

ФЕДЕРАЛЬНОЕ АГЕНТСТВО ПО ОБРАЗОВАНИЮ
ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

В.А. Лазарева

**ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ
В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ**

*Утверждено Редакционно-издательским советом
университета в качестве учебного пособия*

Самара
Издательство «Самарский университет»
2007

УДК 343.1
ББК 67.99(2)8
Л 171

Рецензенты:
Палата адвокатов Самарской области;
Самарский областной суд

Л 171 **Лазарева В.А.**

Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России: учеб. пособие / В.А. Лазарева; Федеральное агентство по образованию. — Самара: Изд-во «Самарский университет», 2007. — 303 с.

ISBN 978-5-86465-379-1

Данное пособие содержит анализ основных институтов нового уголовно-процессуального права сквозь призму его современной состязательной формы, акцентирует внимание на актуальных теоретических и практических проблемах доказывания по уголовному делу. В работе использованы практический опыт работы автора в сфере уголовного судопроизводства в качестве прокурора и адвоката.

Предназначено для студентов и аспирантов юридического факультета, представляет интерес для следователей, прокуроров, адвокатов и судей.

УДК 343.1
ББК 67.99(2)8

ISBN 978-5-86465-379-1

© Лазарева В.А., 2007
© Самарский государственный университет, 2007
© Оформление. Издательство «Самарский университет», 2007

ВВЕДЕНИЕ

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации все еще находится в стадии реформирования, вызванного глубинными преобразованиями российского общества и государства. Изменение приоритетов в соотношении интересов государства и личности в пользу личности, открытое провозглашение на конституционном уровне приверженности России идеалам правового государства не могло не повлиять на характер уголовного судопроизводства, общую гуманизацию его принципов. Все большее распространение получают взгляды на уголовный процесс как на систему гарантий прав и свобод личности от произвола органов государственной власти.

Вступивший в действие 1 июля 2002 года новый Уголовно-процессуальный кодекс России знаменует собой решительный шаг уголовного судопроизводства в указанном направлении. Закрепление в качестве назначения уголовного судопроизводства защиты прав и законных интересов личности, в том числе и от необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, изменение системы принципов уголовного судопроизводства свидетельствуют о формировании новой концепции уголовного судопроизводства как процесса охранительного типа, направленного на защиту прав и свобод человека и гражданина.

Разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10 Конституции РФ) потребовало и пересмотра взглядов на роль судебных органов в системе управления общественными процессами, вызвало необходимость научного осмысления самого понятия судебной власти, функций и форм ее реализации и закономерно привело к признанию судебной власти основной силой, обеспечивающей права и свободы человека и гражданина. Судебная защита интересов личности постепенно выдвигается на первое место в системе государственных гарантий прав и свобод личности¹. В этой связи

¹ Этим проблемам посвящены ранее изданные работы автора. См.: Лазарева, В.А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе / В.А.Лазарева. — Самара: Изд-во «Самарский университет», 1999; Она же. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. — Самара: Изд-во «Самарский университет», 2000 и другие.

неизбежен пересмотр роли суда и в уголовном процессе: суд становится независимым от кого бы то ни было субъектом особых полномочий, способным объективно и справедливо рассмотреть и разрешить уголовное дело.

Два названных фактора — права человека и независимость суда — не могли не оказать своего влияния на многочисленные институты реформируемого уголовно-процессуального права. Однако разработка нового УПК осуществлялась представителями различных теоретических взглядов, направлений и школ, что требовало от рабочей группы достижения определенного компромисса. Поэтому многие положения УПК РФ закономерно отражают воззрения, сформированные не просто в условиях действия иного закона, но в условиях иной правовой и социальной реальности. В то же время годы действия нового закона не могли не сказаться на изменении процессуального мышления.

Формирующаяся новая правовая реальность настоятельно требует отказа от догматических представлений об основных уголовно-процессуальных институтах, препятствующих их эффективной реализации. Исследование многочисленных проблем уголовного судопроизводства, возникающих в новых социальных и правовых условиях, сквозь призму современных научных представлений о судебной власти и ценности человеческой личности представляется одной из наиболее актуальных задач современной науки. Наиболее важное место среди таких проблем занимают вопросы организации процесса доказывания.

Уголовный процесс, как известно, есть форма реализации уголовного права: он направлен на раскрытие преступления, на установление тех его свойств и признаков, которые признаются юридически значимыми, т.е. имеющими значение для правильного применения уголовного закона и разрешения уголовного дела. Процесс установления фактических обстоятельств преступления, выявления и изобличения совершившего преступление лица в науке уголовного процесса принято называть **доказыванием**. Уголовно-процессуальные нормы, регулирующие этот процесс, образуют доказательственное право.

Основные нормы доказательственного права сконцентрированы в главах 10 (Доказывание) и 11 (Доказательства) УПК РФ, однако они неразрывно связаны со всеми иными уголовно-процессуальными нормами и институтами, направлены на реализацию назначения уголовного судопроизводства, служат достижению задач, стоящих перед отдельными его этапами, подчиняются принципам уголовного процесса. Участники процесса доказывания реализуют права и обязанности, предусмотренные уголовно-процессуальным законом, на них в пол-

ном объеме распространяются уголовно-процессуальные гарантии. В процессе доказывания неизбежно и применение мер процессуального принуждения. В связи со сказанным к доказательственному праву относятся и нормы, структурно находящиеся в других разделах УПК, но регулирующие процесс доказывания. Таковы, в частности, нормы, устанавливающие общие правила производства следственных действий и каждого следственного действия в отдельности, порядок судебного следствия, особенности оценки доказательств на отдельных стадиях уголовного процесса и некоторые другие.

Таким образом, **доказательственное право** можно определить как часть уголовно-процессуального права, состоящую из совокупности норм, определяющих цели, предмет, порядок и содержание доказывания, т.е. деятельности по установлению события преступления, совершившего его лица и других обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Специфическим **предметом доказательственного права** являются те общественные (уголовно-процессуальные) отношения, которые связаны с деятельностью, направленной на установление обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, состоящей в собирании, проверке и оценке доказательств.

Доказывание пронизывает все этапы уголовно-процессуальной деятельности, составляет основную часть, сердцевину процессуальных обязанностей органов уголовного преследования. Наибольшее число допускаемых в следственной и судебной практике ошибок связаны с односторонностью или неполнотой исследования обстоятельств дела, неправильной оценкой обнаруженной информации и, как следствие, необоснованными процессуальными решениями. Основная причина этих ошибок — слабое владение процессуальными и тактическими приемами доказывания, искажение сущности предписаний доказательственного права. Изучением проблем доказывания занимается теория доказательств.

