

ИССЛЕДОВАНИЕ МАТЕРИАЛЬНОЙ ИСТИНЫ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ¹

© 2014 г. Карл-Фридрих Штукенберг²

Можно предположить, что во всех известных правовых системах исследование истины является задачей и даже целью уголовного процесса. Ведь в каждом процессуальном праве, предусматривающем исследование доказательств для выяснения того, что же произошло действительно, ставится вопрос об истине, который является не чем иным, как вопросом о действительности. С понятием истины в контексте уголовного процесса связан, как известно, целый ряд проблем и спорных вопросов, на которых мы ниже кратко остановимся.

Первый круг вопросов носит преимущественно теоретический характер и касается понятия “истина”. Вопрос об истине – это не что иное, как вопрос о действительности. Это звучит банально, но уже включает в себе два спорных философских тезиса. На философском диспуте о том, что есть истина и как ее постичь, я остановлюсь лишь в той мере, насколько это представляется необходимым для уголовно-процессуального права.

К этому примыкает второй круг вопросов: действительно ли то, что исследуется в конкретном уголовном процессе, является истиной, как таковой. Те, кто с этим согласен, говорят о “материальной истине”, которую суд пытается *найти* в ходе процесса. Те же, кто это отрицает, утверждают вместо этого, что в ходе судебного процесса *реставрируется* “формальная” или “процессуальная” истина.

Третий круг вопросов рассматривает, каков же наилучший путь познания или реставрации истины в уголовном производстве. Во-первых, это касается структуры процесса в целом, а именно: кто и в какой момент должен сделать фактиче-

ские выводы и на каком основании; во-вторых – принципов и отдельных регулирований права доказывания.

В заключение мы зададимся вопросом, является ли истина единственной целью или одной из целей или по крайней мере одной из задач уголовного процесса. И если да, то должно ли так быть. Можно ли отказаться от истины, если не полностью, то хотя бы для определенных категорий дел, например при сделках с правосудием или в отношении массовых мелких уголовных преступлений?

I. Что есть истина?

Горячие споры вокруг понятия “истина” ведутся в философии с начала XIX в. Эта контroversa представляет интерес, поскольку современная процессуально-правовая наука порой ссылается на нее и делает выводы относительно организации уголовного процесса³. В противоположность этому философские теории истины не помогают *толковать* правовое понятие “истина” в определенной позитивной правовой системе, например в § 64 и след., абз. 2 § 244 УПК ФРГ или в статьях о даче ложных показаний: § 153 и след. УК ФРГ, так как законодатель ориентировался на повседневное понимание “истины” – об этом ниже, – а не на философские концепции.

При философском определении понятия истины следует различать *дефиницию* понятия, т.е. что имеется в виду, когда речь идет о том, что нечто является “истинным”, – и указание *критериев*: как установить, что нечто является истинным. Не

¹ Данная статья подготовлена в рамках исследовательского проекта “Уголовный процесс в странах Центральной Азии: между инквизиционной и состязательной моделями” Мюнхенского института восточноевропейского права.

² Заведующий кафедрой германского и международного уголовного права, уголовного процесса, сравнительного уголовного права и истории уголовного права Боннского университета, доктор юридических наук, профессор (E-mail: sekretariat.stuckenberg@jura.uni-bonn.de).

³ См.: Adomeit. JuS 1972, 528 ff.; Schmidt. JuS 1973, 204 ff.; Kraatz. Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung. 2011. S. 258 ff.; Löffelmann. Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. 2008. S. 23 ff.; Toepel. Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozeßrecht. Tübingen, 2002. S. 70 ff.; Stamp. Die Wahrheit im Strafverfahren. 1998. S. 15 ff.; Eicker. Die Prinzipien der “materiellen Wahrheit” und der “freien Beweiswürdigung” im Strafprozeß. 2001. S. 8 ff.; Käßer. Wahrheitserforschung im Strafprozeß. 1974. S. 9 ff.

все доктрины истины дают нам и то, и другое – и дефиницию, и критерии.

Мнение, которое долгое время было в философии почти единодушным, да и сегодня еще является господствующим, толкует понятие “истина” согласно корреспондентной теории (*correspondence theory*) как соответствие суждения действительности. Ее классическую формулу находим у Аристотеля в 4-й книге “Метафизики”: “говорить о сущем, что его нет, или о не-сущем, что оно есть, – значит, говорить ложное; а говорить, что не-сущее не есть и сущее есть, – значит говорить истинное”⁴ и в формуле, которую Фома Аквинский приписывает жившему в Египте ок. 900 г. н.э. философу Исааку Израэли: “*veritas est adaequatio rei et intellectus*”⁵ (“истина есть соответствие вещи и разума”). И. Кант называл эту дефиницию истины “*geschenkt*”⁶, т.е. считал, что она “допускается и предполагается”, другими словами – сама собой разумеется. В современной формулировке корреспондентная теория заявляет, что суждение является истинным, когда вещи соотносятся так, как это утверждается в высказывании⁷. Корреспондентная теория является так называемой неэпистемологической теорией истины, т.е. истина суждения не зависит от человеческого познания. Она идет рука об руку с другой, тоже спорной философской позицией, так называемым периферийным реализмом (нем.: *externer Realismus*), т.е. предполагается, что имеется некая реальность, которая не зависит от человеческого познания, но может быть познана⁸. И корреспондентная теория, и периферийный реализм соответствуют наивной интуиции, поэтому являются важными составными частями наших теорий повседневности, с помощью которых мы ориентируемся в повседневной социальной жизни, и характеризуют поэтому также и понимание истины, которое, например, положено немецким законодателем в основу вышеназванных норм.

