Никонов, Максим Андреевич. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.09 / Никонов Максим Андреевич; [Место защиты: НГОУ "Московская академия экономики и права"].- Москва, 2014.- 269 с.: ил.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава I. Методологические основания исследования судейского усмотрения 16**

1. Подходы к определению понятия «судейское усмотрение». Судейское усмотрение и внутреннее убеждение: разграничение и взаимосвязь. Виды судейского усмотрения 16

2. Неопределённость права и неопределённость факта как предпосылки существования дискреции. Характеристики дискреционности дела 41

**Глава П. Вопросы детерминации судейского усмотрения 75**

1. Общие положения детерминации судейского усмотрения 75

2. Принципы уголовного судопроизводства как детерминанты дискреции: презумпция невиновности и императив о всесторонности, объективности и полноте исследования обстоятельств дела 87

3. Мотивировка судебных актов как детерминанта осуществления дискреции 96

4. Взаимоотношения судов первой и апелляционной инстанций при разрешении дискреционных ситуаций относительно quaestiones facti 109

**Глава III. Судейское усмотрение относительно quaestiones facti 121**

1. Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов об относимо сти доказательственных материалов 122

2. Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов о достоверности доказательственных материалов 137

3. Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов о допустимости доказательственных материалов 156

4. Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов о достаточно сти доказательств 204

Заключение 230

Список сокращений и условных обозначений 236

Библиография 2

**Введение к работе**

**Актуальность темы диссертационного исследования.** В постсоветской России в науке права явственно обозначился интерес к проблеме усмотрения1 вообще и судейского в частности, поскольку в этой области долгое время существовал информационный вакуум, вызванный рядом причин.

Ввиду политических потрясений 1917 года начавшая разрабатываться в трудах отечественных ученых проблематика судейского усмотрения была снята с научной «повестки дня» на 70 с лишним лет, поскольку советское правоведение приравнивало свободу судейского усмотрения к недопустимому произволу и клеймило ее как принадлежность буржуазного общества2. Отдельные публикации прорывались в печать, однако они носили, как правило, «точечный» характер и были посвящены усмотрению судьи в гражданском процессе. Уголовный же процесс и уголовное право ввиду их крайней политизированности и идеологизированности долгое время оставались вне рамок объективных оценок, в том числе и с позиции наличия в них какого бы то ни было усмотрения. Напротив, в зарубежной литературе судейскому усмотрению уделялось и уделяется повышенное внимание. Так, например, выходят тематические сборники, посвященные вопросам осуществления усмотрения в

различных сферах уголовной юстиции . Кроме того, проблематика осуществления судейского усмотрения читается в качестве отдельных курсов в ряде учебных заведений. В качестве примера можно привести методические указания, составленные Д. Л. Ченом - assistant professor (доцентом) Duke Law School, содержащие краткое изложение читаемого курса, в котором акцент сделан на следующих аспектах: 1) судейское усмотрение и поведенческие уклоны как «движущие силы» принятия решений; 2) взаимодействие права,

В настоящей работе в качестве синонима будет использоваться также термин «дискре-ция».

См.: ХлопаеваМ.Е. Идея судебного усмотрения в период становления советской власти // История государства и права. 2006. № 11. С. 40-41.

3 См., например: Exercising discretion: decision-making in the criminal justice system and beyond / ed. by L.Gelsthorpe and N.Padfield. Portland, 2003.

правоприменения и осуществления судейского усмотрения; 3) влияние осуществления судейского усмотрения и процедурной справедливости на восприятие моральной легитимности права, а также на социальный контроль и установление общественного консенсуса; 4) природа, источники и последствия изменений в официальных и неофициальных правовых институтах; 5) этика осуществления судейского усмотрения1. При этом данный курс читается с учетом наработок эконометрики, статистики и достижений такого направления, как law&economics . Применительно к уголовному судопроизводству интерес представляют методические указания проф. Джона Голд-кампа по курсу Decisionmaking, Discretion and Policy in Criminal Justice3, в котором уголовное правосудие рассматривается через призму проблем использования дискреционных полномочий при принятии решений по ключевым вопросам судопроизводства на различных стадиях процесса, а также в контексте разработки судоустройственной и судопроизводственной политики таким образом, чтобы детерминировать дискрецию наиболее оптимальным образом4. К сожалению, работы и курсы подобного уровня и содержания в нашей стране отсутствуют.

Кроме того, описание дискреции на современном этапе оказалось затруднено тем фактом, что большинство судей нашего Отечества не объясняют, как они применяют усмотрение, а у несудей нет информации из первых рук о способах и механизме применения судьями усмотрения5.

Все вышеперечисленное вкупе с положениями, выносимыми на защиту, свидетельствует об актуальности данной работы.

1 См.: Chen D.L. Empirical Methods and the Law: Measuring the Moral and Economic Consequences of Judicial Discretion [Электронный ресурс]. URL: teaching/MeasuringMoral.pdf (дата обращения: 26.06.2013).

Право и экономика (англ.).

Принятие решений, усмотрение и политика в уголовном правосудии (англ.).

См.: Goldkamp J. Decisionmaking, Discretion and Policy in Criminal Justice [Электронный ресурс]. URL: 8101\_decisionmakingJ\_gold-kamp.pdf (дата обращения: 26.06.2013).

См.: Данелян Р.С. Судейское усмотрение. Теоретические, законодательные и правоприменительные аспекты. М., 2006.

