soviet theory of evidence and offer their own interpretation of evidence, judicial truth, and other categories of adversarial theory of evidence. They explain the formation of judicial evidence under the conditions of the adversarial system.

Keywords: evidence, theory of evidence, adversarial system, truth.

Прошло десять лет с тех пор, как один из соавторов данной статьи предпринял первую попытку слома канонов отечественной теории доказательств [1]. Безрезультатную, надо признать. Возможно, из-за постмодернистской стилистики, непривычной соотечественникам. Но причина скорее в косности их правосознания. Ничего не меняется в нашей науке. Представители научного сообщества продолжают увлеченно возиться со схемами советских теорий пятидесятилетней давности. Степень развития, вернее, степень недоразвитости российской теории уголовно-процессуальных доказательств, превратившейся в схоластику, в полной мере проявила дискуссия, развернувшаяся по поводу концепции «объективной истины» [2].

В теории судебных доказательств, вроде бы наиболее рафинированной части науки, общий кризис отечественной правовой культуры переживается наиболее остро. Во многом из-за убогости отечественной теории доказательств реформа уголовно-процессуального права потерпела неудачу. Но надо понимать, что

невозможно реформировать досудебную часть процесса, невозможно уравнивать стороны, невозможно объяснить правовые новации вроде «соглашения о сотрудничестве», не подвергнув пересмотру ключевые положения советской теории доказательств.

Между тем законодательство меняется (независимо от позиций научных авторитетов), и происходят события, которые «доктрина» не может объяснить. Принятие Федерального закона

от 04 марта 2013 г. № 23-ФЗ «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» [3] нанесло новый удар по канонам советской теории доказательств ввиду снятия различий между доследственными и следственными способами получения «доказательств» (ст. 144 УПК РФ) [4; 5].

Если теория не может объяснить новые факты — она подлежит замене. Не к смене ли отживших стереотипов и догм призывает руководство страны? Как отмечает В. В. Путин, мы должны изменить само государство, исключить все рудименты советского правосознания [6]. Надо правовые

каноны и стереотипы ломать [7]. Поэтому мы делаем вторую попытку пересмотреть устаревшие каноны существующей теории уголовно-процессуальных доказательств.

Очевидно, не вызовет возражений утверждение, что исходным в теории доказательств будет вопрос о природе судебного факта. Несмотря на широкое упоминание термина «факт» в теоретико-правовой и отраслевой литературе, решениях Верховного суда РФ и Конституционного суда РФ [8, с. 19—25] исследователи [8, с. 25; 9, с. 10] отмечают, что существует путаница в определении его значения: «юристы умудряются понимать под этим словом и саму реальность, и сведения о ней, которые используются в доказывании, и сами средства доказывания» [8, с. 25].

При этом, как отмечает А. Ф. Черданцев, «чаще всего факт рассматривается только как явление, событие реальной жизни» [10, с. 76]. Опираясь на анализ литературных источников, А. А. Кухта подтверждает существование данной тенденции, по крайней мере, в уголовно-процессуальной науке [8, с. 20].

Натуралистический подход, задаваемый в теории и практике судебного доказывания через, хотя и подугасший ныне, но тем не менее сохранивший свое влияние, концепт объективной истины, исходит из того, что «сознание натуралиста [11, с. 4] в предметно-теоретической форме фиксирует только объект исследования, сосредоточено только на нем, только его замечает и видит» [12].

Поскольку критические соображения, касающиеся данного подхода в судопроизводстве, неоднократно излагались нами [13; 14; 15], укажем здесь лишь наиболее важные выводы. На наш взгляд, при рассмотрении вопросов судебного познания следует исходить из того, что «мышление человека (его восприятие действительности) связано с предметами окружающего мира не прямо (непосредственно), а опосредованно, через знаки — заменители предметов» [16, с. 434, 639; 18, с. 185]. Юрист в своей профессиональной деятельности работает не с эмпирической данностью, как она есть «на самом деле», а с ее правовым воплощением, которое (ввиду интеллектуальной природы права) является знако-знаниевым, построенным по определенным «лекалам», они же суть когнитивные схемы. Или, говоря словами В. М. Розина, «если

сравнить предмет, заданный в определении, с эмпирическим предметом (например, козу как собственность и козу как таковую), то легко заметить, что первый предмет — это идеальное построение.

