

Н.Н. Ковтун
доктор юридических наук, профессор
Государственный университет – Высшая школа экономики (Нижний Новгород)

Презумпции и фикции уголовно-процессуального права России: технология осознанной лжи

Когда правда и ложь близки, их дети – непредсказуемы!
Леонид С. Сухоруков

Оговоримся, предметом данной работы в принципе не являются вопросы, связанные с понятием, сутью и содержанием фикций или презумпций в той или иной отрасли права, их перечнем или возможными классификациями. Каждый из этих моментов или вся их система в целом, как представляется, в достаточной мере исследованы, как в общей теории российского права, так и в рамках отдельных отраслевых дисциплин¹. В данной связи в качестве определенной методологической основы исследования, как аргументы доказанные и не требующие дополнительных к себе пояснений, мы конвенционально принимаем следующие доводы или тезисы. И правовая презумпция, и фикция:

1. это, прежде всего, особый (достаточно осознанный) технико-юридический прием (способ), явно или в завуалированной форме используемый законодателем в законотворчестве и в правоприменении;

2. это всегда предположение, по сути. Причем вероятность истинности данного предположения может быть, как весьма значительной, нередко приближаясь к абсолютным, неопровержимым значениям (презумпции), так и приближаться, или быть равной абсолютному нулю (фикции права);

3. прямо или косвенно закреплены в нормативно-правовых предписаниях (актах) и, соответственно, выступают в качестве легитимного (нередко, единственно возможного) средства регулирования правовых отношений;

¹ См., напр.: Крымов А.А. Правовые презумпции в уголовном процессе: Дис. ...к.ю.н. – М., 1999. С. 133–135; Курсова О.А. Фикции в российском праве: Автореф. дис. ...к.ю.н. – Н. Новгород, 2001. 21 с.; и др.

4. не только имеют отношение к определенным (изначально презюмируемым) юридическим фактам, но и сами в конечном итоге являются юридическими фактами, вызывая вполне определенные правовые последствия.

Таким образом, названные категории так близко подходят друг к другу по сути, что порой их различие выглядит весьма иллюзорным по сути. Наглядной иллюстрацией последнего, к примеру, является презумпция знания закона, согласно которой (при обсуждении вопросов ответственности) изначально презюмируется, что каждый гражданин государства знает все официально опубликованные законы; что в свою очередь служит абсолютно презюмируемым условием виновной ответственности за их нарушение. Государство, при этом, правда, «стыдливо» замалчивает то обстоятельство, что достижение подобного знания порой не под силу даже весьма искушенным и почтенным юристам. Во-вторых, оно же практически не входит в обсуждение вопроса о том, насколько реально обеспечено право на постижение сути или хотя бы смысла закона, к примеру, в отношении лиц, отбывающих наказание по приговору суда или годами находящихся в коме. Наконец, практически возведенное в абсолют знание закона в принципе не является предметом возможного доказывания обратного в интересах сторон, так как данное знание презюмируется изначально, поскольку, как нам объясняют, иная постановка вопроса была бы крайне опасной для обеспечения стабильности государства и общества.

Согласиться с последним, возможно, и надо. Тем не менее, во многом именно использование в правовом регулировании подобных конструкций, как известно, позволило еще Цицерону обвинить юристов в использовании преднамеренной или достаточно искусно завуалированной лжи. Насколько преднамеренной или завуалированной при этом зависит лишь от того, какое из средств регулирования (фикции или презумпции) преимущественно использует законодатель при конструировании той или иной отрасли права².

² Так, если в отрасли гражданско-правовых отношений большинство юридических конструкций построено именно на применении фикций, то, к примеру, в области уголовно-процессуального права отношение к фикциям и презумпциям несравненно осторожнее.

Нам, правда, указывают объективные критерии, по идее, позволяющие «отличать» фикции от презумпций. Среди них, прежде всего, изначальная преднамеренность и неопровержимость лжи, лежащей в основе того или иного правового явления, а также метод построения (выведения) презумпций и фикций той или иной отрасли права.