Корреспондентная теория дает только одну дефиницию истины, но не предлагает никаких критериев, когда именно следует считать, что нечто является истинным. Носителями истины в этой

теории являются суждения (пропозиции), но, например, не императивы, т.е. нормы. Сама эта дефиниция вызывает значительные сомнения, потому что неясно, как же выглядит соответствие, то самое *adaequatio*, каким образом можно было бы сравнить неязыковую реальность с суждениями в языковой форме, потому что наивные представления, например теория отражения В.И. Ленина⁹, согласно которой наши чувственные восприятия и суждения о них как бы отражают реальность, не выдерживают глубокого анализа¹⁰. Поэтому философы нового времени, например Рассел¹¹ или Поппер¹², пытались сформулировать корреспондентную теорию более точно. Корреспондентная теория создает проблемы и в отношении абстрактных или негативных суждений, поэтому Остин и Рорти с насмешкой говорили, что она работает только в отношении “*moderate-sized specimens of dry goods*”¹³ (“образчиков растиражированных сухих товаров среднего размера”, к которым они относили дома, мебель, картины и пр.).

Поэтому как выход из такой ситуации были предложены эпистемологические теории истины, например теории когерентности, согласно которым суждение истинно тогда, когда его можно непротиворечиво включить в систему истинных суждений. При этом дефиниция и критерий совпадают, так что истина более не соотносится с независимой от познания реальностью, но является особо квалифицированной формой познания. Конечно, когеренция полезна и, возможно, является также и необходимой предпосылкой истинных суждений, но недостаточной, если нельзя исключить, что может иметься несколько когерентных систем. Теория уже не может решить, какую из различных когерентных систем следует выбрать¹⁴. Кроме того, становится трудным делом установить когерентность сингулярных суждений, например показаний свидетелей в суде.

Помимо этого к эпистемологическим теориям истины относятся и так называемые *прагматические теории истины*, к старейшим представителям которых относятся Джон Дьюи и Уильям Джеймс (*традиционное написание – Джемс, здесь и далее – Джеймс*). У. Джеймс определял ис-

⁴ Аристотель. Метафизика 1011b; см. также: Платон. Критон, 335.

⁵ Фома Аквинский. Сумма теологии (Summa theologica). qu. 1, art. 16 ad 2; *Его же*. Дискуссионные вопросы об истине (Quaestiones disputatae de veritate). qu. 1, art. 1, ad 3.

⁶ См.: Кант И. Критика чистого разума (ссылка дана на немецкое издание: Kant. Kritik der reinen Vernunft. 2. Aufl. 1787, A 58/B 82).

⁷ Toepel (Fn. 1), S. 70.

⁸ См. об этом Toepel (Fn. 1), S. 74 ff. со ссылками на др. авторов.

⁹ См.: Lenin. Werke, Band 14, Berlin (Ost) 1962, S. 166 ff.; w. Nachw. in: Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. Berlin (Ost) 1982, S. 107 Fn. 3.

¹⁰ См.: Обобщение см.: Löffelman (Fn. 1), S. 29 ff.

¹¹ См.: Russell. The Problems of Philosophy, 1912, S. 106 ff.

¹² См.: Russell. The Problems of Philosophy, 1912. S. 106 ff.

¹³ Austin J.L. Sense and Sensibilia. 1962. S. 8; Rorty. Is Truth a Goal of Inquiry? in: Lynch (Hrsg.), The Nature of Truth, 2001, S. 257, 269.

¹⁴ См.: Toepel (Fn. 1), S. 80 ff. m. w. Nachw.

тинное как то, что находится в соответствующем контексте пользы, т.е. “удовлетворяет в самом широком смысле”¹⁵, против чего *Бертран Рассел* возражал¹⁶, что согласно этому должно было бы быть истинным и утверждение, что существует Санта-Клаус, т.е. он всегда рассматривал это утверждение как “удовлетворительное в самом широком смысле”. Более влиятельными являются консенсусные теории истины *Ричарда Рорти* и *Юргена Хабермаса*, основанные на идеях *Чарльза С. Пирса*. *Р. Рорти* считает бессмысленными суждения, претендующие на универсальность. По его мнению, практическое значение имеют только те суждения, оправданность которых можно доказать перед определенной публикой. Он считает, что, если компетентная публика согласна с каким-либо суждением, излишне искать какие-либо связи с реальностью или с чем-то, что мы называем истиной¹⁷. Напротив, *Хабермас* представлял мнение, что в идеальных условиях, т.е. в “идеальной речевой ситуации”, дискурс приводит в конечном счете к достижению консенсуса, который отвечает требованиям *универсального* притязания на истину¹⁸. Не говоря о трудностях определения условий идеального дискурса и тем более их практической реализации¹⁹, теории консенсуса не выдерживают критики в конечном итоге и из-за несовместимости трансцендентности познания мира с нашей интуицией. Например, ни когерентные, ни прагматические, ни консенсусные концепции не помогут нам установить, четное или нечетное количество кирпичей было использовано при постройке конкретного здания, но мы все же верим, что есть ответ²⁰. Поэтому *Хабермас* давно отказался от своей консенсусной теории истины в пользу теоретического дискурса²¹.