У эмпирической козы почти бесконечное число свойств (коза — это животное, существо с четырьмя ногами, дающее молоко, приплод, шерсть и т. д.), а у козы как собственности свойств несколько. Кроме того, в природе такой козы не существует, хотя она начинает существовать в рассуждении и мысли человека» [19].

Следовательно, в юридическом познании происходит то, что А. Ф. Черданцев называет «удвоением мира» [20, с. 84], а В. В. Никитаев описывает следующим образом: перед субъектом доказывания сплошной поток жизни [21], из которого он выуживает заинтересовавшие его фрагменты [17, с. 286], которые предстают перед ним либо сразу как факт-знание (например, информация от неких лиц), который надо преобразовать в пригодную для оперирования в доказывании юридическую форму (показания); либо как материальный объект (предмет), информацию с которого необходимо снять и перекодировать в предусмотренную законом форму факта-знания (признать *вещественным доказательством* и описать как *вещественное доказательство*). Разумеется, это относится не только к фактам-знаниям, извлекаемым из определенных законом источников (ст. 74 УПК РФ): «люди должны попадать и находиться в юридическом пространстве *только* как процессуальные фигуры (если речь идет об уголовном праве [22]), жизненные события — *только* как юридическое дело» [23, с. 264]. Таким образом, факт в доказывании — «это логико-языковой феномен, как форма знания, выраженного в языковом высказывании» [10, с. 76; 24], т. е. факт-знание, но не факт-явление.

Заметим, что необходимо различать *доказывающий* факт-знание и *доказываемый* факт-знание (который в свою очередь можно рассматривать *in abstracto* — как модель, заложенную в норме закона; и *in concreto* — как совокупность фактов-знаний, квалифицируемую в рамках определенного дела): последний (в своей ипостаси *in concreto*) *конструируется, собирается* посредством оперирования первыми [25] в рамках следующей технологии:

1) поток жизни →

2) просто факты-знания →

3) *доказывающие* (т. е. уже *юридически окрашенные*) факты-знания →

4) *доказываемый* факт-знание, квалифицированный определенным образом.

Важно иметь в виду, что если в гражданском (в широком смысле) судопроизводстве *предоставляемые в суд доказывающие* (по мнению сторон) факты-знания готовятся (за редким исключением [26]) до и вне процесса, то в уголовном судопроизводстве (далее — УСП) ситуация иная: *во-первых, предварительные доказывающие* факты-знания производятся сугубо в процессуальных рамках [27]; *во-вторых*, все «звенья» указанной цепочки имеют место только на досудебном производстве, завершающемся (при благоприятном для стороны обвинения исходе) обвинительным заключением, содержащим обвинительный тезис (*предположение* стороны обвинения о совершении неким лицом некоего деяния, квалифицируемого, *по мнению стороны обвинения*, определенным образом) и аргументацию (доказательственные материалы).

Межотраслевые различия между процессами на досудебных стадиях в значительной степени стираются на судебных стадиях: судья работает с фактами-знаниями, уже *подготовленными сторонами*, и либо принимает их, либо отвергает, либо складывает из них нечто среднее. Иными словами, отнюдь не все, что стороны пытаются внести

в процесс и определяют *по своему разумению* как доказывающие факты-знания, является таковыми для суда.

Дело в том, что, говоря об УСП, наличие «досудебных» доказывающих фактов-знаний необходимо для прохождения «реперных точек» уголовного процесса (например, предъявления обвинения, составления обвинительного заключения и направления дела прокурору для последующего направления в суд и т. д.), но недостаточно для вынесения приговора: ***сами по себе «досудебные» доказывающие факты-знания не могут быть положены в основу приговора без проведения дополнительных судебных процедур.*** К таким процедурам относятся их *демонстрация*, т. е. «проговаривание», превращение в суждение, подкрепляющее тезис (а вовсе не банальное зачитывание «под протокол»), и *проверка* соответствия тем требованиям, которые предъявляет к доказательствам закон. Только в

результате такой деятельности «досудебные» *доказательственные материалы* становятся «судебными» *доказательствами*, которые могут быть положены в основу приговора. Если же демонстрации не произошло (например, когда оглашаются листы дела без указания привязки к доказываемому тезису) — порождения «судебного» доказательства не происходит, ибо в таком случае неясно, что именно, чем именно и как именно доказывается [28]. Непроведение же судебной проверки «досудебных» доказательств приводит к тому, что производство в суде, загромождаясь материалом производства предварительного расследования, проникаясь его направлением, превращается «в известной степени в формальность, представляющую разыгрывание в публичном представлении пьесы, неудачно срепетованной в стадии предварительного производства» [29, с. 18].