**Степень научной разработанности темы исследования.** Наиболее примечательными дореволюционными работами, посвященными непосредственно судейскому усмотрению, являются исследования П.И. Люблинского и И.А. Покровского. В советское время над данной проблематикой работали А.Т. Боннер, К.И. Комиссаров и др. На постсоветском этапе развития науки уголовного процесса исследования, посвященные вопросам осуществления усмотрения, проводят Д.Б. Абушенко, А.В. Аверин, В.Г. Антропов, Н.Н. Апостолова, О .Я. Баев, Л.Н. Берг, А.А. Березин, Ю.В. Грачева, П.А. Гук, Р.С. Данелян, К.П. Ермакова, О.Г Иванова, М.А. Кауфман, П.В. Марков, П.Г. Марфицын, А.А. Огилец, О.А. Папкова, А.А. Пивоварова, К.В. Пронин, A.M. Сарсенов, А.А. Хайдаров, Е.В. Севастьянова и др.

Среди зарубежных исследований особого внимания заслуживают работы таких авторов, как R. Anderson, A. Barak, R. Dworkin, J. Frank, H. Hart, В. Hoffmaster, W. Waluchow.

О детерминантах принятия решения по делу в разное время писали L. Brink, J. Carrano, G.N. Drobak, К.A. Findley, C.C. Goldstein, J.B. Gould, С Guthrie, J.С Hutcheson, S.M. Kassin, R. Leo, D.C. North, Ch. M. Oldfather, S. Porter, J.J. Rachlinski, K. Savitsky, M.S. Scott, J. Young, A.J. Wistrich, B.B. Волков, Л.М. Карнозова, М.Л. Поздняков, П. Соломон, К. Титаев, Э.Л. Панеях и др.

К проблемам доказывания и доказательств в контексте принятия судьей решения по делу обращались такие авторы, как А.С. Александров, А.А. Ба-рыгина, А.Р. Белкин, Р.С. Белкин, А.А. Васяев, А.А. Кухта, И.Б. Михайловская, В.А. Лазарева, П.А. Лупинская, С.А. Пашин, Н.Н. Полянский, И.В. Решетникова и др.

**Объектом диссертационного исследования** выступает такая область судебной деятельности, как процесс принятия судебных решений по уголовным делам.

**Предметом диссертационного исследования** являются характеристики судейского усмотрения и особенности его осуществления под воздействием

различных детерминант в ситуациях, связанных с доказыванием по уголовным делам.

**Целями** настоящей работы являются развитие учения о судейском усмотрении за счет разработки авторских представлений о природе, предпосылках, детерминации и осуществлении дискреции в доказывании по уголовным делам; предложение основанных на отечественных и зарубежных разработках в области судебной деятельности и принятия решений, практике Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции различных субъектов Российской Федерации рекомендаций законодателям и правоприменителям.

С учетом поставленных целей сформулированы следующие **основные задачи:**

обозначить и раскрыть подходы к исследованию судейского усмотрения;

отграничить дискрецию от внутреннего судейского убеждения и продемонстрировать их взаимосвязь;

рассмотреть классификации судейского усмотрения, которые нам представляются наиболее удачными и практикоориентированными;

продемонстрировать предпосылки существования дискреции - неопределенность права и неопределенность факта;

рассмотреть характеристики дела, позволяющие оценить степень его дискреционности;

исследовать вопросы детерминации судейского усмотрения, а именно влияние на процесс его осуществления принципов уголовного судопроизводства, качества мотивировки судебных актов и взаимоотношений судов первой и вышестоящих инстанций;

проанализировать дискреционные ситуации в уголовно-процессуальном доказывании при определении относимости, допустимости, достоверности и достаточности доказательственных материалов.

**Методологическая основа исследования.** В ходе исследования использовались разнообразные методы - общенаучные, частно-научные, специально-

юридические, в том числе системный подход, социологические методы (беседы, наблюдение), юридико-догматический, сравнительно-правовой и другие методы. В диссертации также использовались достижения современной философии.

**Теоретическую основу диссертационной работы** составили труды по общей теории государства и права, конституционному праву, уголовно-процессуальному праву и другим отраслям права, относящимся к теме диссертации.

**Нормативную базу исследования** составляют нормативные правовые акты Российской Федерации, общепризнанные нормы и принципы международного права, решения Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека.

**Эмпирической базой исследования** являются статистические данные региональной и общероссийской судебной практики, судебные акты Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции различных субъектов РФ, а также материалы 116 уголовных дел, результаты социологического опроса 103 судей. Сбор эмпирических данных осуществлен в ряде субъектов Российской Федерации: Владимирской, Ивановской, Нижегородской областях.

**Научная новизна работы** заключается в следующем:

диссертация носит комплексный междисциплинарный характер, поскольку проблематика судейского усмотрения в уголовном судопроизводстве рассмотрена автором не только с учетом достижений в области теории уголовного процесса, но и в более широком контексте - с привлечением наработок отечественных и зарубежных исследователей XX и XXI веков в области философии права и общей теории права, психологии и социологии правоприменения;

в отличие от большинства отечественных работ, раскрывающих преимущественно проблематику судейского усмотрения относительно

quaestiones juris1, в данном исследовании сделан акцент на вопросах осуще-ствления дискреции относительно quaestiones facti ;

автором осуществлена попытка анализа усмотрения судьи в уголовном

процессе не как «абстрактного легалиста», «судьи-Геркулеса» , а с поправкой на его включенность в институциональную и социокультурную среду, «человеческое, слишком человеческое» в правоприменении.