Наконец, так называемые *дефляционные теории истины*, или *редундантные теории*, которые распространены, если не сказать господствуют в аналитической философии, попытались показать,

что слово “истинно” является не субстанциальным предикатом, а редундантным выражением, выполняющим определенные языковые технические функции²². Предложение “Истинно, что идет дождь” ничего не добавляет к предложению “Идет дождь”, которое является истинным как раз тогда, когда идет дождь. Согласно этому истинные суждения являются не чем иным, как ассерторическими суждениями о действительности. Тогда некоторые трудности корреспондентной теории оказываются заблуждением, обусловленным чисто языковыми причинами, т.е. категориальными ошибками. Разумеется, сами дефляционные теории не являются критериальными. Следовательно, они не могут помочь установить, является ли суждение истинным или нет.

В праве, в процессуальном праве и уж тем более в уголовно-процессуальном праве “истина”, как уже упоминалось, предстает *de lege lata* как юридическое понятие в повседневно-теоретическом понимании в форме простой корреспондентной теории. Но и в правоведении, и *de lege ferenda* это понимание нельзя заменить на одну из многочисленных теорий, предлагаемых философией, хотя такие предложения²³ выдвигались нередко, а именно: о замене на хабермасовскую теорию консенсуса. Так невозможно добиться когеренции — ни в полной, ни вообще в достаточной мере; не годятся также и ни критерий полезности, ни ограниченный консенсус, потому что уголовный приговор адресован общественности, поскольку нужно “угодить” ее интуитивному чувству истины²⁴. Поэтому казалось, что следует принимать во внимание только притязания на универсальную истину достигнутого в идеальных условиях консенсуса; правда, сам *Хабермас* уже отказался от идеи такого притязания и, кроме того, никогда не переносил свою теорию на установление вины в ходе уголовного процесса, но считал, что для приемлемости приговоров достаточно, чтобы процессуальное право гарантировало обсуждение по возможности всех релевантных фактов и обстоятельств²⁵.

Не удастся произвести и замену наивного реализма, с которым связана корреспондентная теория, на другие концепции, ошибочно более

¹⁵ James. Der Wahrheitsbegriff des Pragmatismus, in: Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien. 1977. S. 35, 40 f. = ders., Pragmatism. 1907, S. 299.

¹⁶ См.: Russell. A History of Western Philosophy, 1949, ch. 29 = bei Skirbekk (Fn. 13). S. 59 ff.

¹⁷ См.: Rorty. DZPhil 1994. 975. 982 f.

¹⁸ См.: Habermas. Wahrheitstheorien, in: ders. Vorstudien und Ergänzungen des kommunikativen Handelns, 1984. S. 127, 136 ff.

¹⁹ См. только: Volk. Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, 1980. S. 16 f.; Hilgendorf. GA 1993, 547, 554; Kraatz (Fn. 1), S. 273 f.

²⁰ См.: Poscher. ARSP 89 (2003). 201, 205; s.a. Damaška. 49 Hastings L.J. 289, 294 f. (1997–98).

²¹ См.: Habermas. Richtigkeit versus Wahrheit, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, Frankfurt a.M., 1999, S. 286 ff.

²² См.: Poscher. ARSP 89 (2003). 201. 205 ff. m. w. Nachw.

²³ См.: Jahn Z.B. GA 2004, 272, 279 f.; Rottleuthner. KJ 1971, 60 ff.; Kamlah/Lorenzen. Wahrheit und Wirklichkeit, in: Skirbekk (Fn. 15), S. 483 ff.; Grasnack. FS 140 Jahre Goldammer's Archiv, S. 55 ff.; Jörn Kühl. Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren. 1987. S. 223 ff.

²⁴ См.: Hörnle. Rechtstheorie 35 (2004), 175, 184.

²⁵ См.: Habermas. Faktizität und Geltung, 1992, S. 289; s.a. Hörnle. Rechtstheorie 35 (2004), 175, 182 f.

зрелые, потому что все скептические, радикально-конструктивистские или прочие антиреалистичные подходы, даже если они и привлекательны с интеллектуальной точки зрения, все же непригодны для практики социальной жизни, а тем самым и для правовой жизни²⁶, потому что для нормального функционирования этой практики нужно включить в нее точку зрения ее актеров.

II. Материальная, процессуальная или формальная истина?

Действительно ли в уголовном процессе идет речь об исследовании истины или же это, как считают некоторые критики²⁷, химера, идеологическая догма, не имеющая ничего общего с реальностью? Когда речь идет о “материальной истине”, имеется в виду познавательная-трансцендентная действительность, не зависящая от человеческого познания реальность.