Придя к выводу о том, что в судебном познании происходит эксплуатация и производство фактов-знаний (ничего иного там нет и быть не может), необходимо подробно проанализировать, *как именно* осуществляется указанная выше технологическая цепочка.

В российской литературе описание данного процесса обычно ограничивается указанием на построение силлогизма из посылки права и посылки факта, не сопровождающееся конкретными и подробными указаниями на то, каким образом эти посылки формируются. В итоге создается упрощенное понимание, которое образно можно выразить следующим образом: правоприменитель — это автомат, заполняемый «перфокартами» с однообразно понимаемыми нормативно-правовыми актами и «голыми фактами», который выдает решения после проведения формально-логических процедур.

Подобное упрощение не только неполно (как и любое упрощение), но и вредно, поскольку уводит от понимания сути процесса доказывания по уголовному делу, в то время как важна именно «отслеживаемость ходов», «перемещения» фактов-знаний и операций с ними. Дело в том, что сложившаяся «*догма юридического силлогизма*» резко разграничивает реальную и идеальную (логическую) действительности, относя при этом факты исключительно к первой, а нормы права — ко второй из них. Норма при этом постигается чисто *логически* (в широком смысле слова «логический»), т. е. без

обращения к конкретным фактам. Факты, хотя и «доказываются», все равно реальны, они есть то, что есть «на самом деле». Чтобы «запустить» силлогистический механизм нормы, дающий определенный «индивидуализированный» результат (санкцию), необходимо *отождествить* данную в правовой норме схему юридического факта с реальным фактом или их совокупностью. При этом процедура отождествления двух по данной «картине» противоположностей никак не контролируется: просто в один прекрасный момент реальные факты «оборачиваются» юридическим фактом. Таким образом, то, что есть «на самом деле», считается приведенным в соответствие с гипотезой нормы, а полученное решение — автоматически единственно верным (поскольку силлогизм!). Процессуальная форма и процессуальные гарантии при этом оказываются едва ли не таким же антуражем, как судейское кресло [17, с. 290, 291; 30].

Причина существующего панлогизма состоит, по-видимому, в следующем: **во-первых**, в отличие от римских юристов и юристов семьи common law, юристы романо-германской системы (к которым относят и российских правоведов) отправляются в своих рассуждениях от посылки права, но не факта, «подчиняют юридическую значимость ситуации модельным юридическим фактам в нормах права» [31, с. 429; 32], опираясь при этом, в силу сложившейся традиции, на логику [31, с. 133—151] и теряя из виду прочие детерминанты; **во-вторых**, ввиду схоластического типа сознания (осложненного существующим в среде некоторых отечественных ученых и правоприменителей вульгарно-нормативистским подходом к норме права [33, с. 163]), сложилась убежденность в законченной форме выражения права и неизменности нормативного содержания рационально сконструированного юридического текста [31, с. 111]; **в-третьих**, работая преимущественно в сфере права, юристы довольно прохладно относятся к сфере факта [34]: например, если о толковании правовых текстов в российской науке писали и до революции, и в советскую эпоху, и в постсоветский период, то о судебном факте как продукте интерпретации высказываются немногие отечественные процессуалисты.

В итоге упускается из виду то, что не только факт определяется относительно нормы, но и норма — относительно факта. Пока норма не истолкована, а факт не проинтерпретирован, ни о какой работе с силлогизмом (помимо «механической») речи быть не может. Как указывает судья А. Барак, «судья не может решить о фактах, пока не сформулирует для себя, хотя бы на первый взгляд, что говорит закон, поскольку число фактов бесконечно, а он должен сосредоточиться на тех, которые имеют отношение к делу, что определяется законом. Однако судья не может определить закон, пока хотя бы только по первому впечатлению не займет позицию в отношении фактов. Существует, стало быть, внутренняя связь между нормой и фактом. Оба являются предметом судебного установления благодаря их внутренней и взаимной зависимости. Норма просеивается сквозь факты и сосредотачивается только на тех, которые имеют отношение к делу. Факты сортируются через нормы и сосредотачиваются только вокруг тех, которые применяются» [35, с. 25, 26]. Уточним, что безличный характер изложенного («норма просеивается», «факты сортируются и сосредотачиваются») не должен уводить нас от «человеческого измерения», от осознания того, что «просеивание», «сортировка» и «сосредоточение» — это процессы, производимые в сознании субъекта за счет самых разнообразных средств: юридического мышления; «встраивания» в сложившиеся в рамках некоего института традиции, практики; использование собственных «шаблонов восприятия» — «общих мест», приобретенных в процессе социализации и профессионализации и т. д.