Так, если методом выведения презумпций является несколько усложненный метод популярной индукции, т. е. метод обобщения путем простого перечисления (осмысления бесчисленной повторяемости жизненных ситуаций), то фикции – это изначально ложные положения, которые в принципе не могут быть опровергнуты, ибо в этом нет смысла. Соответственно, если презумпции – это предположения, которые не только основаны на связи с реально происходящими процессами, но и в статистическом плане бесчисленное множество раз подтвержденные предшествующим опытом этих явлений (В.К. Бабаев), то фикция – изначально не более чем «технический обман», «юридическая ложь, освященная необходимостью» (Рудольф фон Иеринг).

Таким образом, если методологически точно определяться в назначении презумпций и фикций в правовом регулировании или правоприменительной деятельности, следует исходить из того, что первое – это, достаточно проверенное предшествующим опытом и, как правило, неопровержимое, предположение о существовании каких-либо юридически значимых фактов, событий и обстоятельств, основное назначение которого (во всяком случае – для процессуальных презумпций) в распределении бремени доказывания обратного³. Второе – вообще не предполагает доказывания, ибо все назначение фикций, во-первых, в признании несуществующего факта существующим или, наоборот, существующего обстоятельства несуществующим. Во-вторых, их назначение в обеспечении необходимых связей между нормативными предписаниями, так как за-

³ В данной связи, поскольку указанная (выше) презумпция знания закона в принципе не предполагает распределения бремени возможного доказывания обратного, полагаем, заслуживают внимания доводы как раз тех исследователей, которые именовать это явление фикцией. Кроме того, для примера, французские правоведы, как известно, также не столь категоричны в этих моментах, ибо характеризуют и исследуют указанное правовое положение именно в качестве фактической фикции, а не неопровержимой презумпции.

конодателю значительно проще придать условный правовой режим (определенному) юридическому факту, чем создавать излишне усложненные правовые конструкции, призванные к разъяснению необходимости лжи.

Примеры подобных «признаний» несуществующих фактов и «связок» достаточно легко обнаруживают себя в любой отрасли права, в том числе в действующем уголовно-процессуальном законе. К примеру, определяя в нормах ст. 5 УПК РФ основные понятия и термины уголовно-процессуального права России, законодатель изначально отказывается от методологической точности, предлагаемых им понятий, ибо уяснение точного смысла каждой из норм, приведенных в этой статье, оговаривается специально установленной формулой-фикцией: «...если иное не оговорено» в иных нормах закона. В итоге ряд понятий, приведенных в указанной норме, либо изначально неполны в своих существенных (определяющих) признаках, либо выступают как фикции-связки с алогичными, по сути, предписаниями иных норм УПК РФ.

Отчасти как фикции-связки, используемые для «удобства» в понимании права, могут быть охарактеризованы, к примеру, и нормы, предлагающие понятие свидетеля в уголовном процессе (ч. 1 ст. 56 УПК РФ) или определяющие порядок исчисления сроков, окончание которых приходится на праздничные или выходные дни (ст. 128 УПК РФ). Несмотря на элементы завуалированной лжи в своих предписаниях эти фикции-нормы в конечном итоге, безусловно, полезны, снимая напряженность возможных коллизий в правотворческом или правореализационном процессе.

Равным образом «ложью во благо» выступают нормы закона, обеспечивающие право на обжалование в кассационном порядке решений суда, принятых в рамках оперативного судебного контроля (ст. 108, 125, 165 УПК РФ). Как известно, предметом кассационной проверки выступают исключительно решения (акты) суда, не вступившие в законную силу. Между тем, как решение суда о заключении обвиняемого под стражу, принятое в рамках ст. 108 УПК РФ, так и, к примеру, решения о производстве следственных действий, принимаемые судом по правилам чч. 1-4 ст. 165 УПК РФ, реализуются следственными орга-

нами немедленно по их вынесении судом. Законодатель, как видим, не признает этот существующий факт, обеспечивая право заинтересованным лицам именно на кассационную, а не на надзорную проверку законности и обоснованности их существа. В итоге:

– либо надо честно признать, что обвиняемый заключен под стражу решением суда, которое не вступило в законную силу,

– либо конвенционально признавать их вступающими в законную силу немедленно и соответственно переходить на надзорный порядок проверки их законности и обоснованности;

– либо выстраивать излишне усложненные правовые конструкции, призванные объяснить необходимость осознанной лжи в таком регулировании.