На деле не является бесспорным, что в уголовном процессе ищут действительно “ту самую” истину, и не только из-за общей ограниченности человеческого познания или особых методических недостатков, на которых я ниже остановлюсь, но прежде всего из-за осознанной самоограниченности уголовно-процессуального поиска истины. Хотя работу судьи по уголовным делам иногда можно сравнить с работой историка²⁸, который при расследовании прошлых событий старается выяснить, “как же это было на самом деле”, но это сравнение неудачно по ряду причин:

1. Уголовный суд занимается поиском истины не ради самой истины, но руководствуется при этом определенными интересами. Поэтому поиск истины является асимметричным²⁹: “истину” ищут вообще лишь тогда, когда возможно обременяющее правовое последствие, т.е. прежде всего обвинительный приговор. Если выясняется, что предпосылок для вынесения обвинительного приговора нет и не будет, поиск истины прекращается. Согласно обычной юридической практике оправдывают лицо, невиновность которого доказана, или – чаще – за недоказанностью вины: *in dubio pro reo*. В этом случае больше не выясняют, действительно ли обвиняемый невиновен, даже если это было бы возможно. Мне неизвестна ни одна правовая система, в которой существовала бы претензия

на оправдательный приговор за недоказанностью вины.

- Интерес для уголовного процесса представляют всегда только определенные обстоятельства прошлого события, которые релевантны для субсумции в материальное право. Таким образом, речь никогда не идет о “всей истине”, но только о значительно отфильтрованном, юридически релевантном фрагменте действительности. “Материальная истина – это... истина материального права” (Фольк).³⁰
- Но и релевантная для субсумции действительность не может быть включена в процесс любым способом. Даже в таких правовых системах, как, например, в немецкой, где действует конституционный принцип “наилучшего из возможных доказательств”³¹, это не означает, что можно использовать какой угодно надежный источник информации. Вопросы о том, какие источники информации, когда и как могут быть использованы, регулируются соответствующим доказательственным правом. Хотя нормы доказательственного права обычно имеют целью способствовать поиску истины, однако они могут иметь и ограничивающее действие, например в немецком праве – *numerus clausus* средств строгого доказывания.
- Кроме того, в современных процессуальных кодексах имеется еще множество правил, которые могут в результате привести к искаженной, а поэтому неистинной картине действительности³². Причина этого, как известно, в том, что поиск истины может вступить в конфликт с другими юридически защищенными ценностями и должен отступить на второй план, если эти ценности приоритетны. Сюда относятся многочисленные, базирующиеся на различных основаниях запреты доказательств в форме запретов на сбор доказательств и запретов на использование доказательств, встречающиеся, в частности, в виде недопустимости средств доказывания или недопустимости предмета доказывания. Некоторые запреты мотивируются внутренними процессуальными причинами и направлены на исключение недопустимых средств доказывания. Впрочем, сегодня это встречается, скорее, редко, другие же обоснованы внешними по отношению к процессу при-

²⁶ См.: Hörnle. *Rechtstheorie* 35 (2004), 175, 179 f.

²⁷ См.: Schünemann. *FS Pfeiffer*. 1988. S. 461, 475, 481, 482 f.

²⁸ См.: Много ссылок можно найти в: Paulus. *FS Spindel*, 1992. S. 687, 689 Fn. 12.

²⁹ См.: Damaška. 49 *Hastings L.J.* 289, 305 f. (1997–98).

³⁰ Volk. *FS Salger*, 1995. S. 411, 413; Damaška. 49 *Hastings L.J.* 289, 293 (1997–98).

³¹ Решения Федерального конституционного суда Германии: *BVerfGE* 57, 250, 280; 70, 297, 308; 118, 212, 231.

³² См.: Volk. (Fn. 19). S. 9; Weigend. 26 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 157, 167 ff. (2003).

чинами и имеют различные цели, в частности защиту основных прав, государственной тайны или же дисциплинирование органов уголовного преследования, например *exclusionary rule* (правило исключения недопустимых доказательств) в американском праве. При этом дело обстоит совсем не так, словно бы создающаяся в результате этого неистинная картина всегда выгодна для обвиняемого. Например, если один из супругов воспользовался своим правом на отказ от дачи показаний, это может привести, в частности, к тому, что суд не узнает снимающие вину обстоятельства. Правда, можно наблюдать, что суды часто стремятся к узкому толкованию запретов на доказывание или к полному обходу этих запретов, чтобы свести к минимуму потери при поиске истины.

5. Наконец, нельзя не заметить, что формально-правовой поиск истины в суде проходит в условиях дефицита, т.е. ограниченных государственных ресурсов. Даже полицейское расследование не может проводиться с максимальными затратами на каждое из дел, если в год расследуются миллионы дел. Поэтому применяют взвешенный подход: в случаях тяжких уголовных преступлений, например убийство, поиск истины ведется активно, при расследовании массовых мелких преступлений – только поверхностно, как в ускоренном производстве³³, или не ведется совсем, например кража велосипеда.