Научная новизна находит выражение в следующих **основных положениях, выносимых на защиту:**

1. Судейское усмотрение - это мыследеятельность по выбору решения правоприменительной задачи в условиях пробельности нормативного правового акта, а равно среди формально равнозаконных вариантов ее решения в ситуации неопределенности права и/или факта.
2. Усмотрение существует не только в вопросах права, но и в вопросах факта; дискреция носит не только явный, но и латентный характер; «пространство для усмотрения» возникает не только в случае пробела, но и - шире - ввиду неопределенности нормативных правовых актов.
3. Дискреция принципиально не устранима из правоприменения и не может быть поставлена в четкие рамки: при разрешении quaestiones juris - из-за открытой структуры (open texture) права, обусловленной природой языка; в разрешении quaestiones facti - из-за ретроспективного характера судебного познания, его мыследеятельностной (а не натуралистической) природы, «артефактов», вносимых сознанием человека; можно говорить лишь о детерминантах, «отстраивание» которых тем или иным образом обеспечивает в той или иной степени направленное в ту или иную сторону осуществление усмотрения. Предлагается выделять следующие группы детерминант:

Вопросы права (лат.). 2 Вопросы факта (лат.).

Созданный Р. Дворкиным образ, предполагающий «юриста, обладающего сверхчеловеческой квалификацией, ученостью, терпением и проницательностью», то есть не ограниченного в знаниевых, временных и прочих ресурсах, избавленного от когнитивных эффектов, в том числе - собственного пред-понимания и т. д. См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2005. С. 152 и далее.

формально-правовые: нормы законов, подзаконных актов, международных норм и принципов;

детерминанты, вырабатываемые «судейской корпорацией» в форме судебной практики, судебных стандартов доказанности и пересмотра, обычаев, образцов деятельности; детализации норм кодекса судейской этики в дисциплинарной практике;

институциональные детерминанты судебной системы;

карты ценностей судей;

качество юридического мышления судей;

воздействие сторонних субъектов либо в форме процессуальной деятельности (со стороны процессуальных участников судебного разбирательства), либо экспертной деятельности (со стороны научного сообщества), либо выражения доверия/недоверия (со стороны обывателей), либо информационного воздействия со стороны СМИ и специалистов в области PR.

4. Вывод о необходимости трактовки такой детерминанты судейского  
усмотрения, как императив о всесторонности, объективности и полноте ис  
следования обстоятельств дела с точки зрения организации юридического  
мышления следующим образом:

всесторонность - фиксация интерпретаций доказательственных материалов и событий со стороны всех участников судопроизводства и их равный учет в мышлении в виде, максимально приближенном к тому, в котором они были представлены суду;

объективность - это отрефлексированность оснований собственного решения, прочерченность схемы мышления, по которой решение было именно таким, каким видится судье;

полнота исследований обстоятельств дела означает, что доказательственный материал должен заполнить все соответствующие ячейки «доказывающего факта», из которых в свою очередь выводятся factum probandum.

5. Институциональная среда, в которой происходит вынесение судебно  
го акта, должна благоприятно влиять на процесс рефлексии принимаемого

решения по делу и стимулировать детальное изложение мотивировки осуществления судейского усмотрения, для чего необходимы:

более четкая регламентация мотивировки (как на уровне процессуальных кодексов, так и на уровне решений высших судов);

выработка негативной реакции вышестоящих судов на «суррогаты мотивировки». При этом у вышестоящих судов должно быть уважение к усмотрению судьи первой инстанции при его детальной мотивированности в судебном акте;

отход от практики оценки деятельности судьи по количеству отмен его решений в сторону более гибких систем;

прямое закрепление в процессуальных кодексах разрешения на приобщение проектов решений сторон процесса к материалам дела;

снижение нагрузки на суды первой инстанции, в частности, за счет развития альтернатив уголовному преследованию и досудебной медиации.

1. Вывод о том, что судейское усмотрение во многом определяют формируемые в судебной практике стандарты пересмотра, представляющие собой механизм распределения компетенции между судами первой и вышестоящих инстанций, суть которого можно выразить следующим образом: суд вышестоящей инстанции может входить в обсуждение вопросов, бывших предметом рассмотрения суда первой инстанции, и изменять/отменять его решение по этим вопросам только при наличии тех или иных условий («ножницы стандартов пересмотра»).
2. Вывод о необходимости детерминации судейского усмотрения при определении (не)относимости материала к делу таким образом, чтобы одновременно и препятствовать «отсечению» председательствующим от процесса тех или иных материалов под общим и размытым мотивом «неотносимости к делу», и предоставлять судье возможность избавляться от загромождающих процесс материалов. Решению этих задач, в частности, способствуют:

- подробная регламентация перекрестного допроса;

введение обязанности сторон производить демонстрацию доказательственных материалов;

прямое закрепление в УПК РФ права стороны защиты на представление отзыва на обвинительное заключение.

8. Вывод о подверженности правоприменителей «туннельному зрению»  
при осуществлении усмотрения относительно оценки (не)достоверности до  
казательственных материалов и необходимости принятия комплексных (ин  
ституциональных, судопроизводственных, образовательных) мер по миними  
зации влияния этого когнитивного эффекта.