Теория доказательств — часть науки уголовного процесса, изучающая методологические и правовые основы доказывания. Теория доказательств — наиболее спорная, дискуссионная часть уголовного процесса, что объясняется значимостью доказывания для достижения задач уголовного судопроизводства, неразрывной связью процесса доказывания с системой принципов уголовного процесса, острой потребностью в реализации конституционных положений о приоритете прав и свобод человека и гражданина.

Предметом теории доказательств являются не только нормы доказательственного права в их историческом развитии, но и практическое

осуществление, т.е. правоприменительная деятельность участников уголовного судопроизводства. Теория доказательств изучает также общие закономерности образования, восприятия и передачи доказательственной информации: механизм отражения преступления в окружающем мире, перенос информации со следов преступления в материалы уголовного дела, характер связей следов преступления с самим преступлением. Познание этих закономерностей позволяет постичь смысл норм доказательственного права, систематизировать их на научной основе.

Теория доказательств — наиболее развитая часть процессуальной науки. Ее проблемы исследовались такими крупными теоретиками советского и постсоветского периода, как Л.Б.Алексеева, В.Д.Арсеньев, Р.С.Белкин, В.П. Божьев, А.И.Винберг, В.Я.Дорохов, Ц.М.Каз, Л.М.Карнеева, Л.Д.Кокорев, В.М.Корнуков, С.В.Курылев, А.В.Кудрявцева, А.М.Ларин, И.М.Лузгин, П.А.Лупинская, Ю.А.Ляхов, Г.М.Миньковский, Т.Н.Москалькова, Я.О.Мотивиловкер, И.Б.Михайловская, Ю.К.Орлов, И.Л.Петрухин, А.Р.Ратинов, Р.Д.Рахунов, А.Б.Соловьев, М.С.Строгович, В.Г.Танасевич, А.А.Тарасов, А.И.Трусов, Ф.Н.Фаткуллин, М.А.Чельцов, А.А.Хмыров, М.П.Шаламов, С.А.Шейфер, А.А.Эйсман, П.С.Элькинд, Н.А.Якубович и многие другие.

Однако цель теории доказательств как науки состоит не только в выработке адекватных представлений о сути происходящих в доказывании процессов, но и в создании определенных алгоритмов уголовно-процессуальной деятельности, повышающих ее эффективность. Теория доказательств не сможет выполнить этой роли, если не будет находиться в постоянном развитии, поскольку она изучает развивающиеся явления. Современная реформа уголовного судопроизводства концептуальна: происходит замена розыскного процесса процессом охранительного типа. Смена парадигмы обусловлена глубинными общесоциальными гуманистическими процессами. Идея прав человека, завладевшая массовым, в том числе процессуальным, сознанием, предопределяет назначение уголовного судопроизводства и формирует концепцию справедливой процедуры, одним из признаков которой считаются состязательность и равноправие сторон.

Признание уголовного судопроизводства состязательным процессом оживило научную дискуссию о содержании основных категорий доказательственного права, к числу которых, в первую очередь, относятся понятия доказывания и доказательства. Рассмотрению этих и связанных с ними вопросов и посвящено настоящее исследование.

ЧАСТЬ 1.

ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО

ДОКАЗЫВАНИЯ

ГЛАВА 1.

Конституционные и гносеологические основы теории доказательств. Понятие и цель доказывания

§1. Назначение уголовного судопроизводства и его взаимосвязь с доказательственным правом

Исходя из того, что доказательственное право есть составная часть уголовно-процессуального права, следует признать, что оно подчинено его целям и задачам или, говоря языком нового УПК, его назначению. Поэтому прежде чем мы перейдем к исследованию институтов доказательственного права, необходимо рассмотреть вопрос о назначении уголовного судопроизводства.

Новый Уголовно-процессуальный кодекс РФ принципиально иначе, чем прежде, определяет назначение уголовного судопроизводства. В соответствии со статьей 2 УПК РСФСР 1960 года, задачами уголовного судопроизводства считались быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных, обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы ни один виновный не избежал ответственности и наказания и ни один невиновный не был необоснованно привлечен к уголовной ответственности и осужден. Уголовное судопроизводство должно было также способствовать воспитанию граждан в духе неуклонного исполнения законов и правил человеческого общежития.

С тех пор в обществе и общественном сознании произошли глубокие изменения, которые не могли не отразиться на понимании смысла и задач уголовного процесса. Уголовное судопроизводство — один из видов государственной деятельности, поэтому оно осуществляется в соответствии с общим политическим строем государства, а его принципы тесно связаны с общими началами государственного устройства и характеризуют степень его цивилизованности.

Понять назначение уголовного судопроизводства можно, только осознав ту роль, которую играет в современном обществе его основной субъект — орган судебной власти.

Судебная власть есть ветвь государственной власти, следовательно, она выполняет одну из внутренних государственных функций, пере-

чень которых не оставляет сомнений: роль и назначение судебной власти заключаются в охране и защите прав и свобод человека и гражданина. Подтверждение этому легко находим в Конституции РФ:

ст.18 – права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и **обеспечиваются правосудием;**

ст.46 – каждому гарантируется судебная защита прав и свобод. Решения и действия органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд;

ст.52 – государство обеспечивает потерпевшим от преступлений и злоупотреблений властью доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба.

Приведенные правовые положения конкретизируют и гарантируют основной из провозглашенных в Конституции РФ принципов российского государства: **человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства.**

Признание функцией судебной власти защиты прав и свобод человека и гражданина играет ключевую роль в определении задач уголовного судопроизводства как **формы (способа) осуществления судебной властью этой функции.**

Содержанием уголовного процесса является расследование и рассмотрение дел о преступлениях, т.е. о таких общественно опасных деяниях, которые грубо вторгаются в личную жизнь, посягают на наиболее значимые для человека ценности – жизнь, здоровье, личную неприкосновенность, честь и достоинство, защита которых гарантирована государством (ст.2 Конституции). Сам факт совершения преступления свидетельствует о том, что **государство** не выполнило взятую на себя обязанность по защите личности, следовательно, оно **обязано теперь обеспечить жертвам преступлений возмещение причиненного им ущерба, восстановить нарушенные права.**

С другой стороны, уголовный процесс создает серьезную угрозу благополучию и жизненно важным интересам лица, заподозренного или обвиненного в совершении преступления. Грозящая обвиняемому уголовная ответственность есть не что иное, как реальная возможность существенного ограничения его прав и свобод. Пока правомерность такого ограничения не доказана в установленном законом порядке, интересы обвиняемого нуждаются не в меньшей защите, чем интересы

потерпевшего. Исходя из этого, **важнейшей задачей уголовного процесса следует считать защиту прав и свобод личности** независимо от занимаемого ею процессуального положения.