Ввиду вышеизложенного абсолютно справедливо мнение, что ту версию действительности, которую суд использует в качестве основания для вынесения приговора, лучше называть “процессуальной” или “судебной” истиной, которая реставрируется по правилам уголовно-процессуального права³⁴, потому что если говорить просто об “исследовании материальной истины”, то тем самым остается невысказанным нечто существенное, а именно: это “исследование” является детальнейшим образом отрегулированной процедурой, которая наряду с поиском истины учитывает разнообразные аспекты. Ведь вопрос не только в том, чтобы приговор был истинным независимо от того, каким образом он состоялся, но решающее значение имеет то, чтобы он был вынесен правомочным путем на основании принципов правового

государства. Однако справедливо и то, что реконструированная таким образом процессуальная истина претендует на верные по существу суждения о реальности, другими словами – претендует на соответствие материальной истине. Тот факт, что в основе уголовно-процессуального права лежит познавательное-трансцендентное понятие истины, становится очевидным благодаря возможностям пересмотра вступившего в силу приговора по вновь открывшимся обстоятельствам – (*révision/revision*) *propter nova*.

Поскольку “процессуальная истина” характеризуется тем, что материальная истина устанавливается не любым подходящим способом, а только в рамках строго упорядоченной процедуры, то ее можно было бы назвать и “формальной истиной”³⁵. Правда, под “формальной истиной” понимается, во всяком случае в немецком праве, нечто иное, а именно: “истина” по смыслу эпистемологической, прагматической теории истины, которая появляется в результате достижения согласия сторонами, например в немецком гражданском процессе, где стороны вправе распоряжаться как предметом процесса – правоотношением, так и средствами его доказывания, так что гражданский суд вынужден принимать как истинное даже неистинное признание (§ 288 ГПК Германии).

Ни одно процессуальное право из известных нам не довольствуется в обычном уголовном процессе только формальной истиной. Это относится вопреки некоторым ошибочным мнениям немецких ученых и к процессуально-правовым системам в странах common law, которые тоже объявили своим принципом поиск материальной истины³⁶. Правда, все больше стран включают в уголовный процесс консенсусные формы судебного разбирательства, в которых с трудом можно заявлять претензии на материальную истину, поэтому эти

³⁵ См.: Volk. FS Salger. S. 411, 412.

³⁶ См.: Lord Denning in *Jones v. National Coal Board*, [1957] Q.B. 55, 63; *Williams v. Florida*. 399 U.S. 78, 82 (1970); *Tehan v. United States ex rel. Shott*. 382 U.S. 406, 416; 86 S.Ct. 459; 15 L.Ed.2d 453 (1966); *Stovall v. Denno*. 388 U.S. 293, 297 f.; 87 S.Ct. 1967; 18 L.Ed.2d 1199 (1967) (“the basic purpose of a trial is the determination of truth”); *LaFave/Israel*, Criminal Procedure, 2nd ed. 1992, § 1.6(a); *Damaška*. 49 Hastings L.J. 289, 301 ff. (1997–98); подтверждение см.: *Ransiek*. ZIS 2008 116 m.w.N.; *Rosenau*. FS Puppe. 2011. S. 1597, 1618 = ders. Die Absprachen im deutschen Strafverfahren, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafrechtsgerechtigkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, 2010, S. 45, 56 Fn. 75; *Weigend*. Bedenken gegen das Dealen. Сравнительно-правовой анализ см.: Goldbach (Hrsg.). Der Deal mit dem Recht. Absprachen im Strafprozess. 2004. S. 37, 45 f.; *Cramer*. FS Rebmann, S. 145, 156; Volk, FS Salger, S. 411, 416; ошибочное мнение: *Trüg/Kerner*. FS Böttcher. S. 191, 196 f., 198.

³³ См.: Volk. FS Salger, S. 411, 418: Истина судебного приказа отличается от истины суда присяжных.

³⁴ См.: *Paulus*. FS Spindel. S. 687, 688 ff.; Volk. FS Salger. S. 411, 412 ff.; *Kühne*. GA 2008. 361 ff.; ebenso *Weigend*. 26 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 157, 170 (2003); s.a. *Spindel*. JuS 1964, 465, 467; krit. *Kratz*. (Fn. 1), S. 267 ff., 275; abl. *Gössel*. Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß? 2000. S. 14 ff.

претензии уже совсем не предъявляются, как, например, в американском *plea bargaining*, который может считаться прототипом сделок, завершающих судебный процесс. Однако на основании этих относительно молодых³⁷ дегенеративных явлений не стоит делать поспешных выводов об основном направлении процессуального права. Так, например, вопреки распространенному мнению³⁸ согласие со своей виной и сделки с правосудием никоим образом не обусловлены “логикой” англо-американского уголовного процесса, а просто могут быть без проблем интегрированы в него, потому что этот уголовный процесс никогда не был эмансипирован от основной структуры гражданского процесса и приведен в соответствие с вынесением публичного наказания. Сделка *guilty plea* является, в общем, процессуальным соглашением с виной, а не признанием, что становится ясным, если учесть, что *guilty plea* может сопровождаться заверением в своей невинности (так называемый *Alford plea* – подсудимый добровольно соглашается со своей виной, в то же самое время настаивая на своей невинности³⁹), так что речь идет о распоряжении предметом процесса, а не о степени доказанности. Вот поэтому здесь не может быть и речи о “формальной истине”.

III. Методы исследования истины в уголовном процессе

Чтобы приговор суда мог претендовать на то, что он вынесен на материально истинном фактическом основании, организация процедуры доказывания должна годиться для познания истины. Выше говорилось, что корреспондентная теория не содержит критериев истины. Поэтому истину нельзя создавать путем применения правил, но правила могут быть полезными для того, чтобы избежать заблуждений и сделать притязание на истину убедительным. Ведь судебная истина всегда обладает прагматическим измерением, т.е.

