

О Т З Ы В

доктора юридических наук, профессора Финкке Мартина на диссертацию Назарова Александра Дмитриевича по теме: «Следственные и судебные ошибки и уголовно-процессуальный механизм их устранения: концептуальные основы», представленную к защите на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.09 – Уголовный процесс

Ошибки в уголовном процессе всегда находятся в центре интереса как уголовной политики, так и судов: ведь они (ошибки), как правильно пишет автор, с одной стороны являются неизбежными, значит, вечно будут, с другой стороны – их можно устранять. При качественной уголовной политике и качественной судебной практике можно минимизировать их тяжесть и число. Из этого осознания следует вечная актуальность этой тематики. Но эта постоянная актуальность в современной ситуации повышена ввиду требований более эффективной борьбы с международным терроризмом, в том числе и средствами уголовного процесса за счет конституционных гарантий. С одной стороны, требование эффективности могло бы привлечь практику к слабому соблюдению процессуальных правил, то есть к росту числа ошибок, с другой стороны, могло бы привлечь уголовную политику к тому, чтобы

уменьшить число правил, и, тем самым, уменьшить число возможных ошибок: чем меньше правил, тем меньше противоправных действий. Таким образом, несмотря на вечную актуальность ошибок именно в наше время эта тематика получила особое значение как в России, так и в Германии или любой другой стране. Везде требуется научный анализ причин ошибок на основе новейшей статистики действительности, из которой следовали бы конкретные рекомендации и для уголовной политики, и для судебной практики, как лучше избежать ошибок. Значит, ожидания огромные и надежда большая к этой диссертации.

Эти ожидания в значительной мере удовлетворяются.

Правда, именно в России уже много ученых занимались ошибками в уголовном процессе, и, кажется, исчерпывающе, как показано в диссертации. В Германии уже давно существует многотомное эмпирическое и криминально-политическое исследование этих ошибок, о котором автор подробно сообщает. Но тем печальным до сих пор был пробел из-за отсутствия полного, всё релевантно охватывающего, системного исследования этого комплекса. Этот пробел восполняет данная диссертация образным путём – ведь она отличается от предыдущих работ не только своим объёмом, но, в первую очередь, своим системным подходом: исходя от дефиниции понятия «ошибка» и от статистической инвентарной их описи, автор проходит через систематизацию их разновидностей к возможностям минимизации числа и тяжести ошибок. Для иностранного учёного особенно интересным является статистическая структура реальности ошибок в сегодняшней России. Релевантность выявления этой структуры очевидна для анализа видов и динамики ошибок в целях их избежания. То же самое касается и причин ошибок, которые, в свою очередь, зачастую являются ошибками и требуют собственной систематизации, как автор это делает, например, разделением в ступенях их непосредственности.

Особенно интересно для немецкого исследователя, что автор своим анализом даёт толчок к процессуальной догматике.

Из всего этого следует, что у меня нет сомнений в научном достижении данной работы, которая вполне заслужит признания как докторской успеваемости. С другой стороны, у меня возникает целый ряд вопросов, в том числе и критических, которые частично, наверно, вызваны не столько подходом индивидуального автора, сколько обычаями российской юриспруденции вообще.

Исходным пунктом моей критики является **определение ошибки**. Это понятие, мне кажется, по-русски охватывает больше, чем параллельное понятие в других языках в смысле, как автор сам пишет, «неправильности в действиях, мыслях», значит, и в смысле нарушении правил (mistake, Fehler), и в смысле заблуждения (error, Irrtum). Даже в Германии, где существуют отдельные понятия (Fehler – Irrtum), смешивают „Justizirrtum“, *Fehlurteil*“, правда, в неюридическом языке. Но в дальнейшем автор ограничивает внимание или даже самое понятие «ошибка» на деянии, таким образом, исключив заблуждение в смысле «человек ошибается». Судья, ошибающийся в праве или в фактах, поэтому не совершает ошибку. Но это не достаточно ясно сказано. Может быть, для автора такое заблуждение является *последствием* ошибки или, в свою очередь, *причиной* ошибки. Но причина или следствие необязательно исключают ошибку. И автор убедительно показывает уровни непосредственности причин: ошибки могут быть причинами и последствиями других ошибок. Далее автор представляет «неправильность» как обязательное свойство ошибки, когда только поведение (действие/бездействие), а не состояние, может быть правильным/неправильным; с другой стороны, заблуждение определяется как именно неправильное представление. Последствие решения этого вопроса является возможностью правомерного заблуждения. Если правомерность является разновидностью правильности, то правомерное «ошибочное» представление исключено. Если объективно неверное установление фактов в приговоре является логично единственным выводом из совокупности собранных доказательств, то заблуждение оправдано как осуждение невиновного? Приговор как действие может быть ошибкой, но если постановлен без каких-либо нарушений, он оправдан даже при осуждении невиновного, но «правомерной ошибкой» быть не может. Желательно было бы больше ясности в этой части определения.

Другая сомнительная часть определения ошибки касается самого **признака неправильности**. Иногда речь идёт о незаконности или необоснованности, о несправедливости, о нарушении закона или принципа законности. У меня возникло подозрение, что, возможно, была бы полезной унификация терминологии с точными дефинициями понятий. Как этот признак относится к противоправности? Как отличается нарушение принципа законности от нарушения закона? Не имеется ли ввиду нарушение права, то есть противоправность? Очевидно, автор не ограничивает нарушение принципа законности содержанием статьи 7 УПК РФ, но даже нарушение этой

статьи тоже является нарушением закона. Я предполагаю, что эта критика относится меньше к автору, а больше к российской традиции, и не исключаю, что у меня не хватает понимания этой терминологии.