Именно так и сформулировано назначение уголовного судопроизводства в части первой статьи шестой нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. Это:

1) защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления;

2) защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

Назначение уголовного судопроизводства двуедино — ему в равной мере соответствуют уголовное преследование виновных и назначение им справедливого наказания, и отказ от уголовного преследования невиновных, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

Реализации такого назначения уголовного судопроизводства способствует новая система принципов уголовного процесса. Перечень принципов уголовного судопроизводства не оставляет сомнений в тех ценностях, которые подлежат первоочередной защите — уважение чести и достоинства личности (ст.9), неприкосновенность личности (ст.10), охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст.11), неприкосновенность жилища (ст.12), тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст.13). Гарантими названных ценностей являются другие принципы уголовного процесса, определяющие форму организации судопроизводства (состязательность — ст.15) и методы его осуществления (законность — ст.7, обеспечение обвиняемому права на защиту — ст.16, свобода оценки доказательств — ст.17, язык уголовного судопроизводства — ст.18, право на обжалование процессуальных действий и решений — ст.19).

Изложенное не является основанием для отрицания публичного характера уголовно-процессуального права, но позволяет признать, что обеспечение прав и свобод человека и есть высшее проявление публичного интереса².

² Аналогичные взгляды на назначение уголовного судопроизводства высказывает И.Б.Михайловская. См.: Михайловская, И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И.Б.Михайловская. — М.: Проспект, 2006. — С.9-22. Однако в современной науке имеются и противоположные мнения. В частности, А.С.Барабаш пишет: «Мы из крайности, свойственной советскому

Отдельного внимания заслуживают взаимосвязанные принципы презумпции невиновности (ст.14) и осуществления правосудия только судом (ст.8).

Принцип презумпции невиновности определяет статус лица, действия которого стали предметом внимания органов уголовного преследования и суда. Лицо считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана в установленном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Это положение применимо как к подозреваемому и обвиняемому, так и к осужденному и оправданному, отсутствие вступившего в законную силу обвинительного приговора означает право лица на обращение с ним как с невиновным, несмотря на сколь угодно убедительные доказательства его вины. Значение презумпции невиновности раскрывается через ее взаимодействие с фактическими презумпциями, позволяющими применять к лицу принудительные меры (задержание и меры пресечения) до вступления приговора в законную силу. Требование закона о наличии специальных оснований для задержания подозреваемого и достаточности оснований для применения меры пресечения к обвиняемому, установление предельного срока содержания под стражей без судебного решения, порядка заключения под стражу и продления срока содержания под стражей, особые условия заключения под стражу до предъявления лицу обвинения и т.д. и т.п. призваны обеспечить паритет двух составляющих назначения уголовного судопроизводства.

Презумпция невиновности оказывает влияние на организацию и осуществление уголовно-процессуальной деятельности, диктует такие условия производства по уголовному делу, при которых обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Обязанность доказать виновность обвиняемого и опровергнуть доводы защиты возложены на органы уголовного преследования. Недоказанная виновность приравнивается по своим правовым последствиям к доказанной невиновности, а неустранимые сомнения в доказанности обвинения толкуются в пользу обвиняемого.

периоду развития уголовного процесса, когда преобладали государственные интересы при реализации уголовно-процессуальной деятельности, бросаемся в другую, видя назначение уголовного процесса только в соблюдении *частных интересов*» (курсив мой. — В.Л.). Барабаш, А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление/ А.С.Барабаш. — СПб.: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — С. — 98.

Опровергнуть презумпцию невиновности, то есть признать лицо виновным в совершении преступления и подвергнуть его уголовному наказанию, вправе только суд, единственный орган, осуществляющий правосудие (ст.8 УПК). Столь высокая роль суда не мыслима без гарантий судейской независимости, обеспечивающих объективное и непредвзятое рассмотрение и разрешение уголовного дела. Такая независимость требует четкого разделения процессуальных полномочий суда и органов предварительного расследования и прокуратуры, размежевания процессуальных функций обвинения, защиты и разрешения дела.

Российский уголовный процесс традиционно считается процессом смешанного (континентального) типа, то есть таким, в котором досудебное и судебное производство строятся на разных принципах. В таком процессе инквизиционное (розыскное) предварительное расследование сочетается с состязательным судебным разбирательством. Введенный в ходе реформы уголовного судопроизводства судебный контроль над законностью действий и решений органов предварительного расследования, а также допуск защитника в предварительное расследование фактически с момента возбуждения уголовного дела, несомненно, свидетельствуют о внедрении в досудебное производство элементов состязательности. Однако меняет ли это природу нашего предварительного расследования?

Думается, что для такой постановки вопроса нет оснований. Наше предварительное расследование по-прежнему не является состязательным, вся процессуальная деятельность и практически вся процессуальная власть в досудебном производстве³ сосредоточены в руках следователя, дознавателя, прокурора. Именно они производят следственные и некоторые иные процессуальные действия, направленные на создание комплекса доказательств, с помощью которого государственный обвинитель в состязательном судебном процессе обосновывает предъявленное подсудимому обвинение. Возникающие в ходе досудебного производства вопросы, в том числе жалобы и ходатайства участников уголовного процесса, разрешаются, как правило, самим органом расследования. Однако честное признание дознавателя и следова-

³ В науке обосновано мнение о том, что характеру этой деятельности более соответствует название «предварительное производство». См.: Кобзарев, Ф.М. Проблемы теории и практики процессуальных и организационных отношений прокуратуры и суда в сфере уголовного судопроизводства: автореф. дис.... д-ра юрид. наук / Ф.М.Кобзарев. — М., 2006. — С.16.

теля субъектами функции уголовного преследования позволяет и само осуществляемое ими расследование рассматривать как форму уголовного преследования, а не как полное, объективное и всестороннее исследование обстоятельств дела, провозглашаемое раньше ст. 20 УПК РСФСР 1960 года. Такой характер предварительного расследования и обусловил потребность в судебном контроле над законностью процессуальных действий и решений, ограничивающих конституционные права и свободы личности, а также расширение возможностей участия защитника в досудебном производстве.

Права стороны обвинения и защиты в нашем досудебном производстве не равны. Сторона обвинения, которая несет на себе все тяготы, обусловленные обязанностью доказывания, должна иметь такие полномочия, которые позволяли бы эффективно ее выполнять. Сторона защиты в лице обвиняемого и защитника имеет гораздо меньше полномочий, но она и освобождена от обязанности доказывания. Таким образом, неравенство прав сторон в досудебном производстве компенсируется неравным же распределением обязанностей. Можно сказать, что обвиняемый защищен не столько своими правами, сколько обязанностями, возложенными на субъекты уголовного преследования.