утверждаемый как истинный результат нужно таким образом реконструировать и при необходимости обосновать, чтобы это получило одобрение как участников процесса, так и общественности. Поэтому процедура доказывания должна отвечать представлениям о рациональности, сложившимся в соответствующем обществе и в соответствующий период времени. И если в древности гарантией правильности были оракулы или суд Божий, то сегодня масштаб задают эмпирические науки.

Согласно самой распространенной ныне основной модели организации процесса поиск истины проводится публично в ходе судебного разбирательства в присутствии обвинителя и обвиняемого; результаты предшествующего полицейского и прокурорского расследования носят лишь подготовительный характер и в большинстве случаев не могут быть использованы немедленно и без комментариев, хотя нередко сохраняют значительное влияние. По вопросу наиболее удачной организации хода основного судебного заседания мнения не совпадают⁴⁰, т.е. имеются расхождения между традиционными направлениями континентально-европейского инквизиционного процесса, в новое время испытывавшего влияние прежде всего французского права, и состязательной (*adversarial*) процессуальной моделью в странах *common law*.

Как известно, различаются уже даже представления о том, кто же наилучшим образом подходит на роль лица, делающего претендующее на истину суждение о фактах, важных для подсудимости, т.е. кто должен быть “finder of fact” (*лицом, устанавливающим и оценивающим факты*): имеющие юридическое образование профессиональные судьи или непрофессиональные судьи, собранные *ad hoc*? На решение “за” или “против” системы с участием профессиональных судей или системы суда присяжных оказывают влияние и другие точки зрения, как-то: демократическая легитимация, недоверие по отношению к государственным должностным лицам или к так называемому “народному воспитанию”. Существенным же является, от кого можно ожидать лучших способностей к вынесению решения. Сторонники суда присяжных ссылаются на неиспорченность образованием здравый смысл непрофессиональных судей, большое количество которых (12) и готовность работать открывают якобы путь для самой лучшей оценки доказательств, в то время как восприятие профессиональных судей искажено рутинной⁴¹, и

³⁷ Много ссылок в: Löwe/Rosenberg/Stuckenberg, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 2 Fn. 16.

³⁸ См., например: *Schünemann*. Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur – Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung. 2005. S. 22; *Trüg/Kerner*. FS Böttcher. S. 191, 204 ff. m.w.N.

³⁹ См.: *North Carolina v. Alford*. 400 U.S. 25, 28 ff.; 91 S.Ct. 160; 27 L.Ed.2d 162 (1970), dazu *Schumann*. Der Handel mit Gerechtigkeit. 1977. S. 169 ff.; *Ransiek*. ZIS 2008, 116, 121; *Weigend*. Absprachen in ausländischen Strafverfahren. 1990. S. 70; *Gooch*. 63 Vand.L.Rev. 1755 ff. (2010); *Bibas*, 88 Cornell L.Rev. 1361 ff. (2003). *Alford* признался в убийстве, чтобы избежать смертной казни в случае, если присяжные признают его виновным в убийстве, но отрицал, что он вообще совершил это преступление.

⁴⁰ Критика см.: *Damaška*. Evidence Law Adrift, 1997, S. 74 ff.; *Weigend*, 26 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 157, 158 ff. (2003).

⁴¹ См. об этом: *Schünemann*. FS Pfeiffer, 1988, S. 461, 475 ff.

они скорее ленивы⁴², чем заинтересованы. Критики возражают⁴³, что присяжными легко манипулировать, что они могут оказаться равнодушными, что их решения эмоциональны или вообще необъективны, что им не разобраться в сложных обстоятельствах, в то время как профессиональные судьи благодаря опыту и профессиональной дистанции могут лучше оценить доказательства. К тому же, поскольку вердикт присяжных, как правило, немотивирован, невозможно проверить его рациональность. Трудно обоснованно решить, какую из двух систем следует предпочесть, потому что отсутствует возможность эмпирического сравнения. При этом следовало бы проверить не только, как эти системы работают в идеальных условиях с неограниченными ресурсами времени и денег, но прежде всего повседневную рутину, которой, правда, в англо-американском правовом пространстве почти не осталось, потому что *jury trials* (суд присяжных) стал настолько дорогостоящим, что около 99 % всех процессов завершаются соглашением о признании вины – *plea bargaining*. Кроме того, возникает вопрос, зависит ли функционирование отдельных процессуальных элементов, например участие непрофессиональных судей, от определенного культурного контекста, так что они, возможно, вообще не могут быть “экспортированы”?

