

А.Ф. Лубин

Лубин Александр Федорович — профессор кафедры криминалистики Нижегородской академии МВД России, доктор юридических наук, профессор

E-mail: ale-lubin@yandex.ru

Риски и ошибки в принятии уголовно-процессуальных решений

В статье исследуются относительно новые проблемы, связанные с **ошибками в принятии уголовно-процессуальных решений** при расследовании преступлений. Эти ошибки зачастую являются результатом игнорирования существующих **рисков в доказывании и представлении доказательств**.

In article rather new problems connected with **errors in acceptance of criminally-remedial decisions at investigation** of crimes are investigated. These errors frequently grow out of ignoring of existing **risks in evidence and representation of proofs**.

Рискованность — условие, которое может создать или увеличить возможность различных потерь в ходе расследования. Само расследование опасно по своей природе. Сохранение, а тем более увеличение объема доказательственного материала не может быть достигнуто без риска. Нулевого риска не бывает. Даже ничего не делая, следователь или прокурор-обвинитель принимают на себя риск.

По-видимому, никто из процессуалистов и криминалистов никогда не использовал термин «трение» при расследовании преступлений. Речь идет о понятии, которое ввел в обращение Карл фон Клаузевиц. «Трение — это единственное понятие, которое в общем отличает действительную войну от войны бумажной»¹. По мнению К. Клаузевица, трение в любом деле увеличивает риск многократно. Расследование — это движение в противодействующей среде. Трение расследования — это сопротивление людей, техники, природы. Трение превращает любое действие, легкое с виду, в действие трудное на деле. Не может быть и нельзя ждать абсолютной точности выполнения действий ни от себя самого (следователя), ни от оперативного работника, специалиста и эксперта, тем более — от свидетелей стороны обвинения. Закономерно, что будет расхождение с запланированными сроками и ожидаемыми результатами.

На сегодняшний день процессуалисты и криминалисты в основном придерживаются следующих положений:

1) риск — это «возможность возникновения отрицательных последствий при реализации тактического решения»²;

2) «криминалистический риск — естественный составной элемент следственной деятельности в условиях концентрации проблемных ситуаций, которые постоянно ставят следователя перед необходимостью выбора игрового действия»³;

3) риск — «это специфическое поведение следователя в ходе расследования, направленное на

разрешение задач, отягощенных объективной вероятностью их недостижения, и содержащее возможность наступления отрицательного результата или отрицательных последствий»⁴;

4) «ситуация тактического риска — это специфическое соотношение между возможными способами действий следователя, каждый из которых не гарантирует обязательного достижения поставленной цели, и вероятностными исходами (результатами) их предстоящей реализации»⁵;

5) ситуация тактического риска характеризуется решениями, «когда каждое из решений, из которых требуется сделать выбор, может привести к известному множеству последствий; и решения, принимаемые в условиях неопределенности, то есть когда круг возможных последствий принятия того или иного решения заранее неизвестен или известен не в полном объеме»⁶.

Вряд ли можно согласиться с С.С. Арсентьевой, которая полагает, что в некоторых «простых ситуациях» риск отсутствует. Кроме того, по мнению автора, «бездействие не создает ситуацию тактического риска, а образует обстановку выжидания»⁷. Во-первых, риск может не осознаваться субъектом расследования. Во-вторых, для одного следователя некая ситуация является «простой», для другого — таковой не является. В-третьих, есть сомнения относительно самого термина «криминалистический риск». Известно, что этим термином Г.А. Зорин обозначил все виды риска: 1) тактический; 2) стратегический; 3) судебный; 4) экспертный; 5) оперативно-розыскной; 6) уголовно-правовой; 7) уголовно-процессуальный⁸.

Данный перечень можно продолжать до бесконечности: риски бывают психологические, организационные, материальные, познавательные, методические и т. д. Здесь, на наш взгляд, явное смешение классификационных оснований деления. С одной стороны, имеются в виду уровни принятия решения (тактический и стратегический), с другой — формы дея-

Лубин А. Ф. Риски и ошибки в принятии уголовно-процессуальных решений

тельности: экспертная, оперативно-розыскная, судебная. Иначе говоря, в любой форме деятельности могут быть различные риски по уровню принятия решений — и тактические, и стратегические.

Уголовно-процессуальная тактика, по нашему мнению, может относиться к действиям, направленным: а) на «риск-добывание» доказательств; б) «риск-интерпретацию» (обработку) доказательств; в) «риск-представление» этих доказательств; г) «риск-использование». Риск совершить уголовно-процессуальную ошибку присутствует всегда.

Категория или понятие «ошибка» не нашла законодательного закрепления ни в УК РФ, ни в УПК РФ. Но правовому термину «ошибка» в юридической литературе уделяется значительное внимание⁹. По М.Л. Голубевой, правовая ошибка — «это негативный результат, препятствующий достижению официально провозглашенных целей, прав и свобод, охраняемых законом интересов и характеризующийся последствиями ошибок в виде социального вреда, который причиняется общественным отношениям (дестабилизация существующей экономической системы, политического строя, правового порядка; негативное влияние на эффективность действия норм права в обществе)»¹⁰.