9. Автором предложены следующие изменения в УПК РФ:  
9.1. Статью 75 УПК РФ изложить в следующей редакции:  
«Статья 75. Материалы, не допустимые в качестве доказательств.

1. При производстве по уголовному делу не могут быть положены в основу обвинения и использоваться в качестве доказательств материалы, полученные:

а) в результате применения пыток или бесчеловечного обращения;

б) в результате провокации со стороны сотрудников правоохранительных органов либо используемых ими лиц;

в) с нарушением права на защиту;

г) с нарушением права лица, не владеющего языком судопроизводства,на помощь переводчика;

д) в результате заблуждения лица вследствие ненадлежащего разъяснения ему прав и обязанностей;

е) в результате иных нарушений прав и основных свобод, предоставленных Конституцией РФ и Европейской конвенцией о защите прав человека иосновных свобод, допущенных при собирании, закреплении и использованииматериалов, а равно в случаях, когда собирание, закрепление и использованиематериалов осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных законом.

1. Бремя доказывания отсутствия нарушений, указанных в части первой настоящей статьи, лежит на должностных лицах, осуществляющих уголовное преследование. Невыполнение ими бремени доказывания влечет признание материала недопустимым.
2. В отсутствие перечисленных в части первой настоящей статьи безусловных оснований исключения недопустимых материалов суд вправе по собственной инициативе либо по ходатайству стороны признать по своему усмотрению материал недопустимым по иным основаниям.
3. Оглашение или иное использование в доказывании материалов, в отношении которых заявлено ходатайство о признании их недопустимыми по основаниям, предусмотренным частью первой настоящей статьи, запрещено до разрешения указанного ходатайства по существу. Отказ дознавателя, следователя, прокурора в удовлетворении ходатайства о признании материала недопустимым не предопределяет вывод суда при повторном заявлении аналогичного ходатайства при рассмотрении дела судом.
4. Материал, полученный органами уголовного преследования с нарушением закона, может быть допущен в качестве доказательства по ходатайству стороны защиты. Такое доказательство считается допустимым только в отношении соответствующего подозреваемого или обвиняемого, но не других лиц.
5. Материалы, полученные стороной защиты в результате действий, отвечающих требованиям части 3 статьи 86 настоящего Кодекса и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», считаются допустимыми до тех пор, пока дознавателем, следователем, прокурором не будет доказано, что они получены с нарушением требований законодательства.
6. При разрешении ходатайства о признании материала недопустимым в качестве доказательства суд обязан руководствоваться, в том числе, положениями Европейской конвенции о защите прав человека и основных сво-

бод, а также следовать соответствующим правовым позициям Европейского суда по правам человека».

9.2. Предлагается дополнить статью 15 УПК РФ частями 5 и 6 следующего содержания:

«5. Суд не вправе по собственной инициативе получать материалы, об истребовании которых стороны не ходатайствовали, за исключением случаев, когда действия суда направлены на проверку материалов обвинения. В случае если по инициативе суда получены материалы, ухудшающие положение подсудимого, суд не вправе их использовать при постановлении обвинительного приговора по делу.

6. Суд вправе без указания на конкретные источники предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные материалы, необходимые для уточнения ранее исследованных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела и принятия законного и обоснованного судебного акта».

10. Вывод о необходимости введения фигуры судьи, не рассматривающего дело по существу, но проводящего предварительное слушание и разрешающего ходатайства сторон о признании материалов (не)допустимыми; а также регламентирование процедуры изъятия материалов из уголовного дела в случае признания их недопустимыми на предварительном слушании.

**Теоретическая значимость работы** состоит в том, что положения, содержащиеся в диссертационном исследовании, вносят вклад в разработку проблематики судейского усмотрения как на общетеоретическом, так и на внутриотраслевом уровнях; развивают теорию доказывания и теорию принятия судебных решений; демонстрируют иной, отличный от господствующего формально-догматического, взгляд на судейское усмотрение в уголовном процессе.

**Практическая значимость работы** состоит в том, что положения, содержащиеся в диссертационном исследовании, могут быть использованы законодателем для проектирования социоправовой реальности, реформирова-

ния судебной деятельности и осмысленного внедрения «пространства для усмотрения» в нормативные правовые акты; правоприменителем - для осуществления собственного усмотрения сознательно, с опорой на научные разработки; судебными юристами - для прогнозирования траектории движения дела, определения степени его дискреционности; учеными - для последующих исследований в этой области; преподавателями - для чтения курсов теории государства и права, уголовного процесса, теории доказывания.

**Апробация результатов исследования.** Основные положения, сформулированные в настоящей работе, изложены автором в научных докладах и сообщениях на конференциях, проходивших в г. Москве (МГУ им. М.В. Ломоносова, МГЮУ им. О.Е. Кутафина), г. Нижнем Новгороде, г. Волгограде, г. Иваново. Результаты диссертационного исследования внедрены в практическую деятельность Владимирского областного суда и в учебный процесс Нижегородской правовой академии. Автором опубликовано 16 научных статей по исследованным в диссертации вопросам, в том числе 6 из них - в журналах, включенных в Перечень журналов и изданий, определенных Высшей аттестационной комиссией для публикации основных положений докторских и кандидатских диссертаций. Общий объем публикаций - 5,2 п. л.