Системные различия распространяются и на способ исследования доказательств, что должно бы происходить по возможности шире, чтобы гарантировать, что ни один из релевантных фрагментов реальности не останется непознанным: суд или сам руководит исследованием доказательств, или же оно предоставлено участниками процесса, в то время как суд остается пассивным. Как и в суде присяжных, почти “вопросом веры” становится решение, какой метод выбрать в качестве подходящего для поиска истины: объективно расследующего судью или состязание между сторонами, преследующими каждая свои интересы и этим путем, словно направляемые невидимой рукой рынка, обязанными прийти к объективно оптимальному результату. Оба метода имеют свои сильные и слабые стороны. Тот, кто принципиально не доверяет должностным лицам, вряд ли прислушается к возражению, что в состязательном процессе плохие защитники могут нанести больше вреда поиску истины, чем в ин-

квизиционном процессе, и перекрестный допрос он будет считать величайшим юридическим открытием всех времен⁴⁴. Тот, кто не доверяет власти рынка, заметит, что в состязательной системе обе стороны при определенных обстоятельствах могут быть заинтересованы в сокрытии истины, например в сокрытии невменяемости обвиняемого⁴⁵. В идеальных условиях ведение состязательного судебного процесса, как это видно на примере международных уголовных судов для Югославии и Руанды, безусловно требует намного больше средств и времени. Если дело разбирается в суде присяжных, то представляется целесообразным использовать в высшей степени дифференцированную систему правил, например доказательственное право (*law of evidence*), чтобы воспрепятствовать манипуляциям присяжных. Но инквизиторские процессуальные кодексы тоже содержат правила, основанные на презумпциях качества средств доказывания, например немецкий принцип непосредственности.

Если все признанные важными и имеющиеся в распоряжении доказательства исследованы, то поиск истины зависит еще и от способа оценки доказательств, и от требуемого критерия доказанности. В прошлом, как известно, доверяли обязательным правилам доказывания, следование которым должно было гарантировать правильность судебных решений, начиная с библейской заповеди о двух свидетелях⁴⁶ и вплоть до комплексной теории права доказывания в общем праве (*jus commune*). Эта система оказалась слишком негибкой, да и не может быть столько же много правил, сколько бывает подлежащих разрешению разнообразных дел⁴⁷. Начиная с XIX в. континентальный процесс делает ставку на *свободную оценку доказательств*, которая, однако, свободна только от позитивных или негативных правил доказывания, но, естественно, остается связанной законами логики, а также научными знаниями и эмпирическими формулами, т.е. знаниями, приобретенными на основе опыта. На место обязательных правил, регулирующих ценность доказательства, обязательно должно было прийти заданное условие, определяющее *критерий доказанности*, зафиксированный как внутреннее убеждение, *conviction intime*, которое в современном немецком праве понимается уже не как чисто субъективный опыт, основанный на очевидности, но как опыт,

⁴² См.: *Walpin*. 26 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 175, 181 Fn. 16 (2003) с цитатой из Лангбайна: “*lazy bureaucrat*” (ленивый бюрократ).

⁴³ Обзор см.: *Weigend*. 26 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 157, 164 ff. (2003).

⁴⁴ См., например: *Wigmore*. Evidence in Trials at Common Law, 4th ed. 1974, vol. 5, § 1367.

⁴⁵ См.: *Weigend*. 26 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 157, 171 (2003).

⁴⁶ См.: 5. Mose 17, 6; 19, 15; s.a. Art. 22, 67 CCC.

⁴⁷ См.: *von Savigny*. GA 6 (1858), 469, 485 f.

который должен быть понятным в интересующих отношениях. По существу этому соответствует традиционная формула *common law*: “*proof beyond reasonable doubt*” („доказанность при отсутствии обоснованного сомнения“). Каждый из этих двух критериев является максимальным требованием, потому что в гражданском процессе иногда предъявляют менее высокие требования, например только преобладающая вероятность, *preponderance of evidence* (критерий доказанности в силу наличия более веских доказательств), и претендуют на материальную истину полученного таким образом судебного решения, потому что только не оставляющая никаких сомнений уверенность согласно рационалисту Декарту⁴⁸ является прямо-таки дефиницией (определяющей величиной) истины: разумеется, только в истине уже нельзя усомниться.

Можно ли с помощью этих методов найти материальную истину в уголовном процессе? Пожалуй, но ведь нет даже критерия, чтобы это выяснить. В конечном счете, несмотря на трансцендентное притязание на истину, “исследование истины” продолжает оставаться смелым прагматическим предприятием, т.е. все, что является возможным (а ежели так, то и удовлетворяющим), – это наилучшая согласно решению соответствующего правового сообщества попытка высказать суждения о действительности.

IV. Является ли истина целью уголовного процесса?

Уголовный процесс направлен на то, чтобы вынести решение о возможности применения материальных норм уголовного права, т.е. должно ли быть лицо наказано и как. Поскольку для этого требуется ассерторическое суждение о реальности (а сегодня это имеет место только при вынесении обвинительного приговора), то необходимо исследовать “истину”. Следовательно, исследование истины ради самой истины не есть цель уголовного процесса, но промежуточный этап, необходимый в зависимости от обстоятельств⁴⁹. Когда нередко заявляют, что целью уголовного процесса является справедливый приговор, а истина – предпосылка справедливого приговора⁵⁰,

это означает не что иное, как то, что наложение следующих из приговора правовых санкций, закрепленных в материальном уголовном праве, должно основываться на “истинном” суждении о действительности. Приговор является “справедливым” по смыслу правового государства, если нормы материального права и процессуального права были применены правильно, а к этому относится и истинное установление наличия условий для применения этих норм.