Законодатель не предпринимает усилий ни по одному из предложенных вариантов, используя в правовом регулировании именно фикцию-связку, облегчающую понимание и применение права.

Вместе с тем «ложь во благо», включенная в правовой оборот при помощи норм-фикций, не всегда так безобидна, как представляется. Обратимся, для примера, к надзорному порядку проверки судебных решений, вступивших в законную силу (гл. 48 УПК РФ). В соответствии с ч. 1 ст. 404 УПК РФ надзорная жалоба или представление направляются заинтересованными (частными или публичными) лицами непосредственно в суд надзорной инстанции. Та же надзорная инстанция по буквальному смыслу ч. 1 ст. 406 УПК РФ рассматривает в течение 30 суток указанные жалобу или представление и выносит решение либо о возбуждении надзорного производства, либо об отказе в этом.

Итоговый вывод из указанных норм видится однозначным: именно **суд надзорной инстанции**, по мысли законодателя, выступает единственно легитимным субъектом, как предварительного рассмотрения указанных жалоб и представлений, так и принятия (ранее указанных) итоговых решений по ним. По идее, здесь нет места для фикции, и нормативное регулирование, предложенное законодателем, выглядит оптимальным и вполне сбалансированным. Тем не менее, в указанной нормативной конструкции изначально заложена

ложь. Более того, составляющие указанной лжи, по идее, достаточно известны законодателю. Для аргументации данного тезиса, приведем данные официальной судебной статистики.

Известно, что в качестве легитимного суда надзорной инстанции законодатель, к примеру, указывает президиумы областного (краевого...) суда. Достаточно известен и численный состав указанных президиумов, который в среднем составляет от 7 до 10 судей в каждом суде субъекта РФ (отметим, половина из которых, как правило, не уголовной, а гражданско-правовой специализации).

В 2009 году число надзорных жалоб и надзорных представлений, поступивших на рассмотрение в президиумы судов областного (краевого...) звена, составило почти 181,6 тыс.⁴ Кроме того, в том же 2009 году 55,6 тыс. жалоб и представлений были возвращены заявителям или направлены в другие органы. Наконец, повторно на отказ в возбуждении надзорного производства в те же президиумы областного (краевого...) суда в исследуемом году поступило еще 54,8 тыс. жалоб или представлений⁵. Полагаем, что при помощи несложных арифметических действий в целом возможно вычислить, не только среднемесячную, но и ежедневную нагрузку на указанных судей суда надзорной инстанции, к которым, как уже отмечалось, апеллирует законодатель в нормах ст. 404 и ч. 1 ст. 406 УПК РФ.

Тем не менее, они, как видим, справляются, и даже весьма эффективно. При этом, правда, несколько замалчивается тот факт, что, во-первых, фактически изучают указанные жалобы и принимают итоговые процессуальные решения по ним (в течении указанных 30 суток) не сами судьи надзорной инстанции, а нередко аппарат областного (краевого...) суда, т. е. консультанты или помощники судей. Последние, по сути, лишь проверяют и подписывают проекты готовых решений. Во-вторых, при изучении как постановлений о возбужде-

⁴ Оговоримся, практически аналогичные данные характеризуют работу указанных надзорных инстанций и 2004-2008 гг. Названные данные только потому не приводятся нами, что анализ статистических закономерностей изначально не входит в предмет данной работы.