**Объем и структура** диссертации соответствуют нормативным требованиям, предъявляемым к кандидатской диссертации. Структура работы определяется целью и задачами исследования и состоит из введения, трех глав, включающих десять параграфов, заключения, библиографии, списка сокращений.

## Неопределённость права и неопределённость факта как предпосылки существования дискреции. Характеристики дискреционности дела

Как известно, любое понятие может использоваться для решения двух познавательных задач: объяснение и предсказание. На наш взгляд, с помощью понятия «судейское усмотрение» можно вполне успешно пытаться помыслить происходящее в таком сегменте социо-правовой реальности как принятие решений судьями. При этом надо иметь ввиду, что «в зависимости от задач, стоящих перед исследователем, многие из свойств какой-либо единичности могут стать первыми в понятии о ней, а следовательно, и первоначально определяющими исследование на всём его протяжении или на определённом участке» . При этом «если одни исследователи одно свойство берут в качестве определяющего исследование и выделяющего, а другие - другое, то это значит, в большинстве случаев, что они образовали и исследуют разные предметы и что, следовательно, между ними не могут возникнуть споры и противоречия по поводу этих фактически различных предметов» . Более того, каждый подход не только формирует свой предмет, но и оперирует своими методами для изучения этого самого предмета, позволяя решать в своих рамках те или иные исследовательские задачи.

По нашему мнению, подходы к пониманию дискреции можно условно сгруппировать в три блока. Первый - формально-юридический. Здесь усмотрение понимается как «полномочие»3, «правомочие»1 судьи. На наш взгляд, данный подход отчасти помогает вычитывать из нормативно-правовых актов дискреционные ситуации, когда законодатель тем или иным образом закладывает в текст право на судейское усмотрение. Однако он не позволяет ответить на главный вопрос - что из себя представляет усмотрение в «живом» виде, как оно функционирует в правоприменении, а, следовательно, не позволяет спрогнозировать (хотя бы примерно) траекторию движения дела. Кроме того, этот подход не даёт ответа на вопрос, когда, как, куда и каким образом следует законодателю осознанно закладывать дискрецию, поскольку работает только с правовой оболочкой усмотрения, а не с ним самим.

Таким образом, прежде чем задать норму (определить её в нормативно-правовом тексте) следует понять то, что она будет определивать. Иначе говоря, при анализе усмотрения бессмысленно исходить от текста конкретного нормативно-правового акта: дискреция контекстна, ситуативна; она потому и существует, что формализация некой ситуации оказывается невозможной. В такой ситуации следует исходить от жизни, от условий и предпосылок действия усмотрения, от его природы. Только в таком случае мы получим социокультурные основания усмотрения, на которые можно опереться при анализе нормотворчества.

Более продуктивным по сравнению с предыдущим оказывается философско-правовой подход. Авторы, использующие его, определяют усмотрение как «выбор»2, «свободу»3, «целесообразность в сфере применения закона»4, волевую сторону соотношения целесообразности и законности5. Данный подход, безусловно, схватывает и описывает некоторые характерные черты дискреции (т.е. в некоторой степени проникает в суть усмотрения, а не занимается его «отражением», «слепком» в юридических нормах), но в нём ввиду расплывчатости самих категорий «свобода», «целесообразность» etc крайне сложно (если вообще возможно) осуществить их перевод на «технологический» уровень. Иначе говоря, с помощью данного подхода отчасти возможно описать, что такое усмотрение, но не получается объяснить как оно функционирует.

Подход, с помощью которого, на наш взгляд можно попытаться объяснить как функционирует усмотрение, - мыследеятелыюстный. Дискреция здесь понимается как «мыслительная деятельность по перебору законных возможностей решения правовой проблемы» , «правоприменительный акт (деятельность)» . Заметим, что в науке существует позиция, согласно которой усмотрение понимается не как мыследеятельность, а как её результат .

На наш взгляд, данная позиция ошибочна, поскольку, образно говоря, мыследеятельность здесь просто «отрывается» от своего результата и, если не отбрасывается полностью, то «уходит в тень». Однако как только мы начинаем обсуждать какой-либо результат, мы исследуем его в рамках какого-то подхода, которые задают интерпретацию этого результата. Например, исследование может сводится к подсчёту количественных показателей и констатации «в таких-то ситуациях принимаются такие-то решения». Однако, если исследование проводится в рамках деятельностного подхода, в котором «предметы не существуют сами по себе - они определяются процессами деятельности» , то указание на мыследеятельность с «выхватыванием» только её результата, которое допускают Е.В. Кис-люк и Н.В. Кожанова, создаёт абсурдную ситуацию с методологической точки

## Принципы уголовного судопроизводства как детерминанты дискреции: презумпция невиновности и императив о всесторонности, объективности и полноте исследования обстоятельств дела

Не лучше обстоят дела и в романо-германской правовой семье. Так, в постановлении по делу Cantoni v. France Европейский Суд по правам человека констатирует, что в силу принципа всеобщности законов их формулировка не может представлять абсолютную чёткость. «Многочисленные законы действуют на основании более или менее расплывчатых формулировок для того, чтобы избежать чрезмерной жесткости и иметь возможность адаптироваться к изменениям ситуа-ции. Толкование и применение подобных правовых норм зависит от практики» .