По А.Д. Назарову, «следственная ошибка — это не содержащее признаков уголовно наказуемых деяний незаконное или необоснованное действие или бездействие следователя, осуществляющего предварительное следствие по уголовному делу, выразившееся в неполноте и односторонности исследования им обстоятельств дела, несоблюдение в уголовном процессе конституционных прав и свобод человека и гражданина, существенном нарушении уголовно-процессуального закона, неправильном применении уголовного закона и направленное по субъективному мнению следователя на выполнение назначений уголовного судопроизводства, но объективно препятствующее их достижению»¹¹.

Приведенные определения не противоречат друг другу и соотносятся как общее и частное понятия. Но М.Л. Голубева сделала акцент на результат ошибки, а А.Д. Назаров — на причины ошибки. Такими являются: 1) неполнота исследования обстоятельств дела; 2) односторонность исследования этих обстоятельств; 3) несоблюдение конституционных прав и свобод человека и гражданина; 4) существенное нарушение уголовно-процессуального закона; 5) неправильное применение уголовного закона. На наш взгляд, если данный перечень причин ошибок будет гораздо шире, то и тогда они могут быть классифицированы: а) на ошибки доказывания; б) ошибки принятия решений.

По нашим данным, по Приволжскому федеральному округу каждое четвертое уголовное дело, отправленное прокурору (в суд) с обвинительным заключением, возвращается для исправления ошибок доказывания и принятия решений¹². До 10% случаев, когда выносятся необоснованные ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Более 10% жалоб на не-

обоснованные действия следователя (дознателя) удовлетворяются. В целом до 15% постановлений отменяются как необоснованные. Более 15% следователей ежегодно наказываются в дисциплинарном порядке за нарушение требований закона при производстве предварительного следствия¹³.

Надо признать, что анализ различных ходатайств защитников довольно затруднителен. Защитников, как правило, не убеждает обоснованность (мотивированность) постановлений следователей (дознателей) об избрании мер пресечения (свыше 80%). Но и в самих ходатайствах и жалобах обоснования бывает невозможно проверить — зачастую в этом и был расчет: защитник, «отрабатывая», показывает свою активность¹⁴.

В свое время И.Е. Быховский и Р.С. Белкин весьма резко выступили против концепции «безконфликтного следствия»¹⁵. Авторы этой концепции И.Ф. Пантелеев и С.Г. Любичев даже отрицали правомерность употребления самих терминов «борьба», «конфликт», «соперничество», «противодействие» и др.¹⁶ С.В. Дегтярев также высказался против «мнимой этичности», но воздержался от суждений относительно сущности и видов процессуального и тактического риска¹⁷.

Теоретических представлений о рисках совершить ошибку в уголовно-процессуальной деятельности в целом не существует. К данной проблеме ученые-процессуалисты, насколько известно, не обращались. Каких-либо специальных публикаций на эту тему нет. Но в то же время имеются достаточные основания утверждать, что большинство участников уголовного процесса рискуют, сходясь с объемом доказательств, которыми они располагают, а также в соответствии со своими субъективными свойствами и объективными факторами.

Действительно, сфера доказывания — это область наибольшего риска ошибки в принятии процессуальных решений¹⁸. Р. Гаррис, оберегая субъекта доказывания от риска, отмечал, что «только в безнадежном положении можно рискнуть вообще»¹⁹. Однако при ближайшем знакомстве с книгой Р. Гарриса становится ясно, что автор в принципе не против риска вообще. Он против необоснованного риска, который, как правило, связан с грубыми ошибками в доказывании. При этом он указывал: «Для того, кто учится только на практике, ошибки будут общим правилом, а избежание ошибок — счастливой случайностью». Иначе говоря, одна практика, без научных знаний, может только «развить и укрепить небрежность и неискусные приемы». Практика без теории «больше приучает к ошибкам, чем отучает от них»²⁰.

Известный юрист, публицист и судебный оратор А.Ф. Кони процитировал французского криминалиста Ортолана: «Честный гражданин еще может не попасть под действие дурных уголовных законов, он не лишен риска попасть дурного отправления правосудия, при котором самый обдуманный и справедливый уголовный закон обращается в ничто». Далее А.Ф. Кони отмечает: «Но опасности, грозящие

выработке правильного приговора, могут исходить не только из личных свойств судьи, — они могут лежать вне судьи, влияя пагубным для правосудия образом на спокойствие решения и его независимость от посторонних личных соображений»²¹.

Т.Н. Москалькова неоднократно связывала проблемы рискованных процессуальных решений с вопросами этики и нравственности в уголовном процессе. Например, неотложный характер отдельных следственных действий не позволяет заранее получить судебное решение на их проведение. Автор, говоря о субъектах расследования и суде, оперирует термином «зона риска». В такой же «зоне риска» находятся потерпевшие, свидетели и другие участвующие в деле лица²².