Поскольку в рамках настоящей статьи рассматриваются не столько вопросы толкования права (они заслуживают отдельного исследования), сколько вопросы доказывания, мы лишь обратим внимание читателей на то, что, по нашему мнению, то или иное понимание норм права «завязано», помимо прочего, на те эстетике права, которые «преломляются» в конкретном правоприменителе [36, с. 112—180].

Что же касается когнитивного устройства, отвечающего за возможность производства смыслов в уголовном судопроизводстве (чем и является собственно доказывание), то таковым является «диспозитив». Его можно уподобить навигационной системе уголовного

судопроизводства. Если уголовный процесс — инструмент адаптации общества к условиям существования, то лингво-социопсихическая система, которая объединяет в единый ансамбль мозг, тело и внешнее окружение познающего субъекта, определяет общий контур правильности. Диспозитив работает по сетевому принципу: он укоренен в мозгу каждого здравомыслящего человека, члена языкового сообщества и одновременно являет собой эффект коллективного разума нации в данную эпоху. Интегратором этой системы является речемыслительная деятельность. Стандарты истины есть продукт развития языка, культуры, они работают как диспозитив. Мы думаем, что оцениваем знание в соответствии с действительностью, а на самом деле наше познание детерминировано культурно закреплёнными социально-культурными когнитивными паттернами — языком, правовыми, моральными нормами, предрассудками, стереотипами и т. д., составляющими диспозитив [37, с. 473—497].

Проблема, которая здесь возникает, может быть образно названа проблемой «погрешности проводника»: сам факт-знание, которым оперирует судья, образуется в результате «двойного фильтрации», поскольку сначала факт-явление (его следы на материальных носителях) проходит через сознание свидетелей (экспертов/специалистов и т. п.), а затем — воспринимается в показаниях, заключениях и пр. Таким образом, исходная информация преломляется два раза: в сознании свидетеля (эксперта/специалиста, другого лица) и в сознании судьи [38, р. 378, 379]. Указанный тезис о наличии субъективизма, личностного фактора в познании подтверждается как философскими наработками по поводу предположения [39], так и эмпирическими исследованиями [40, р.1—43; 41; 42; 43].

Не имея возможности развернуть в ограниченных рамках настоящей статьи полноценное исследование на данную тему, приведем только вывод, важный для дальнейшего изложения — стоит, наконец, признать, что **в уголовном судопроизводстве** (как, впрочем, и в любой деятельности) **знание позиционно** [44, с. 16, 17], а «абстрактного субъекта познания» не существует. Из этого следует, что упование на инквизиционный (следственный) тип процесса с

характерным для него построением доказывания (активный суд; монополия органов предварительного расследования на познание произошедшего события и закрепление результатов «поиска» в материалах дела, являющихся стержнем, вокруг которого вращается все судебное производство, при *провозглашении* всесторонности, полноты, объективности; указание на добывание истины объективной, а не судебной, полученной в результате *судоговорения*, разрешения *спора* сторон и т. п.) попросту представляет собой игнорирование его несоответствия в своих основных положениях достижениям науки и философии сегодняшнего дня (не говоря уже о том, что за красивыми лозунгами скрывается порой неприглядная практика). Архаичность подобного типа процесса становится особенно заметна сквозь призму положений постнеклассической философии, когнитивной психологии, юрислингвистики. Сразу оговоримся, что мы не идеализируем состязательный тип процесса. Его недостатки нам хорошо известны. Однако, руководствуясь в данном случае максимой о выборе меньшего из двух зол, полагаем, что состязательный процесс в своих базовых положениях (истина — результат судоговорения; разделение процессуальных функций в доказывании; отсутствие у стороны обвинения монополии на интерпретацию; судебная — а не досудебная! — природа доказательств, могущих быть положенными в основание приговора; судебный *перекрестный допрос* — как основное средство проверки показаний «на прочность») менее порочен и может быть более успешно подвергнут модернизации по сравнению со своим «инквизиционным собратом». Подчеркнем, что процесс становится состязательным не тогда, когда это провозглашено, а когда существуют соответствующие юридико-техническая инфраструктура и культура юридического мышления.