⁵ См.: Обзор деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2009, 2008, 2007, 2006, 2005 году // Судебный департамент при Верховном суде РФ: Судебная статистика: <http://www.cdep.ru/index.php?id=5&item=326>

нии надзорного производства, так и отказа в этом в подавляющем числе исследованных случаев выясняется, что они вынесены не судьями-членами президиума областного/краевого суда (т. е. – надзорной инстанцией, к которой якобы апеллирует законодатель), а иными судьями этого суда.

Насколько это соответствует конституционному принципу, якобы обеспечивающему право заинтересованных лиц на рассмотрение их дела тем судом и тем судьей, к подсудности которых дело отнесено законом (ст. 47 Конституции РФ), естественно, не обсуждается, поскольку, как утверждается, исследуемое правомочие (каким-то удивительным образом) делегировано указанным судьям⁶. Разумеется, естественно и то обстоятельство, что в силу действия абсолютной презумпции знания гражданами закона, им, видимо, не следует объяснять: насколько суд надзорной инстанции и указанные («проделегированные») судьи тождественны между собой, ибо стабильность и спокойствие в обществе – не предмет для научных дискуссий.

Можно конечно множить примеры применения процессуальных норм-фикций «во благо» закона или граждан, защищаемых им. Однако для нас куда как более продуктивны вопросы о возможной взаимосвязи между фикциями и презумпциями, в том числе внутри одной отрасли права. На первый взгляд подобные зависимости достаточно очевидны и легко просчитываемы практически каждым исследователем этих явлений.

Например, если *презумпция истинности нормативного акта*, прежде всего, означает, что каждый указанный акт содержит правильные правовые предписания, можно с известной долей сомнения ставить и исследовать вопросы о том: насколько названной истинности соответствуют (как уже отмечалось) изначально ложные фикции, составляющие суть тех или иных его предписаний или в целом правовых институтов? Правомерно ли говорить в данной связи именно о презумпции истинности данного акта или речь все же идет о конвенционально согласованной «правильности» его предписаний? По итогам ответов

⁶ См. по этому поводу, напр.: Дикарев И.С. Предварительное производство в суде надзорной инстанции. – М.: Юрлитинформ, 2010. С. 62-68.

на эти вопросы правомерен также вопрос о целесообразности переименования данной презумпции в презумпцию истинности норм, составляющих суть основных его институтов.

Известная процессуальная *презумпция безусловной доказательственной ценности использования определенных средств доказывания* для установления определенных обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу (например, обязательного производства экспертизы; ст. 196 УПК РФ), в свою очередь, ставит вопросы о наличии фикции в норме-принципе, закрепляющей свободу оценки доказательств в уголовном процессе (ст. 17 УПК РФ). Как известно, в соответствии с указанным принципом: никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

Презумпция добросовестности действий (деятельности) следственных органов – во-первых, ставит вопросы о реальном предназначении понятий при производстве целого ряда следственных действий (ст. 170 УПК РФ), призванных, по идее, как раз объективно удостоверить ход и результаты деятельности следователя. Во-вторых, заставляет усомниться в истинности намерений законодателя, настаивающего на объективном существовании данной презумпции.

Презумпция необъективности судьи (суда), подлежащего отводу в силу наличия формальных оснований для отвода, сформулированных в процессуальном законе, заставляет задуматься об истинности и оптимальности норм, согласно которым вопрос о подобном отводе решается этим же судом, при этом, как презюмируется, и объективно, и справедливо.

Диалектическая взаимосвязь презумпций, фикций и аксиом легко обнаруживает себя и в наиболее известной (изученной и разъясненной) презумпции российского уголовно-процессуального права: *презумпции невиновности обвиняемого* (ст. 14 УПК РФ).

Как известно, суть данного нормативного предположения заключается в том, что: «Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда». Юри-

дическое значение, что в целом почти общепризнанно, имеют, как собственно формула данной нормативной конструкции, так и следствия (аксиомы), которые органично из нее вытекают. Среди последних, в том числе достаточно принципиальная аксиома о том, что признать обвиняемого виновным в совершении преступления можно исключительно обвинительным приговором суда.