Риск-расследование — это концепция приемлемого риска при достижении цели уголовного процесса, а именно — для формирования системы доказательств по уголовному делу.

Чем больше следователь научен и подготовлен рисковать, тем вероятнее, что последствия не будут разрушительны. Риск — всегда субъективен. Риск — всегда вероятность, но вероятность не всегда риск.

Негативные последствия риска не появляются внезапно. Существует несколько последовательных фаз развития-изменения ситуации (деятельности): 1) накопление отклонений от нормы; 2) возникновение ситуации «редкого» события, действия; 3) появление «спускового механизма» — «толчкового» события лавинообразного роста негативных факторов. Поскольку защищаться от рисков глобально невозможно, то необходимо говорить о тактике «переформатирования» рисков — тактике замены одного высокого риска на другие, более мелкие. Такая тактика необходима и в досудебном производстве, и в ходе судебного разбирательства. В качестве информационно-ресурсов для правильной оценки риска и принятия решений выступают:

1) данные об участниках уголовного процесса, непосредственно вовлеченных в доказывание по уголовному делу как со стороны обвинения, так и защиты;

2) сведения об уязвимых (слабых) местах доказательственной базы, например, стороны защиты;

3) сведения относительно возможностей и вероятного поведения стороны защиты в стадии судебного разбирательства;

4) сведения о частоте вероятности прохождения в суде аналогичных доказательственных баз (по аналогичным уголовным делам).

Примечания

1. Клаузевиц К. О войне. — М.; СПб., 2003. — С. 85.
2. Белкин Р.С. Курс криминалистики: В 3 т. — М., 1997. — Т. 3. — С. 191.
3. Зорин Г.А. Использование криминалистических игр, инверсий, эффектов и тактических ловушек при расследовании, обвинении и защите по уголовным делам. — М., 2002. — С. 202.

4. Яблоков Н.П. Общие положения криминалистической тактики // Криминалистика. — 2002. — С. 192.

5. Драпкин Л.Я. Основы теории следственных ситуаций. — Свердловск, 1987. — С. 135.

6. Эксархопуло А.А. Основы криминалистической теории. — СПб., 1992. — С. 112.

7. Арсентьева С.С. Криминалистический риск и тактические решения // Проблемы раскрытия преступлений в свете современного уголовного процессуального законодательства. — Екатеринбург, 2003. — С. 13.

8. См.: Зорин Г.А. Указ. соч. — С. 202.

9. См., например: Голубева М.Л. Ошибка как категория правоведения // Актуальные проблемы юридической науки: итоги научных исследований аспирантов и соискателей: Сборник научных трудов. — Н. Новгород, 2008. — С. 21—27; Арсентьева С.С. Указ. соч. — С. 11—14; и др.

10. Голубева М.Л. Судебная ошибка: теоретико-прикладной анализ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 7—8. Автор уточнила дефиниции правотворческой, правоприменительной и правоинтерпретационной ошибок (с. 8).

11. Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. — СПб, 2003. — С. 19.

12. Здесь и далее эмпирические данные получены в Ханты-Мансийском автономном округе и в Приволжском федеральном округе в период 2006—2009 годов.

13. Сходные данные ранее были получены по Красноярскому краю. См.: Назаров А.Д. Указ. соч. — С. 10—43.

14. Возможно, что в частных случаях, например, в вопросах наличия алиби, логичен переход бремени доказывания к стороне защиты. «Кто утверждает, тот должен и доказывать».

15. См.: Быховский И.Е. Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 1975. — С. 15; Белкин Р.С. Указ. соч. — С. 80—85.

16. См.: Пантелеев И.Ф. Некоторые вопросы психологии расследования преступлений // Труды ВЮЗИ. — М., 1973. — Вып. XXIX. — С. 223; Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1976. — С. 6—7.

17. См.: Дегтярев С.В. Криминалистическая тактика (через призму следственных ошибок): Курс лекций. — Н. Новгород, 2002. — С. 15.

18. Р.С. Белкин считал термины «доказывание» и «расследование» синонимами. Например, формулируя определение следственной ситуации, Р.С. Белкин писал: «Следственная ситуация — это совокупность условий, в которых в данный момент осуществляется расследование, то есть та обстановка, в которой протекает процесс доказывания» (Белкин Р.С. Указ. соч. — С. 70).

19. Гаррис Р. Школа адвокатуры. — Тула, 2001. — С. 10.

20. Там же. — С. 11—12.

21. Кони А.Ф. Уголовный процесс: нравственные начала. — М., 2000. — С. 7, 12—13.

22. См.: Москалькова Т.Н. Нравственные основы уголовного процесса: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 1997. — С. 168, 285. См. об этом: Юнусов А.А. Обережение участников уголовного процесса и их близких: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1998; и др.