Состязательный процесс судебного доказывания вращается вокруг уголовного иска и возражений на него. В частности, они: а) очерчивают границы предмета доказывания, содержат в себе в концентрированном выражении позиции сторон — *start points* (начальные точки), от которых и будет двигаться производство в суде: б) препятствуют

игнорированию доводов стороны защиты по мотиву неотносимости.

Роль сторон и суда при исковом построении уголовного процесса может быть описана так: сторона обвинения — «автор» иска, сторона защиты — «автор» возражений на иск, суд — арбитр, разрешающий спор сторон. При этом сторона обвинения в лице ее профессиональных участников должна быть организована как прокурорское дознание; суд на досудебных стадиях представлен следственным судьей, а в судебных — арбитром, маркирующим в ходе проверки состоятельности уголовного иска материалы как судебные доказательства, а версию — как то, что было на самом деле.

Особенно актуальным в данном контексте становится вопрос о роли суда в процессе доказывания. Полагаем, что по общему правилу у суда должно быть *право* предложения лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства, необходимые для выяснения обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела и принятия законного и обоснованного судебного акта. При этом суду *надлежит воздерживаться* от того, чтобы давать стороне подсказки о конкретных доказательствах, которые следует представить; суд вправе лишь в общей форме указать на недостаточную доказанность неких обстоятельств дела. Стороны же несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий [45].

Таким образом, суд не вправе по своей инициативе получать новые доказательства как непосредственно устанавливающие некие обстоятельства дела, так и подкрепляющие уже имеющиеся доказательственные материалы. Единственным исключением из этого правила (по нашему мнению) должно быть наличие у суда *права проявлять активность в получении доказательств*

и проведении иных процессуальных действий, направленных на проверку доказательственных материалов обвинения. При этом мы предлагаем внести поправки в УПК РФ о том, что результаты, полученные в итоге активных действий суда, не могут ухудшать положение подсудимого, поскольку получение самим судом доказательственного материала, подтверждающего сомнительное доказательство

стороны обвинения, будет означать, что последняя самостоятельно не собрала достаточную для обвинительного приговора совокупность доказательств (хотя и была предупреждена о риске несения процессуальных последствий своего бездействия) и суд «дорабатывает» за нее.

Предвидя возможный упрек со стороны процессуалистов, полагающих, что подобной асимметрией нарушается закрепленное в ч. 2 ст. 15 УПК РФ разделение процессуальных функций, приведем следующее рассуждение: «Сама система разделения властей служит гарантией от злоупотребления полномочиями именно со стороны государственных органов... Во Франции вот уже почти двести лет ключевым признаком организации уголовного судопроизводства является отделение друг от друга функций и органов уголовного преследования (прокуратура), предварительного следствия (судебно-следственные юрисдикции во главе со следственным судьей) и судебного разбирательства (собственно суд)... Функция защиты просто-напросто не считается исключительной прерогативой обвиняемого или его защитника» [46, с. 343]. Иными словами, предлагаемое нами исключение находится в русле традиций континентального процесса. В то же время королевский барристер Д. Л. Панк писал: «Судья не должен вмешиваться в процесс доказывания сторонами виновности или невиновности подсудимого, но когда речь заходит о ситуациях, когда у подсудимого нет защитника или он профессионально слаб, то подсудимый проводит защиту сам с должной помощью судьи. Это свидетельствует о том, что при любом типе процесса судье никогда не зазорно оказать содействие слабой стороне» [47, с. 134, 135].

Предвосхищая доводы о том, что при подобном построении доказывания «кругозор» суда ограничен материалами, которые представили в суд стороны, поясним, что ничего ненормального в этом нет. Во-первых, ст. 252 УПК РФ и так ограничивает пределы судебного следствия. Во-вторых, за стороной защиты прямо признается (и не может быть поставлен ей в упрек) односторонний характер ее действий; сторона обвинения и сейчас предоставляет в суд то, что полагает необходимым предоставить и в том объеме, в котором она сочтет это нужным; суд реагирует на качество и объем представленных

обвинением материалов — в том числе посредством применения ст. 237 УПК РФ или выноса оправдательный приговор. Предлагаемые нами новеллы лишь «расставляют акценты» субсидиарных действий суда: если защита пассивна, то суд без инициативы с ее стороны проверяет состоятельность аргументов обвинения; в то же время, если пассивно обвинение, то суд не вправе его восполнять (в противном случае происходит недопустимое смешение функций).