Однако при буквальном анализе, как названной нормативной конструкции-формулы, так и следствий-аксиом, которые и нее вытекают, во-первых, несколько настораживают те факты, согласно которым просто подавляющее число обвиняемых в итоге признаются все же виновными в совершении преступления. Соответственно, в контексте предлагаемого нам осмысления бесчисленной повторяемости жизненных ситуаций (как метода выведения презумпций) предложенная нормативная конструкция, скорее, предстает как явная фикция, а не правовая презумпция.

В указанном осмыслении не помогает и достаточно озвученный тезис о том, что при опровержении данной презумпции обвинительным приговором суда в отношении конкретного обвиняемого, сама презумпция, как юридический факт, остается не опровергнутой, ибо продолжает действовать в отношении остальных граждан страны. Признаем, в отношении иных граждан страны, она, действительно, действует; в отношении иных обвиняемых – столь же часто и неуклонно опровергается обвинительным приговором суда. В данной связи, либо в формуле данной нормативной конструкции заложена изначальная ложь (фикция), либо ошибочен сам исходный посыл при ее формулировании и законодателю изначальное необходимо было апеллировать именно к гражданам (которые считаются невиновными), а не к обвиняемым, как в исследуемой норме.

Определенная ложь заложена и в одной из определяющих аксиом данной презумпции, а именно: признать обвиняемого виновным в совершении преступления можно исключительно обвинительным приговором суда. Как известно, в суде с участием присяжных заседателей виновность лица в совершении пре-

ступления устанавливается именно вердиктом присяжных⁷, а не обвинительным приговором суда, который, по сути, лишь процессуально «оформляет» этот юридический факт. Законодатель принципиально не замечает диалектику указанной лжи, отчетливо подчеркивая значение данной презумпции, как для распределения бремени доказывания в уголовном процессе, так для граждан.

По идее, надо суммировать. Из изложенного видимо должен следовать вывод о том, что здание права, во многом возведенное из «кирпичиков» фикций и «несущих» конструкций-презумпций, достаточно сложно считать пригодным для жизни. В данной связи достаточно правомерен вопрос о том в силу каких обстоятельств государство и общество в течение тысячелетий проявляют такую заботу, как о сохранности указанных выше конструкций, так и постоянно достраивают целые комплексы новых.

Ответы на эти вопросы, в зависимости от установок того или иного исследователя, могут быть субъективно различны. Поэтому, мы конвенционально отказываемся от построения излишне усложненных конструкций, призванных «исчерпывающе» пояснить указанные выше моменты, и апеллируем непосредственно к достаточно известному высказыванию Шарль Огюстена Сен-Бев: «Я всегда полагал, что, если бы люди хоть на минуту перестали лгать и высказали вслух то, что думают, общество бы не устояло».

В данной связи, если быть до конца принципиальным и честным, остается только признать, что аксиомы, фикции и презумпции изначально являются необходимым (нередко – единственно возможным) материалом для строительства здания той или иной отрасли права. Соответственно, как указанные «кирпичики» права (фикции), так и его несущие, по сути, конструкции (презумпции) обязаны изначально соответствовать установленным СНиПам.⁸

И основная заслуга профессора В.К. Бабаева как раз и заключается в том, что он одним из первых нашел в себе мужество не только признать наличие и

⁷ По буквальному смыслу ч. 1 ст. 334, ч. 1 ст. 339, ч. 7 ст. 343 УПК РФ вопрос о (доказанной) виновности подсудимого отнесен к исключительной компетенции присяжных заседателей, а не «коронного» суда.

⁸ СНиП – строительные нормы и правила: Нормативные и рекомендательные документы по строительству.

использование указанных средств в максимально идеологизированной конструкции советского права, но взял на себя труд действительно объективно и комплексно доказать, что монументальное здание права не может возводиться из неизученных и не поверенных опытом материалах.