Реальное состязание сторон в полной мере возможно лишь в судебном разбирательстве, где появляется независимый от сторон арбитр, который в силу прямого указания ст. 15 УПК не является органом уголовного преследования. Независимый суд принимает решение исключительно по своему внутреннему убеждению, по закону и совести (ст. 17 УПК). Поскольку основанием внутреннего убеждения является совокупность имеющихся в деле доказательств, независимость суда от предварительных выводов органов уголовного преследования, а следовательно, и от предварительной оценки ими доказательств обеспечивается исследованием всех доказательств в судебном разбирательстве в присутствии и с участием обеих сторон (ст. 246-250 УПК). Независимость суда обеспечивается также равенством прав сторон в судебном разбирательстве (ст. 244 УПК), которое призвано нейтрализовать преимущества стороны обвинения, обусловленные ее правами в стадии предварительного расследования.

Как видим, независимость суда и состязательность уголовного судопроизводства взаимообусловлены. Подлинная состязательность невозможна без беспристрастного анализа судом представляемых сторонами аргументов, но независимость суда не может быть реализована в условиях неравенства сторон.

Конституционно обусловленные и закрепленные новым УПК РФ взаимосвязанные назначение и принципы уголовного судопроизводства не могли не оказать влияния на изменение представлений об институтах

доказательственного права. Доказательства и доказывание в состязательном уголовном процессе не могут быть поняты на основе теоретических конструкций, выработавшихся в условиях иной реальности, иного судопроизводства. Являясь институтами уголовно-процессуального права, доказательства и доказывание служат его назначению и подчиняются его принципам.

§2. Уголовный процесс как познание

Уголовно-процессуальная деятельность, как было сказано, направлена на установление обстоятельств совершенного преступления, то есть носит познавательный характер. Уголовно-процессуальное познание есть частный случай познания объективной действительности, протекающий по законам познания с соблюдением логических правил раскрытия истины⁴. Рассмотрим, каким путем следователь и суд получают знания о преступлении.

«Источников человеческого познания только два, — писал В.Д.Спасович, — опыт и разум, иными словами, прямое наблюдение познаваемого и умозаключение»⁵. Постигание человеком объективной действительности осуществляется путем чувственного, или эмпирического, познания и логического, или рационального, мышления⁶. Известно, что событие преступления не наблюдаемо, оно всегда существует в прошлом, и ни следователь, ни судья не были тому свидетелями, но если бы и были, то не могли бы вести по делу ни следствие, ни судебное разбирательство. Это событие оставило определенные следы в окружающем мире, познав которые следователь и суд получают возможность восстановить картину события. Познание обстоятельств совершенного преступления посредством познания его следов (например, последствий) является опосредованным познанием. В то же время некоторые из этих следов следователь и суд могут наблюдать непосредственно: например, следователь непосредственно (т.е. с помощью своих органов чувств) воспринимает обстановку места совершения преступления, повреждения мебели, двери, телесные повреждения на трупе, брошен-

⁴ См.: Старченко, А.А. Логика в судебном исследовании / А.А.Старченко. — М.: Госюриздат, 1958. — С. 6; Белкин, Р.С. Криминалистика и доказывание / Р.С.Белкин, А.И.Винберг. — М.: Юридическая литература, 1969. — С.7.

⁵ Спасович, В.Д.О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством / В.Д.Спасович. — М.: ЛексЭст, 2001. — С.6.

⁶ См.: Белкин, Р.С. Указ. соч. — С.7.

ное тут же орудие преступления. Часть этих следов доступна непосредственному восприятию и судьи (орудие преступления, приобщенное к делу в качестве вещественного доказательства, подлежит осмотру в судебном заседании при рассмотрении уголовного дела). Однако многие обстоятельства совершенного преступления непосредственному восприятию следователей и судей вообще недоступны в силу ненаблюдаемости таких подлежащих установлению обстоятельств, как мотив, цель, вина (умысел или неосторожность). Преступление может не оставить следов, а сохранившиеся следы могут быть неинформативны⁷. Наконец, следователь может эти следы не обнаружить. Все это ограничивает и без того небольшие возможности непосредственного познания преступления как события прошлого. Поэтому основной способ познания обстоятельств совершенного преступления имеет опосредованный, рациональный, логический характер.

В теории уголовного процесса существуют два направления в определении характера уголовно-процессуального познания. Одни авторы полагают, что это познание является исключительно опосредованным⁸, другие же находят в нем место и для непосредственного познания⁹. В то же время замечено, что хотя непосредственное и опосредованное

⁷ Познавательная деятельность исследуется процессуалистами сквозь призму теории отражения как всеобщего свойства материи. Преступление отражается в окружающем мире, взаимодействует с ним и оставляет следы, содержащие информацию. Орган расследования в процессе обнаружения этих следов отражает ее в своем сознании, а затем в материалах уголовного дела. Познавательный процесс, таким образом, это процесс обнаружения, извлечения, накопления, переработки, передачи и использования информации, образовавшейся как результат взаимодействия преступления с окружающим миром. См. об этом: Арсеньев, В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств./В.Д.Арсеньев. — М.: Юридическая литература, 1964; Трусов, А.И. Судебное доказывание в свете идей кибернетики/А.И.Трусов//Вопросы кибернетики и право. — М.: Наука, 1967; Белкин, Р.С. Указ.соч. и др. работы.

⁸ См.: Фаткуллин, Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания/Ф.Н.Фаткуллин. — Казань. Изд-во Казан. ун-та, 1976. — С. 16; Шаламов, М.П. Теория улик /М.П.Шаламов. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 6; Каз, Ц.М. Субъекты доказывания /Ц.М.Каз. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-а, 1968. — С. 4; Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса/М.С.Строгович. — М., 1968. — Т. 1. — С.313-314.

⁹ Белкин, Р.С. Указ.соч. — С. 13; Lupинская, П.А. Доказывание в советском уголовном процессе: учеб. пос./П.А.Лупинская. — М.: ВЮЗИ, 1966. — С.21; Курылев, С.В. Основы теории доказательств в советском правосудии/С.В.Курылев. —

познание взаимосвязаны, их роль в установлении обстоятельств совершенного преступления не одинакова. Те следы, которые восприняты следователем непосредственно, не могут быть сохранены в материалах уголовного дела иначе как путем описания всего наблюдаемого в протоколе следственного действия. Однако и непосредственно наблюдаемые следователем явления опосредуются его мыслительной деятельностью, следовательно, протокол следственного действия не является точной копией первичной информации. Следующие же субъекты доказания осуществляют познание следов преступления посредством ознакомления с протоколом, являющимся результатом опосредованного познания.