Предполагаем, что может прозвучать и довод о том, что при таком положении дел не учитываются интересы потерпевшего. По нашему мнению, в наиболее обобщенном виде интерес потерпевшего выражается в восстановлении социальной справедливости, понимаемой потерпевшим тем или иным образом («зло должно быть наказано», «хочу, чтобы обвиняемый сел и подумал о своем поведении»), и/или мести/возмездия («хочу наказать «обидчика»), и/или возмещении причиненного ущерба/компенсации морального вреда.

Прежде всего следует сказать, что нас не устраивает нынешнее процессуальное положение потерпевшего, а также реализация его прав на практике. Однако каждая задача предполагает использование соответствующих ей средств ее решения. Процессуальный инструментарий, который может «нормализовать» ситуацию с защитой прав потерпевших, весьма вариативен (от «передачи» потерпевшего под «процессуальное попечение» прокурора до предоставления потерпевшему права на субсидиарный уголовный иск). Следует лишь его исследовать и реализовать наиболее удобный вариант в законодательстве и на практике, а не использовать доказательственное право для решения задач, для которых оно не предназначено [48].

Что же касается возмещения ущерба/компенсации материального вреда, то оно никоим образом не зависит (и не должно зависеть!) от обвинительного приговора по делу. Во-первых, и при отсутствии обвинительного приговора потерпевший вправе подавать гражданский иск: преюдиция здесь не играет никакой роли, поскольку в уголовном и гражданском процессах разные стандарты доказанности — в гражданском процессе они ниже, а, значит, оправдательный приговор вполне

может сочетаться с признанием виновным в совершении гражданско-правового деликта. Во-вторых, потому что согласно ст. 52 Конституции РФ государство обеспечивает потерпевшим компенсацию причиненного ущерба. Несмотря на эту формулировку, механизм государственного компенсирования отсутствует, хотя варианты его построения в литературе описаны [49].

Подводя итог нашему анализу, можем сделать следующие выводы, демонстрирующие наше видение некоторых вопросов теории доказательств

и должной организации доказывания в УСП:

1. В уголовно-процессуальном доказывании происходит оперирование фактами-знаниями, а не фактами-явлениями.

2. Истина в уголовном судопроизводстве по своей природе является не объективной (естественно-научной, натуралистичной), а гуманитарной.

3. Доказательства, которые могут быть положены в основание приговора, являются продуктом судебного разбирательства, процедурным знанием. Они одновременно и продукт деятельности сторон в суде (т. е. судебны по своей природе), и результат действия диспозитива. Пока нечто не представлено перед лицом суда — оно является материалом, но не доказательством, и не может быть положено в основание приговора.

4. Процесс судебного доказывания вращается вокруг уголовного иска и возражений на него.

5. Стороны — «творцы» процесса и «хозяева» доказательственных материалов; они несут все риски, связанные с совершением или несовершением каких-либо процессуальных действий. Суд, по общему правилу, активен в организации процесса, но пассивен в доказывании: он вправе лишь указать стороне на недостаточную доказанность неких обстоятельств дела, но не давать ей подсказки и тем более работать «за нее». В качестве исключения из общего правила суд вправе субсидиарно участвовать в доказывании, осуществляемом стороной защиты.