При ограничении ошибок от их последствий автор говорит о правильном/неправильном действии и правильном/неправильном результате (стр. 289). Опять о правомерности/противоправности речь не идёт. Оказывается, что правильное действие может быть ошибкой, а именно тогда, если результат «неправильный», и наоборот – может быть, что «правильный» результат «излечит» «неправильность» действия с тем, что последняя теряет характер ошибки? Далее в этом контексте автор противопоставляет «формально правильное» «объективно неправильному». Но противоположность «формального», мне кажется, «материальное», и противоположность «объективного» – это «субъективное». Значит, действие инициируется «объективно» плохим результатом и превращает «только формально правильное» в ошибку? Желательно было бы все это выяснить.

Шкалация ошибок в преступления, процессуально значимые нарушения и другие тоже вызывает сомнения. Во-первых, мне не ясно – являются все 3 категории ошибками и нарушениями принципа законности? Тогда выражение «нарушение принципа законности» излишне. Жаль, что автор исключает преступления из своего обзора. Ведь и они являются нарушениями закона, зачастую процессуального закона. Мне кажется не убедительным, что преступные ошибки требуют особенного анализа. Конечно, открывается новое пространство, если речь шла бы о предупреждении преступности: это поле, конечно, находится вне рамок тематики. Но, с другой стороны, автор слишком категорическим исключением отказывается от шанса изучить двойные функции неких процессуальных действий. Двойной функционалитет означает, что одно и тоже действие/бездействие носит одновременно и процессуальный, и материальный характер. Так, заключение под стражу, как процессуальное действие, может быть допустимым (соответствовать процессуальным нормам) и обоснованным (факты соответствуют предпосылкам), как деяние оправданным (основание оправдания лишения свободы). Процессуальная оценка не меняется, если действие оказывается дополнительно и преступлением. Нарушение права процессуально может дать основание для апелляции, кассации, а материальное основание – уголовной наказуемости или признанием дисциплинарным проступком. Нет, по-моему, основы для исключения преступления как ошибки из системы классификаций и

устранения только потому, что преступления требуют дополнительно ещё другую трактовку.

Что касается **реакцию** на выявления ошибки, то разные методы борьбы с ошибками сравнимы с методами борьбы с преступностью: законодатель может снизить число преступлений и ошибок до нуля, если отменит все уголовные составы (радикальная декриминализация), или отменит все процессуальные нормы: в последнем случае искоренит один тип ошибок, а именно «нарушения УПК». Остаётся, по-моему, только одна норма УПК РФ, которая несёт материально-государственно-правовой характер, а именно обязанность соответствующих органов выяснять подозрения преступления всеми эффективными мерами согласно новейшим правилам криминалистики. Ведь настоящие процессуальные нормы УПК являются только ограничениями такого исследования в пользу защиты конституционных прав. Чем больше таких ограничений «криминалистического следствия», тем больше возникает ошибок (тем более, растёт стремление криминалиста игнорировать правовые барьеры). В этом отношении я не вижу смысла разграничения между нарушениями основных прав человека или гражданина, нарушениями соответствующих норм международного права и УПК и «прочими» нарушениями процессуальных норм.

Исходя из того, что законодатель постоянно ищет разумную линию между эффективностью раскрытия истины и защитой прав затронутых процессом людей, полное устранение ошибок, действительно, невозможно.

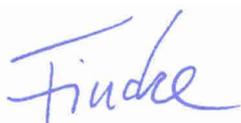
Что касается *устранения*, то помимо *предупреждения* и *избежания* особенный интерес вызывает возможность *исправления* в смысле немецкого *Heilung/ «излечения»*. Ведь есть «излечимые» и «неизлечимые» ошибки. У первых «лечение» нарушения, очевидно, заслуживает приоритет перед использованием ошибки в интересе оспаривания следующих решений или исключения доказательств, собранных «с помощью» ошибки. Но если процесс «страдает» от «неизлечимой» ошибки, его надо прекратить из-за «производственного недостатка» или непреодолимого препятствия. Или доказательство, действительно, надо исключить, если «инфицированное» ошибкой действие невозможно без ошибки повторить (к примеру, принужденный к даче показаний свидетель умер).

Совершенно по-другому ставится вопрос об избежании будущих ошибок. Высокое восхищение заслуживает автор тем, что он умеет сочетать

разные научные направления при строении системы предупреждения ошибок. Но если он говорит о научности своего подхода, то я недосчитываюсь указания на определённую дисциплину. Иногда речь идёт о процессуально-правовой или материально-правовой науках, иногда о так называемой в Германии «криминологии производства», иногда требуется криминальная политология (наука, которая занимается уголовной политикой), и, прежде всего в этой проблеме необходима методика социальной и индивидуальной психологии. Я отнюдь не утверждаю, что автор не соблюдал методику столь разных наук; но было бы желательно чуть подробнее узнать, именно какую методику он имеет в виду, когда он говорит о необходимости научного подхода.

Итак, моя критика в основном впадает в то, что желательна однозначность терминов и их снижение, когда из нескольких терминов остаётся только один. Это сравнительно маленькое желание ввиду огромной системной обработки чрезвычайно важной для разных типов уголовного процесса проблематики. Это основополагающая работа, которая может и должна служить практикам и юстиции, уголовной политике в стремлении минимизировать вред от ошибок.

Автор, безусловно, заслуживает присуждения учёной степени доктора юридических наук по специальности «уголовный процесс».



(Prof. Dr. M. Fincke)