Непосредственное восприятие вещественных (материальных) следов преступления не дает органу расследования и суду полной картины события. Следы крови на одежде задержанного подозреваемого лишь на первый взгляд связывают его с преступлением. Но получить путем непосредственного познания информацию о происхождении этих следов, о групповой принадлежности или тождественности крови потерпевшего невозможно. Для установления этих обстоятельств требуются специальные знания и специальные исследования. Исследованные экспертом и отраженные в его заключении сведения о связи следов крови на одежде подозреваемого с расследуемым событием также опосредуют познание следователя и судьи. Однако и достоверные сведения о тождестве рассматриваемых следов еще не свидетельствуют о совершении подозреваемым этого преступления (он мог запачкаться и случайно, пытаясь, например, оказать раненому помощь).

Непосредственным свидетелем события преступления, возможно, был очевидец, но и его восприятие опосредовано мыслительной и иной психической деятельностью, сообщение свидетеля о событии не тождественно самому событию, поэтому, допрашивая такого свидетеля, следователь получает уже опосредованные знания. Свидетель может ошибиться или солгать, поэтому следователь должен проверить и оценить его показания, то есть сделать из полученной информации опре-

Минск, 1969. — С.7; Теория доказательств в советском уголовном процессе/отв. ред Н.В.Жогин. 2-е изд., исправ. и перераб. — М.: Юридическая литература, 1973. — С.290-293; и др.

Как представляется, между этими взглядами нет противоречий гносеологического характера: спор идет не о том, присутствует ли в уголовно-процессуальном познании элемент непосредственности, а о том, какое познание считать доказыванием. Этот вопрос будет рассмотрен в следующей главе.

деленные выводы. Таким образом, установление факта совершения преступления осуществляется исключительно путем ряда последовательных выводов от уже установленных фактов и обстоятельств к устанавливаемым.

Основанием этих выводов всегда служат результаты непосредственного познания. В частности, допрашивая свидетеля, суд непосредственно воспринимает не только исходящую от свидетеля информацию, но и его речь, поведение, реакцию на вопросы. Эти элементы непосредственности в некоторой степени способны устранить негативные последствия опосредованного познания и избежать ошибки, например, уличив свидетеля в неточности или ложности показаний. Однако следует помнить, что даже в процессе непосредственного контакта со свидетелем как носителем информации, познание самого интересующего следствие или суд факта все же является опосредованным, ибо следователь, как и суд, «видит» событие «глазами свидетеля».

Опосредованное познание представляет собой основанное на чувственном материале проникновение человеческой мысли в сущность явлений, недоступную простому наблюдению¹⁰. Именно таким, опосредованным, путем осуществляется познание факта совершения лицом преступления, что ничуть не умаляет значения непосредственного познания и не воздвигает между двумя способами познания непроницаемой перегородки. Без чувственного восприятия реальных явлений действительности ее познание невозможно, но одного лишь чувственного восприятия еще недостаточно для надлежащего познания существа этой действительности.

Процесс познания обстоятельств совершенного преступления происходит, как видим, путем совершения практических действий и мыслительных операций. Как непосредственные, так и опосредованные знания о преступлении следователь и суд получают, лишь производя разнообразные процессуальные, в том числе и следственные, действия, т.е. практическим путем, на их основе при помощи логических умозаключений получают новое, выводное знание, вскрывающее причинную обусловленность явлений и их связи.

Изложенные представления позволили ученым обосновать существование двух относительно самостоятельных уровней познания об-

¹⁰ Старшему поколению хорошо известны слова В.И.Ленина: «От живого созерцания к абстрактному мышлению и от него к практике — таков диалектический путь познания истины, познания объективной реальности». Ленин, В.И. Полн. собр.соч. — Т.29. — С.152-153.

стоятельств события преступления. Первый из них — чувственно-практический (эмпирический) уровень заключается в непосредственном получении информации с помощью органов чувств, второй — рационально-логический — заключается в анализе и синтезе полученной информации, формулировании и обосновании тезиса¹¹.

Уголовно-процессуальное познание простым получением знаний не ограничивается. На основе полученных знаний органы расследования и суд принимают решения, исключительно важные как для общества в целом, так и для отдельных его членов, поэтому уголовное судопроизводство требует такого знания и таких выводов, которые могут быть проверены. Это означает, что познавательная деятельность в уголовном процессе должна сопровождаться удостоверением полученных знаний¹².

Поскольку именно с удостоверительной деятельностью в науке обычно связывают понятие доказывания, остановимся на ней более подробно.

Под удостоверением принято понимать обоснование правильности знания, полученного в ходе чувственно-практической деятельности. Эта цель, как правильно пишет С.А.Шейфер, достигается ясным словесным оформлением результатов следственного действия; отражением в протоколе, откуда, в каких условиях и каким способом получена информация; подтверждением участниками следственного действия правильности записей в протоколе¹³. При таком подходе удостоверительная деятельность, заключающаяся в сохранении полученных знаний и подтверждении их истинности, неотделима от познания обстоятельств совершенного преступления. Осматривая место происшествия, следователь тщательно описывает и фотографирует наблюдаемое, фиксирует в протоколе обнаруженные следы преступления, отделяет их от обстановки и печатывает в целях сохранения для дальнейшего иссле-

¹¹ Об основанном на чувственном и рациональном познании эмпирическом и практическом доказывании см.: Асмус, В.Ф. Учение логики о доказательстве и опровержении/В.Ф.Асмус. — М.:Госюриздат, 1954. — С.50-52; Эйсман, А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов/ А.А.Эйсман // Вопросы предупреждения преступности. Вып.1. — М.:Юридическая литература, 1965.

¹² См: Ратинов, А.Р.Судебная психология для следователей. 2-е издание / А.Р.Ратинов. — М.:Юрлитинформ, 2001. — С.49.

¹³ См.: Шейфер, С.А.Собирание доказательств в советском уголовном процессе/С.А.Шейфер. — Саратов.: Изд-во Саратов. ун-та, 1986. — С.14.

дования. Допрашивая свидетеля, следователь удостоверяется в правдивости его показаний путем постановки проверочных вопросов и удостоверяет факт получения показаний подробным составлением протокола. Такая удостоверительная деятельность подчинена задаче сохранения знания, полученного органом расследования, обеспечения возможности его использования в дальнейшем доказывании. Однако рассмотренный аспект удостоверительной деятельности не является единственным.

Удостоверением называют также обоснование выводного знания, то есть такого знания, которое получено путем умозаключений, опосредованно. «Удостоверение, подтверждение, обоснование правильности каких-либо мыслей или решений при помощи доводов, аргументов, фактов и есть доказывание в широком смысле»¹⁴.