Примечания

1. Александров А. С. «Похвала» теории формальных доказательств // Правоведение. 2002. № 4. С. 34—47.
2. Библиотека криминалиста. 2012. № 4. С. 5—287.
3. О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 4 марта 2013 г. №-23-ФЗ // Рос. газ. 2013. 6 марта.
4. Ранее эту тенденцию наметил ФЗ от 26 декабря 2008 г. № 293-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности» // СЗ РФ. 2008. № 52. Ст. 6248.
5. Александров А. С., Терехин В. В., Кухта А. А. О правовом значении результатов гласных оперативно-разыскных мероприятий для уголовного дела и реформы досудебного уголовного процесса // Уголовное право. 2009. № 6. С. 77—81.
6. Путин В. В. О наших экономических задачах [Электронный ресурс] // Ведомости. 2012. 30 января. URL: <http://www.vedomosti.ru/> (дата обращения: 03.05.2013).
7. Как заметил Д. А. Медведев, не следует превращать в священную корову каноны уголовно-процессуального законодательства. См.: Кузьмин В. Президент провел во Владикавказе срочное совещание Национального антитеррористического комитета // Рос. газ. 2011. 24 февраля. Федеральный выпуск № 5415.
8. Кухта А. А. Доказывание истины в уголовном процессе. Н. Новгород, 2009.
9. Розин В. М. Генезис и современные проблемы права. М., 2001.
10. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993.
11. Будь то ученый или юрист-практик, осуществляющий доказывание. Как отмечает судья М. И. Клеандров, «...судья проводит серьезную аналитическую работу, весьма схожую, а по многим параметрам идентичную научно-исследовательской». См.: Клеандров М. И. Главная проблема судьи при осуществлении им правосудия и научно-технический прогресс (размышления юриста о будущем) // Рос. судья. 2010. № 12. С. 4.
12. Щедровицкий Г. П. Методологический смысл оппозиции натуралистического и системоделятельного подходов [Электронный ресурс]. URL: <http://www.fondgp.ru/lib/collections/archive/online/pg91a> (дата обращения: 03.05.2013).
13. Александров А. С. Критика концепции объективной истины в уголовном процессе // Уголовный процесс. 2012. № 6. С. 66—73.
14. Александров А. С. От информационной к когнитивной трактовке доказательств в уголовном процессе // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. Вып. 13. Под ред. О. Я. Баева. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2011. С. 11—20.
15. Никонов М. А. Возвращение объективной истины в УПК РФ: pro et contra // Законодательство. 2012. №11. С. 58—65.
16. Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С.434. И далее на с. 639: «Любое действие, предмет, сам человек становятся социальными явлениями, только будучи означенными и осмысленными в знаково-символических формах. Язык (точнее — человек, использующий язык) обозначает актами номинации, категоризирует и классифицирует социальные ситуации, превращая некоторые из них — представляющиеся наиболее значимыми — в правовые. Таким образом, конструирование и воспроизводство правовой реальности происходит с помощью знаковых форм, наиболее важной из которых является язык».
17. Никитаев В. В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. М., 1996. Вып. 1. Ч. 2. С. 251—310.
18. Известный российский методолог Г. П. Щедровицкий также определяет мышление как «деятельность по замещению реальных ситуаций знаками, к которым привязаны определенные операции и процедуры их преобразования, то есть — соответствующие формальные преобразования знаков, а затем их проговаривание». См.: Щедровицкий Г. П. На Досках. Публичные лекции по философии. М., 2004. С. 185.

19. Розин В. М. Мыслительные практики и концептуализации в философии и психологии [Электронный ресурс]. URL: <http://www.fondgp.ru/lib/mmk/100> (дата обращения: 03.05.2013).
20. Черданцев А. Ф.: «Реальный факт... должен обрести в голове адресатов... своего рода вторую жизнь... в виде особой формы знаний (факт-знание)» // Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993.
21. При этом под потоком жизни понимается не факт-явление, имевший место в прошлом и оставшийся там безвозвратно, а пространство, в котором «разбросаны» некоторые его следы.
22. Заметим, что непонятны причины, по которым В. В. Никитаев отказывает в процессуальной форме участникам гражданского (в широком смысле) судопроизводства, где существует (хотя и отличная от уголовно-процессуальной) регламентация облачения лиц в процессуальные «одежды».
23. Пашин С. А. Судебная реформа и суд присяжных. М. 1994. С. 57—60. Цит. по: Никитаев В. В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. М., 1996. Вып. 1. Ч. 2.
24. Александров А. С. Введение в судебную лингвистику. Н. Новгород, 2003.
25. Например, судья Дж. Фрэнк писал: «„Факты“ дела... не являются фактами, которые произошли на самом деле, это не вещи, которые существуют вне суда. Они (факты — М. Н.), как правило, обрабатываются в судах первой инстанции, являются их своеобразной продукцией». См.: Frank J. Cardozo and the upper-court myth // 13 Law and contemporary problems. 1948. P. 375.
26. В частности, когда речь идет об экспертизе.
27. Даже в случаях, когда речь идет об использовании информации, полученной в рамках оперативно-разыскной деятельности, и материалов, полученных стороной защиты в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Не останавливаясь подробно на вопросе о природе ОРД, укажем лишь, что она либо включена в процессуальную деятельность (США), либо ее результаты должны быть пропущены через «процессуальный конфигурактор» и трансформированы в доказательства (Россия). Что же касается материалов, произведенных адвокатом-защитником, то они (на сегодняшний день) для использования в суде в качестве доказывающих фактов-знаний должны быть приобщены к материалам дела либо следователем (дознавателем), либо судьей (т. е. быть оформлены процессуально).
28. Александров А. С. Новая теория доказательств [Электронный ресурс] // МАССР: международная ассоциация содействия правосудию. URL: <http://www.iaaj.net/node/406> (дата обращения: 03.05.2013).
29. Елистратов А. И. О жизнеспособности институтов предварительного производства в уголовном процессе смешанного типа. Казань, 1900.
30. О существующем в настоящее время пренебрежении процессуальной формой пишет, напр., судья Конституционного суда РФ в отставке, проф. Т. Г. Морщакова. См.: Морщакова Т. Г. Об актуальности теории решений в уголовном судопроизводстве // Уголовное судопроизводство. 2011. № 2. С. 5—8. Разумеется, «процессуальный нигилизм» порождается не только неразвитостью юридического мышления правоприменителей или неверностью представлений тех, кто обучал будущих адвокатов, следователей, судей. Причин много больше, однако, на наш взгляд, указанные нами могут претендовать на звание ключевых или, по крайней мере, одних из важнейших.
31. Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.
32. Сравним, например, с точкой зрения американского правоведа Макса Радина: «право производно от факта», «посредством факта мы распознаем (или познаем) право». Цит. по: Но Н. L. A Philosophy of Evidence Law. Oxford, 2008. P. 2.
33. Головкин Л. В. Построение независимой судебной власти: стратегический подход // Вопр. правоведения. 2010. № 3.
34. «Перекося» в сторону исследования вопросов права и «оставления на задворках» юриспруденции вопросов факта характерно не только для романо-германской семьи, но и для семьи common law начала XX в. См. упреки по этому поводу в адрес американских юристов со стороны судьи Дж. Фрэнка: Frank J. Cardozo and the upper-court myth // 13 Law and contemporary problems. 1948.
35. Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999.