Щедро на примеры и отечественное законодательство. При этом не только гражданское (диспозитивное по самой своей природе), но и уголовное (которое, казалось бы, должно быть предельно чётким ввиду особо негативных последствий применения «каучуковых» формулировок). Например, по подсчётам Е.В. Кобзе-вой, 56,44% норм УК РФ содержат в себе оценочные (а значит - задающие пространство для усмотрения) признаки4.

Анализируя неопределённость права, мы не можем хотя бы поверхностно не коснуться вопроса о характере деятельности суда в таких условиях - является ли она а) интерпретативной, б) творящей право, в) сугубо правоприменительной. Отправной точкой в наших размышлениях будет служить суждение профессора А.С. Александрова и С.А. Фролова о том, что «расширение понятия судебного доказывания за счет включения в него интерпретационной деятельности сторон и суда, на наш взгляд, недопустимо. В чем состоит опасность, таящаяся в неопреде лен пости законодательных формулировок, которая дает простор правоприменительному усмотрению, думаем, разъяснять особо не надо. Она состоит в разрушении основополагающих представлений о законности. Если не будет единого понимания закона и он будет интерпретироваться судьями произвольно, о правопорядке можно будет забыть. Поэтому в русской юридической литературе уже давно утвердилась точка зрения, согласно которой суд является органом, применяющим закон, а не творящим право»1. На наш взгляд, указанное утверждение излишне категорично.

Во-первых, считая суд органом, «применяющим закон», нижегородские процессуалисты говорят о недопустимости включения в процесс доказывания «интерпретационной деятельности», но, в то же время, пишут о «едином понимании закона». В итоге наблюдается весьма противоречивая ситуация: как можно понимать (т.е. уяснять смысл) и применять право/закон (особенно в условиях неопределённости законодательства) без толкования/интерпретации?

Во-вторых, мнение о том, что «о правопорядке можно забыть» если суд будет творить право, довольно уязвимо даже для поверхностной критики. Если вынести за скобки оценку правопорядка в США (где судебный прецедент прямо признаётся источником права) и рассматривать сугубо романо-германскую правовую семью, то можно обнаружить следующее. Например, во Франции (где правопорядок, по-видимому, ничуть не «хуже» отечественного) ещё в к.ХІХ-нач.ХХ века известный правовед Ф.Жени утверждал: «В позитивном праве имеются пробелы; правовые концепции, не отражённые в законе напрямую, не связывают волю суда полностью; ни один метапринцип не является априорным и дедуктивно предписывающим конкретное решение; в пробельной зоне в конечном счёте всё зависит от усмотрения суда»2. Следовательно, необходимо отказаться от «химеры когда закон не содержит чёткого регулирования соответствующей коллизии» . В противном случае, создаётся фикция «правоприменитель - исключительно толкователь закона», которая «позволяет судье проводить под маской послушного проводника воли законодателя, облекая свою аргументацию в обёртку толкования его воли, практически любые субъективные воззрения и предпочтения» . Правда, несмотря на то, что данная идея была поддержана широким научным сообществом (включая, например, известного российскому читателю компаративиста Р.Давида4), судьи довольно аккуратно высказываются на эту тему5, хотя «во Франции нормы гражданского права в значительной степени являются судебным правом чистой воды и часто лишь формально опираются на тексты ФГК»6.

Нельзя не отметить, что выдающийся русский правовед С.А. Муромцев ещё в 1880 г. писал: «Всякое заключение о том, что, должно быть, хотел сказать законодатель, но почему-то не сказал, - всякое такое заключение отличается фиктивным происхождением. Судья не открывает скрытой мысли законодателя. Вернее, он додумывает за него то, что законодатель не продумал»

Проанализировав и обобщив некоторые существующие наработки1 по вопросам толкования и судейского правотворчества, можно, по-видимому, сказать, что с формальной точки зрения границу между ними можно провести следующим образом: при толковании идёт разработка, вскрытие «пластов» смыслов в уэ/се обозначеушых словоформах; при правотворчестве задаются сами словоформы, имплицитно содержащие разнообразные «пласты» смыслов. Однако формальные различия при рассмотрении «по существу» начинает стираться: возможен такой ход дел, когда в существующие в законе словоформы вчитываются такие смыслы, которые обычно туда не вкладываются, вскрываются «редкие» «пласты» смыслов, что приводит к «разворачиванию» словоформы (в законе текстуально сохраняется прежний вариант, но он «достраивается» судом таким образом, что словоформа начинает «играть новыми гранями»). В итоге юристы по сути уже имеют дело не с прежнем содержанием словоформы, но с новым. Т.е. процессы, находящиеся казалось бы сугубо в рамках толкования, приводят к изменению самой нормы права (=«словоформа+смыслы ). Таким образом, полагая, что норма права — не чернильные знаки па бумаге кодексов, а интеллектуальный продукт, можно утверждать следующее: норма права творится субъектом из самых разных смыслов, «вчитываемых» в текст закона под воздействием различных факторов (в т.ч., конечно, и существующих словоформ). Однако существующие словоформы позволяют «идти через них, но дальше них». Вопрос лишь в том, чем и в какой степени продвижение «дальше» детерминировано.

## Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов о достоверности доказательственных материалов

Сводя ещё больше наше исследование к прикладным (практическим) моментам осуществления дискреции относительно quaestiones facti, мы, наконец, переходим к вопросам доказательственного права, которое призвано регламентировать процедуру получения судебной истины. Памятуя о том, что судебный факт - это результат интерпретации следа средствами логики и риторики, а усмотрение (в данном контексте) - это мыследеятельность по получению и оперированию фактами-знаниями, важно отметить следующее. Как писал СВ. Куры-лёв, «задача доказательственного права состоит не в том, чтобы давать какие-либо предписания или запреты мыслительной деятельности судей, а лишь в том, чтобы, исходя из законов мышления, исходя из правильного понимания процесса формирования судейского убеждения, облегчить это формирование, создать ему наиболее благоприятные условия (курсив наш - М.Н.)» . Напомним, что уважаемый процессуалист писал эти строки в советский период, когда о судейском усмотрении практически не упоминалось, теория судебного познания опиралась на теорию отражения, а в «научной моде» были панлогизм и объективизм. Мы, присоединяясь, к ключевой идее процитированного фрагмента (см. курсив выше), хотели бы добавить, что в доказательственном праве должно учитываться не только логическая сторона познания по делу, но и риторическая; не только процессы формирования внутреннего убеждения судьи, но и существование судейского усмотрения. Более того, именно «поправка на дискрецию» позволит усовершенствовать регламентацию доказывания, что мы и попытаемся продемонстрировать в настоящей главе.

С учётом методологических установок, исповедуемых в настоящей работе, относимость (релевантность) можно определить как требование к доказательственному материалу «иметь непосредственное или опосредованное отношение к обстоятельствам, входящим в предмет доказывания»1.

Здесь, на наш взгляд, важно подчеркнуть следующее. Криминалистическая теория отражения, на которой, главным образом, базируется теория относимости доказательств (упрощённо звучит так: «преступление оставляет в окружающем пространстве следы»), служит теоретическим объяснением существования относимости in abstracto. Однако методологически (с точки зрения организации юридического мышления, познания по делу in concrete) она не столь удачна. Если считать, что судья определяет относимость относительно совершённого преступления (факта-явления), то придётся признать наличие у него уже готового образа преступления (или, если довести ситуацию до абсурда, «скола реальной действительности»), с которым он соотносит предоставляемый сторонами доказательственный материал. Однако предполагать это - значит предполагать наличие у судьи божественного провидения, экстрасенсорных способностей и т.д.

На наш взгляд, с точки зрения судебного познания нет никакой связи, до тех пор, пока она не будет продемонстрирована в рамках судопроизводства указанием сначала на доказываемый тезис, потом — на доказывающий его аргумент (т.е. относимость по своей природе не естественнонаучна, а риторична). Без демонстрации связи между тезисом и аргументом перед лицом суда («я доказываю вот это обстоятельство вот этим материалом») судебного порождения доказательства нет. Судья определяет относимость не относительно факта-явления, а относительно обвинительного/ оправдательного тезиса — своего рода «проекта»2 «того, что было на самом деле» (по мнению стороны), согласно которому каждая сторона предполагает выстраивать свою доказательственную деятельность. И.Б. Михайловская справедливо отмечает, что «поскольку различные субъекты доказывания могут исходить из различных предположений о фактах прошлого, т.е. отстаиваемые ими версии могут не совпадать, то и решение вопроса об относимости доказательства может быть прямо противоположным» .

Поясним. Рассуждения в судебном познании строятся по индуктивному типу: от отдельных доказывающих фактов-знаний к общему доказываемому факту знанию. В обвинительном заключении и материалах стороны защиты есть «проекты» (гипотезы/мнения сторон о том, что «произошло на самом деле»). В ходе судебного следствия идёт разработка этих «проектов», исследование подтверждённое выдвинутых тезисов доказательствами. Процесс оценки доказательственного материала на предмет его относимости отправляется от формулировки тезиса/антитезиса: доказываемый тезис должен быть внесён в процесс (тем самым сторона выполняет бремя утверждения), а затем - доказан (в силу презумпции невиновности сторона защиты может выполнять бремя утверждения, но не обязана выполнять бремя доказывания, хотя и вправе это делать1). Можно, пожалуй, сказать, что относимость является критерием оценки не столько доказательственных материалов как таковых, сколько в целом довода, аргумента, выдвигаемого стороной в суде .

Проблемы, которые возникают здесь в связи с осуществлением судейского усмотрения, вызваны тем, что «решение вопроса об относимости доказательств опирается, с одной стороны, на обобщённые законодательные характеристики обстоятельств, подлежащих установлению, а с другой - на субъективные представления лица (органа), в чьём производстве находится уголовное дело, о логической связи сведений, составляющих содержание доказательства, с указанными обстоятельствами дела»

## Осуществление судейского усмотрения при решении вопросов о допустимости доказательственных материалов

Приведём ещё один аргумент contra активности суда в доказывании. Процесс судебного познания можно описать следующим образом: «мы начинаем с пред-полаганий, с ещё не устоявшегося, с пред-позиций (т.е. с ситуации неопределённости факта-знания - М.Н.), и пытаемся превратить их в результате тестирования на сопротивление воздействию (т.е. посредством проверки доказательственных материалов на разрыв в рамках состязательной процедуры - М.Н.) в проверенные положения и надёжные позиции»1. Говоря словами Б. Латура, «можно говорить о постепенно растущей степени затвердевания факта, о градациях возрастания его претензий на реальность» . Оговоримся, что эта ситуация характерна для судьи сомневающегося. Однако ещё в дореволюционной литературе отмечались ситуации, когда судья для себя окончательно решает дело ещё до того, как войдёт в зал судебных заседаний3, уже заранее «составляет себе по делу известный взгляд и засим уже, естественно, во время заседания стремится направить судебное следствие по тому плану, который у него для этого непременно должен создаваться.... Деятельность сторон является при этом лишь помехой принятым намерениям, созданному плану, она нарушает цельность впечатления, отвлекает и, главное, задерживает и замедляет результат, к которому судья стремится... При таких условиях слишком понятно, в какой мере интенсивно должно быть желание и стремление судей сдержать, сократить, свести на возможный минимум состязательную деятельность сторон»4.