Между двумя значениями удостоверительной деятельности имеется то общее, что и в том, и в другом случае она направлена на обоснование правильности знания. Однако в первом случае речь идет о знании, полученном по преимуществу при непосредственном контакте «с материальными предметами, физическими процессами, людьми, т.е. реальными явлениями действительности, связанными с событием прошлого и несущими информацию о нем»¹⁵. Во втором же речь идет о знании, которое субъекты уголовного процесса получают путем логических умозаключений, выводов. Соответственно различаются и способы удостоверения в правильности знания. В первом случае удостоверительная деятельность осуществляется, главным образом, путем совершения практических действий, состоящих в закреплении результатов чувственного познания (протоколирование, фотографирование, изготовление слепков, схем), во втором — путем мыслительных операций (анализ, синтез, сравнение). Мыслительная и практическая деятельности, разумеется, неразрывно связаны между собой. В ходе практических (следственных) действий следователь осуществляет мысленный отбор поступающей в его сознание информации, анализирует ее, проверяя практическим путем возникающие сомнения. Обосновывая правильность своих выводов, например в обвинительном заключении, следователь совершает не только мысленный анализ материалов уголовного дела, но и некоторые практические действия — читает доку-

¹⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.288; Ратинов, А.Р. Указ.соч. — С.49.

¹⁵ Шейфер, С.А.Указ.соч. — С.18.

менты, вновь осматривает вещественные доказательства, излагает свои аргументы письменно (составляет обвинительное заключение). Тем не менее, различия между собиранием доказательств как чувственно-практическим видом деятельности и обоснованием с их помощью выводов огромны. Собираание доказательств осуществляется, главным образом, в стадии предварительного расследования, в судебном разбирательстве стороны доказывают суду правомерность своих притязаний или возражений путем предъявления, демонстрации и исследования уже, как правило, известных, ранее обнаруженных доказательств (судебное следствие), а также путем изложения основанных на этих доказательствах доводов и опровержения доводов другой стороны (судебные прения).

Протекающая в специфических условиях судебного разбирательства познавательная деятельность суда наиболее специфична. Любая (непосредственно) воспринимаемая судом информация является результатом познавательной деятельности других субъектов (свидетеля, следователя), на основе которой исключительно мыслительным путем суд приходит к логическим выводам, завершающим процесс познания. Изложение этих выводов в приговоре есть констатация познанного (установленного) факта.

Показанный достаточно сложный процесс установления обстоятельств совершенного преступления не мог не отразиться на возникновении различных теоретических подходов к определению характера результатов этого познания. В науке уголовного судопроизводства до сих пор обсуждается вопрос об истине как цели познавательной деятельности следователя, дознавателя, прокурора и суда. Рассмотрим его и мы.

§3. Проблема истины в уголовном судопроизводстве

Вопрос о возможности достижения в процессе уголовного судопроизводства объективной истины принято считать методологическим. М.С.Строгович писал: «Из сущности и задач советского социалистического правосудия вытекает требование, чтобы по каждому расследуемому и разрешаемому судом уголовному делу была установлена истина, т.е. чтобы осужден и наказан был действительный преступник, а невиновный человек был освобожден от обвинения, реабилитирован. Только тот приговор, в основе которого лежит истина, является

законным и обоснованным приговором, актом социалистического правосудия»¹⁶.

На вопрос о том, что такое истина, М.С.Строгович в полном соответствии с марксистско-ленинской материалистической теорией отражения отвечал, что это «есть соответствие наших представлений, мыслей объективной действительности»¹⁷. Теория доказательств советского периода исходила из доступности объективной (материальной, по выражению М.С.Строговича) истины по уголовному делу, опираясь на материалистическое учение о познаваемости мира, о способности человеческого сознания правильно отразить, то есть познать, объективную действительность. Если считать, что человеческий разум в состоянии проникать в события прошлого, в природу вещей и людей, то есть постигать истину, можно согласиться, что и в уголовном процессе такое знание достижимо. Однако если признать, что «наше понимание не проникает в существо познаваемых предметов мира внешнего, а скользит только по их поверхности», и наши «чувства отражают только внешние формы этих предметов», то «наблюдатель может быть вполне убежден только в том, что он получил известное чувственное впечатление, но никогда не может быть совершенно уверен, вполне ли соответственно это впечатление с действительностью или нет»¹⁸.

Таким образом, вопрос об истине в уголовном процессе — вопрос скорее философский, чем юридический. Однако практика уголовного судопроизводства не позволяет нам уклониться от ответа на него.

Рассмотрим в качестве иллюстрации к размышлению конкретное уголовное дело¹⁹.

16 мая 2004 г. К.и Е., жители одного из районных центров Самарской области, были задержаны по подозрению в совершении убийства

¹⁶ Строгович, М.С. Указ.соч. — С.131-132.Аналогичные взгляды М.С.Строгович высказывал и в более ранних работах. См.:Строгович, М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе/М.С.Строгович. — М.,1947; Он же. Материальная истина и судебные доказательства. — М.: Изд-во Академии наук СССР, 1955 и др.

¹⁷ См.: Строгович, М.С. Материальная истина и судебные доказательства/ М.С. Строгович. Избранные труды: в 3 т. Т. 3. Теория судебных доказательств. — М.:Наука, 1991. — С.17. Марксистское понимание объективной истины исходило из применимости этого понятия ко всем отраслям науки и практической деятельности, к любому процессу познания.

¹⁸ Спасович, В.Д.Указ.соч. — С.7.

¹⁹ Здесь и далее, если не указано иное, используются примеры из личной практики автора.

Е-вой. Основанием задержания послужила информация о том, что К., Е. и потерпевшая познакомились накануне вечером в зале игровых автоматов, откуда вместе ушли около часа ночи. Утром в районе гаражей на окраине города был обнаружен труп Е-вой. Согласно заключению судебно-медицинской экспертизы, смерть потерпевшей наступила в результате удушения.

Ни один из подозреваемых в совершении преступления своей вины не признал, при этом каждый из них показал, что убийство Е-вой путем сдавливания шеи руками совершил другой. Свидетелей этого преступления не было. Биологических следов физического контакта на телах и одежде потерпевшей и подозреваемых, несмотря на проведенные биохимические исследования, не обнаружено.