36. Шлаг П. Эстетики американского права // Рос. ежегодник теории права. 2010. № 3 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011.
37. Александров А. С. Диспозитив доказывания и аргументация в уголовном судопроизводстве // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011.
38. Frank J. Cardozo and the upper-court myth // 13 Law and contemporary problems. 1948.
39. Обзор точек зрения на проблему предпонимания. См.: Шульга Е. Н. Проблематика предпонимания в герменевтике, феноменологии и социологии. М., 2004.
40. Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A. J. Blinking on the bench: how judges decide cases // Cornell law review. 2007. Vol. 93. № 1. P.1—43.
41. Eisenberg T. Differing Perceptions of Attorney Fees in Bankruptcy Cases, 72 WASH. U. L.Q. 979, 982—87. 1994.
42. Viscusi W. K. How Do Judges Think About Risk?, 1 AMER. L. & ECON. REV. 26, 29. 1999.
43. Краткий обзор исследований внеправовых факторов см., напр., здесь: URL: http://www.yorku.ca/fodden/hwong/hwong_chapter02.pdf (дата обращения: 03.05.2013).
44. Карнозова Л. М. Гуманитарные начала в деятельности судьи в уголовном процессе. М., 2004.
45. Нетрудно заметить, что озвученные идеи были нами почерпнуты из формулировок ст. 9 и ст. 66 АПК РФ.
46. Головки Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002.
47. Панк Д. Л. Распределение ролей в суде присяжных заседателей [Электронный ресурс] // Вестн. Саратов. Гос. академии права. 1996. Вып. 3. С. 134—135. Цит. по: Васяев А. А. Должен ли суд проявлять активность при исследовании доказательств? Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
48. Если довести ситуацию до абсурда, то можно начать призывать к исключению из УПК РФ правил о допустимости доказательств, мотивируя это тем, что права потерпевшего нарушаются в случае, когда при исключении ключевого материала из доказательственной базы на основании признания его недопустимым выносится оправдательный приговор лицу, которое в действительности совершило преступление.
49. Например, интересна модель, действующая в США: сначала жертвам преступлений (понятия «потерпевший» в США нет) выплачиваются страховые выплаты (вне зависимости от обнаружения преступника и его осуждения); в случае обнаружения причинителя вреда с него путем реституции взыскивается ущерб в части, непогашенной страховыми выплатами, а если тот не может возместить этот «остаток», то за него это делает государство. См.: Кухта К. И., Махов В. Н. Правовой статус жертвы преступления (потерпевшего) в уголовном процессе США. М., 2008.