Подобное сведение на нет состязательности могло бы не рассматриваться (по крайней мере с позиций сторонников следственности в процессе) в качестве проблемы, ибо оно, казалось бы, компенсируется доказательственной активно стыо суда, стремящегося к поиску объективной истины, если бы не одно «но». Опираясь на обширные эмпирические исследования, S. Porter и L. Brink констатируют, что, как это ни парадоксально звучит, «высокий уровень побуждения в определении правды может усилить степень уклона или узости взгляда при принятии решений относительно судьбы обвиняемого»1. Так, S. Porter, S. McCabe, М. Woodworth и К. Peace определили, что высокий уровень мотивации при решении задачи, состоящей в обнаружении обмана, отрицательно связан с точностью его определения . Иными словами, высокий уровень мотивации, подобный тому, какой испытывает судья или присяжный заседатель, вкупе со сложностью оценки достоверности приводит к увеличению влияния первоначального впечатления и узости взгляда на рассматриваемое дело (курсив наш - M.H.)J. Более того, начальные убеждения сохраняются даже при наличии серьезных противоречащих им доказательств4. Профессор У.Берман пишет об этом: «Субъект принятия решений уже на ранних стадиях - пока еще идет сбор информации - склонен начать выстраивать свои теории по поводу значения доказательств... Привнесение своего "я" в черновую теорию обусловливает сильную подсознательную мотивацию направить расследование в русле той информации, которая подтверждает такую теорию и в обратном направлении от информации, этой теории противоречащей» .

Очевидно, что процитированные авторы в своих работах указывают ни на что иное как на опасность проявления у судьи туннельного зрения (со всеми вытекающими из этого когнитивного эффекта ошибками). Поэтому до тех пор, пока не реализованы меры (институциональные, образовательные и т.д.), способст вующие преодолению tunnel vision, говорить об «активном» суде даже в гипотетическом смысле вряд ли возможно.

По вопросу об активности суда неоднократно высказывался и Конституционный Суд РФ, однако обращение к конституционно-правовой практике приводит скорее к появлению новых вопросов, чем к получению однозначных ответов.

Дело в том, что в Постановлении №7-П от 20.04.1999 года Конституционный Суд РФ указал: «Суд осуществляет судебную власть посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (статья 118 Конституции Российской Федерации), которое согласно статье 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации основывается на принципе состязательности и равноправия сторон. Этот принцип в уголовном судопроизводстве означает, прежде всего, строгое разграничение судебной функции разрешения дела и функции обвинения, которые, таким образом, осуществляются разными субъектами. Разрешая дело, суд на основе исследованных в судебном заседании доказательств формулирует выводы об установленных фактах, о подлежащих применению в данном деле нормах права и, соответственно, об осуждении или оправдании лиц, в отношении которых велось уголовное преследование. При этом состязательность в уголовном судопроизводстве во всяком случае предполагает, что возбуждение уголовного преследования, формулирование обвинения и его поддержание перед судом обеспечиваются указанными в законе органами и должностными лицами, а также потерпевшими. Возложение же на суд обязанности в той или иной форме подменять деятельность этих органов и лиц по осуществлению функции обвинения не согласуется с предписанием статьи 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации и препятствует независимому и беспристрастному осуществлению правосудия судом, как того требуют статья 120 (часть 1) Конституции Российской Федерации, а такэ/се нормы ратифицированных Российской Федерацией международных договоров (статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах). I.. .1 суд, сам инициируя продолжение следственной деятельности по обоснованию обвинения, по сути, выполняет не свой ственную ему обвинительную функцию. Согласно названному конституционному принципу [презумпции невиновности] каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Из этого принципа в совокупности с принципом состязательности (статья 123, часть 3, Конституции Российской Федерации) следует, что суд вправе устанавливать виновность лица лишь при условии, если доказывают ее органы и лица, осуществляющие уголовное преследование. Поскольку, по смыслу статей 118 и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации, суд, рассматривая уголовные дела, осуществляет исключительно функцию отправления правосудия и не должен подменять органы и лиц, формирующих и обосновывающих обвинение, то не устраняемые ими [т.е. органами, формирующими и обосновывающими обвинение! - М.Н.] сомнения в виновности обвиняемого, в силу статьи 49 (часть 3) Конституции Российской Федерации, толкуются в пользу последнего. Таким образом, если органы уголовного преследования не смогли доказать виновность обвиняемого в полном объеме {т.е. полнота доказанности - обязанность органов уголовного преследования - М.Н.] и, тем более, если прокурор и потерпевший отказались от поддержания обвинения в суде (полностью или частично), то это долэ/сно приводить — в системе действующих уголовно-процессуальных норм при их конституционном истолковании — к постановлению в отношении обвиняемого оправдательного приговора или обвинительного приговора, констатирующего виновность обвиняемого в менее тяжком преступном деянии» .