Первоначально обоим подозреваемым было предъявлено обвинение в изнасиловании, а также в умышленном убийстве, совершенном с целью сокрытия другого преступления группой лиц. Ввиду слабости доказательств действия Е. со ст. 105 (ч.2 п. «ж» и «к») УК РФ были перевалифицированы на ст. 316 УК (заранее не обещанное укрывательство тяжкого преступления), что позволило изменить и квалификацию действий К. на ч.1 ст.105 УК (умышленное убийство без отягчающих обстоятельств). В судебном заседании прокурор был вынужден из-за отсутствия доказательств отказаться от обвинения обоих подсудимых в изнасиловании. Поскольку единственным доказательством вины К. в убийстве Е-вой были только противоречивые, путаные и ничем не подтвержденные показания второго обвиняемого — Е., перед судом неизбежно должен был возникнуть вопрос о достаточности доказательств совершения преступления именно этим подсудимым, поскольку не исключалась вероятность оговора. При таких обстоятельствах обвинительный приговор в отношении одного из подсудимых являлся бы не только явно несправедливым по отношению к другому, но и неправильным по сути. Суд не смог преодолеть сомнений в виновности каждого из них в совершении этого преступления. В итоге между участниками процесса был достигнут компромисс — оба подсудимых признаны виновными в заранее не обещанном укрывательстве преступления, поскольку этих действий ни один из них не отрицал. Уголовное дело прошло все инстанции, и приговор, несмотря на неоднократное обжалование его представителем потерпевшей, вступил в законную силу.

Вопрос о том, достигнута ли в этом случае истина, можно отнести к разряду риторических. Очевидно, что смерть потерпевшей наступила в результате действий одного или обоих подсудимых, однако вина ни одного из них не была установлена с достаточной для обвинительного приговора степенью надежности.

Советская уголовно-процессуальная доктрина называла установление объективной (или, по Строговичу, материальной) истины, т.е. достижение такого знания о совершенном преступлении, которое соответствует действительности²⁰, целью уголовного процесса. Возможность достижения этой цели в течение многих лет составляла предмет оживленной научной дискуссии. Ведь если истина достижима, значит, органы расследования и суд имеют средства адекватного познания обстоятельств каждого преступления. Однако как объяснить огромное (и растущее) количество нераскрытых преступлений? Достигнута ли истина в тех делах, которые не дошли до суда ввиду прекращения уголовного дела и/ или уголовного преследования? Содержит ли истину оправдательный приговор? Устанавливает ли истину суд, рассматривающий дело с участием присяжных заседателей или в особом (упрощенном) порядке, предусмотренном главой 40 УПК РФ?

Теория доказательств советского периода опиралась на материалистическое учение о познаваемости мира и всеобщности законов познания. Проблема истины в уголовном процессе рассматривалась как частный случай применения положений теории познания к одной из специфических разновидностей познавательной деятельности. Поэтому в науке уголовного процесса доминировал взгляд, согласно которому «деятельность органов предварительного расследования и суда может быть успешной, если их решения по каждому делу будут соответствовать тому, что произошло в действительности. Следователь и суд должны полно и точно познать картину совершенного преступления, т.е. достичь истины»²¹.

Научная доктрина того времени объясняла нераскрытые преступления ошибками следователя и судьи, однако эти ошибки, по мнению большинства авторов, не заложены в природе и характере человеческого познания: на пути достижения истины в уголовном судопроизводстве нет препятствий гносеологического характера, а «те трудности, которые встают при предварительном расследовании и рассмотрении дела в суде, относятся к трудностям практического свойства, и их преодоление зависит от следователей и судей, от их опыта, умения, организации работы и т.д.»²²

²⁰ См.: Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1. – С.132; Кокорев, Л.Д. Этика уголовного процесса/Л.Д.Кокорев, Д.П.Котов. – Воронеж: Изд-во ВГУ, 1993. – С.117.

²¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.36.

²² Там же. – С.47

Поскольку ясно, что полное и точное, то есть исчерпывающее, знание ни в уголовном процессе, ни в познании вообще не достижимо, устанавливаемая по уголовному делу истина именовалась относительной. Однако достоверно установленным и не опровергнутым в будущем²³ элементам этого относительного знания придавался характер истины абсолютной. Критерием достижения истины называлась практика, под которой понимался собственный и чужой профессиональный и житейский опыт (косвенная практика), практические (т.е. следственные и судебные) действия по проверке выводов; доказательства как результат практической деятельности, а также используемые в доказывании логические фигуры понятий, суждений и умозаключений, сформированные многовековой практикой мыслительной деятельности человека.

Истина как цель уголовно-процессуальной деятельности в советской науке служила средством противодействия попытке обосновать возможность вынесения обвинительного приговора при условии вероятного знания о виновности лица в совершении преступления. Получившие широкое распространение в 30–40-е годы прошлого столетия взгляды С.А.Голунского, М.А.Чельцова, В.С.Талевосяна, раннего А.Я.Вышинского на вероятность, как основание обвинительного приговора, не могли быть восприняты официальной доктриной того времени, поскольку они провоцировали сомнения в огромном количестве приговоров по «дутым» делам о террористических актах, шпионаже, измене Родине, диверсиях²⁴. После так называемого «разоблачения культа личности» политизированная (партийная)²⁵ наука получила воз-

²³ Под таким углом зрения рассматривал абсолютную истину в уголовном процессе И.И.Мухин. См.: Мухин, И.И.Объективная истина и некоторые вопросы судебных доказательств при осуществлении правосудия/И.И.Мухин. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1971.

²⁴ Согласно Закону РФ «О реабилитации жертв политических репрессий от 18 октября 2001 г.(ред. от 01.07.2005 г.), подлежащими реабилитации жертвами политических репрессий признаются в том числе лица, которые были:

«а) осуждены за государственные и иные преступления;
б) подвергнуты уголовным репрессиям по решениям органов ВЧК, ГПУ — ОГПУ, УНКВД — НКВД, МГБ, МВД, прокуратуры и их коллегий, комиссий, «особых совещаний», «двоек», «троек» и иных органов, осуществлявших судебные функции».

²⁵ «Гносеология диалектического материализма, как и вся марксистско-ленинская философия, является партийной наукой...Гносеологической позиции рабочего класса чужда классовая ограниченность. Партийность марксизма-лени-

возможность оправдать массовые незаконные судебные репрессии ошибочной теоретической концепцией, которая «препятствовала разработке в теории доказательств правильного представления о природе и содержании истины в уголовном процессе», ориентировала «на допустимость ошибок при вынесении приговора как неизбежного зла»²⁶. К науке все это отношения не имеет.

В то же время критика взглядов, основанных на возможности и правоте вынесения обвинительного приговора на основе вероятности или при «максимальном приближении к истине»²⁷, позволила сформулировать в ч. 2 ст. 309 УПК РСФСР тот неопровержимый постулат, который был повторен в ч. 4 ст. 302 УПК РФ — обвинительный приговор не может быть основан на предположении. Это правило позволяет перейти от абстрактных, теоретических, философских и — как это было в рассмотренный период нашей истории — идеологических рассуждений об истине к конкретному практическому вопросу о том, является ли истина целью уголовного процесса.