Таким образом, материальная истина служит легитимационной основой для выводов, заложенных в приговоре, во всяком случае до сих пор, потому что поиск истины все более “выходит из употребления”, так как для практики юстиции и для послушной правовой политики в Европе последних двух десятилетий он представляется слишком утомительным, требует слишком больших затрат времени и средств. Поэтому в качестве привлекательных альтернатив высоко ценятся ускоренные и дешевые формы процесса, которые наилучшим образом предоставляют преимущества всем участникам процесса. Однако истину нельзя установить быстро и дешево, поэтому неизбежно возникает вопрос, можно ли заменить истину как легитимационную основу уголовно-правовых последствий хотя бы на соглашение, консенсус участников⁵¹, что, например, однозначно признано итальянской Конституцией⁵². Иногда, ссылаясь на теории консенсуса, предпринимались попытки показать, что истину ведь никто и не заменял, но это неубедительно, поскольку, как уже говорилось, консенсус не является критерием истины и при соглашениях с правосудием значительно меньше, чем в философии. По моему мнению (а я могу здесь только намекнуть, но не излагать подробно), консенсус (а точнее – согласие обвиняемого) не годится в качестве

(2004), 175, 177 Fn. 8 со ссылками на др. авторов; *Hassmer*. *Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit*, in: ders., *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007. S. 153, 155; *Krauß*, *FS Schaffstein*, 1975, S. 411, 422 ff.

⁴⁹ См., например: *Easterbrook*. 12 J. *Legal Stud.* 289, 297 (1983); о немецком праве см.: *Herrmann*. *JuS* 1999, 1162, 1167; *Galardi*. *MDR* 1987, 801, 802; *ders.*, *NStZ* 1987, 419, 420; *Ignor*. *FS BRAK*. S. 321, 332 f.; *Jahn*. *GA* 2004, 272 ff.; *ders.*, *ZStW* 118 (2006), 427, 441 ff.; *Jahn/Müller*, *JA* 2006, 681, 685 f.; s.a. *Lüderssen*. *StV* 1990. 415 ff., 419; *ders.*, *FS Fezer*, S. 531 ff.; *Satzger*. *StraFo* 2006. 42, 48 f.; *Schünemann*. *FS Pfeiffer*, S. 461, 481 ff.; *Weichbrodt*. *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, 2006. S. 75 ff., 113 f.; w. Nachw. bei *Trüg*, *ZStW* 102 (2008), 331, 339 f., 371.

⁵² *Costituzione italiana*. Art. 111 Abs. 5 (“La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”). См. об этом: *Orlandi*. *ZStW* 116 (2004), 120, 121 f.

⁴⁸ *Descartes*. *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637. Цит. по: *Adam/Tannery* [AT], *Œuvres de Descartes*, 1897–1913, AT VI, 31 ff., а также в: *Meditationes de prima philosophia*, 1641, AT VII.

⁴⁹ См.: *Weigend*. 26 *Harv.J.L. & Pub. Pol’y* 157, 169 (2003); *Volk*. *FS Salger*, S. 411, 415; *Radtke*, *GA* 2012, 187 f.

⁵⁰ См.: *Müller-Dietz*. *Z.f.evangel.Ethik* 1971, 257, 260 ff.; *Volk*. *FS Salger*, S. 411, 412, 416 ff.; *Hörnle*. *Rechtstheorie* 35

основы для уголовно-правового вмешательства государства⁵³. Причиной этого не в последнюю очередь является функция истины, как ее описал Никлас Луманн⁵⁴: истина передает представление на основе интересубъективно императивной уверенности; она обязует человека “как человека”. Ей следуют без особых мотивов (как симпатии для принимающего решение, признанию власти и т.д.), просто из-за того, что “таков мир”. Следовательно, “разумный бунт” против истины невозможен. Ее нельзя отрицать, не лишая при этом своего мнения какой бы то ни было социальной релевантности, т.е. тот, кто отрицает истину, тот выставляет себя на посмешище. Другими словами, истина дает нам самое сильное, наилучшее оправдание принимаемого решения. Наоборот, поэтому нужны дополнительные причины, чтобы принять решение, не основанное на истине; во всяком случае согласованные произвольные действия участников процесса, конечно, не являются достаточной причиной для принятия приговора обществом.

⁵³ См. об этом: Löwe/Rosenberg/Stuckenberg, § 257c Rn. 9 со ссылками на др. авторов in Fn. 100.

⁵⁴ Luhmann. Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 22 ff.

Есть и еще один аспект: нормы материального уголовного права сформулированы как кондиционалисы таким образом, что их применение обусловлено определенными суждениями о реальности, т.е. определенными истинными суждениями. Если вынесение наказания без утверждения истины становится обычным делом, то тогда и не утверждается, что наличествуют условия применения нормы, т.е. ее применение становится произвольным. Когда перестают придавать значение реальности, тому, что сделал или не сделал обвиняемый, тогда нормы уголовного права в их традиционной редакции утрачивают смысл и, возможно, когда-нибудь утратят и одобрение общества.

Поэтому уголовный процесс (все равно, в какой именно процессуальной модели,⁵⁵ – в инквизиционной или в состязательной) не может обходиться без серьезных усилий, направленных на поиск материальной истины.

⁵⁵ См. также: Weigend. 26 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 157, 173 (2003); Löffelmann (Fn. 1). S. 101 u. ff. со ссылками на других авторов.