Вопрос о цели уголовного судопроизводства, освобожденного от идеологических штампов, как представляется, чрезвычайно прост. Категория объективной истины идеально вписывается в концепцию советского уголовного судопроизводства как единой деятельности органов расследования, прокурора и суда. Стоящая перед ними общая задача — обеспечить быстрое и полное раскрытие каждого совершенного преступления, изобличение и справедливое наказание каждого виновного (ст. 2 УПК РСФСР) — получает свое научное и нравственное обоснование. Истина как цель уголовного судопроизводства облагораживала стоящие перед следователем, прокурором и судом задачи, оправдывала их единство, объясняла отсутствие состязательности. Если следователь, прокурор, судья обязаны по каждому делу установить истину, то каждый из них должен одинаково полно, всесторонне и объек-

низма совпадает с объективностью и состоит в требовании полной объективности науки, в верном отражении объективной действительности. Наука диалектического материализма полностью разоблачила идеалистические теории о невозможности познания окружающей действительности, рассеяла сомнения в достоверности человеческих знаний» и т.д. и т.п. // Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 44. Комментарии, как говорится, излишни.

²⁶ Там же. — С. 46.

²⁷ Тадевосян, В.С. К вопросу об установлении материальной истины в советском уголовном процессе / В.С. Тадевосян // Советское государство и право. — 1948. — № 6. — С. 66-68.

тивно исследовать все обстоятельства дела. Вступление в законную силу судебного приговора означает, что задача выполнена, истина установлена. Отсутствие в судебной практике оправдательных приговоров (а их на начало 2006 года чуть более одного, точнее 1,1%)²⁸ позволяет сохранять иллюзию безошибочности уголовного судопроизводства. Не случайно и сегодня рьяные поборники истины в уголовном судопроизводстве оперируют все теми же доводами, опровергнутыми законом и практикой. Назвав новый УПК России «ущербным», А.И.Алексеев, В.С. Овчинский, Э.Ф.Побегайло по-прежнему считают, что «основная задача уголовного судопроизводства — это раскрытие преступлений и изобличение лиц, виновных в их совершении, а также установление истины по делу»²⁹. Следует ли понимать это высказывание так, что установление истины и изобличение виновных не одно и то же?

Как отмечал известный процессуалист советского периода А.М. Ларин, поиск объективной истины заложен в самом понятии правосудия как суда правого, стремящегося к правде, т.е. к соответствию суждения и действительности³⁰. Не нацеленное на достижение истины, уголовное судопроизводство не способно служить средством защиты прав и свобод человека и гражданина. Однако, приняв категорию истины в качестве идеальной и нравственной цели уголовного судопроизводства, мы не можем отождествлять стремление суда к познанию истины с обязанностью эту истину установить. Приведем аргументы.

1. Отказ от истины, как обязательной для достижения в каждом случае цели уголовного судопроизводства, обусловлен легализованной наконец-то презумпцией невиновности. Основанное на презумпции невиновности судопроизводство требует безусловной доказанности обвинения. Поэтому среди обсуждаемых и разрешаемых в совещательной комнате вопросов ст. 299 УПК РФ на первый план выдвигает такие, от ответа на которые зависит, перейдет ли суд к обсуждению сле-

²⁸ Такие данные привела Е.Б.Мизулина, постоянный представитель Госдумы в Конституционном Суде РФ, в выступлении на научно-практической конференции «Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства и практики применения (к 5-летию УПК РФ)», состоявшейся 16-17 ноября 2006 года в г. Москве.

²⁹ Алексеев, А.И., Российская уголовная политика: преодоление кризиса/ А.И.Алексеев, В.С. Овчинский, Э.Ф.Побегайло. — М.: Норма, 2006. — С.30,24.

³⁰ См.:Ларин, А.М.О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проекте УПК/А.М.Ларин //Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы:Материалы конференции. — М.,1997. — С.77.

дующих. Это: 1) доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; 2) доказано ли, что это деяние совершил подсудимый. Если событие преступления не доказано или не содержит состава преступления, а также если не доказано, что оно совершено подсудимым, или имеется оправдательный вердикт присяжных, суд в соответствии со ст. 302 УПК постановляет оправдательный приговор, а оправдание по любому основанию означает невиновность подсудимого.

Нельзя не видеть, что требования закона к знаниям суда о вине и невиновности подсудимого различны. Закон требует лишь безусловной доказанности обвинения. Это означает, что для вынесения решений, которые констатируют виновность лица в совершении преступления, нужны достоверные знания. Знание достоверно, когда оно подтверждается другими знаниями, удостоверено ими, т.е. является обоснованным. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств (ч.4 ст.302 УПК РФ). Оправдательный приговор суд постановляет не тогда, вернее, не только тогда, когда установлено отсутствие события преступления или отсутствие в действиях подсудимого состава преступления, а когда не доказано обратное.

Совершенно очевидно, что при вынесении оправдательного приговора вследствие недоказанности обвинения объективная истина остается не установленной³¹. С учетом сказанного глубоко ошибочным является утверждение: «Установление истины по делу означает, что совершенное преступление раскрыто и преступник изобличен. Эта истина означает также, что невиновный человек, на которого необоснованно было возведено обвинение в совершении преступления, оправдан, восстановлен в своем добром имени»³².

2. Истина не совместима с состязательностью, несмотря на то, что именно состязательность способствует достижению истины, которая, как известно, рождается в споре. Во-первых, состязательность судо-

³¹ При невыполнении обязанности доказывания виновности суд руководствуется истиной формальной или юридической (т.е. соответствием выводов суда материалам дела), — пишет И.Б.Михайловская. См.: Михайловская, И.Б. Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальная форма)/ И.Б.Михайловская — М.: Проспект, 2003. — С.37. 38.

³² Алексеев, А.И. Указ.соч. — С.25.

производства невозможна без независимости суда. Суд, стремящийся во что бы то ни стало установить истину, неизбежно переходит в силу вышесказанного на позиции обвинения. Тем самым нарушается и равенство сторон, а истина, добытая вне состязания или в условиях, когда стороны были поставлены в неравное положение, считается нелегитимной³³.

Во-вторых, лежащее в основе состязательности разграничение процессуальных функций, которые выражают роль и назначение участников уголовного судопроизводства, весьма наглядно характеризует персонафицированный характер цели, ее связь с личностью. Уголовный процесс, осуществляемый несколькими субъектами, олицетворяющими при этом противоположные или несовместимые функции, не может иметь какой-либо цели вообще, а цели, преследуемые его субъектами, не могут в силу сказанного быть едиными. Именно поэтому, как представляется, цель уголовного судопроизводства заменена законодателем на его назначение.

3. Представляется бесспорным, что деятельность таких субъектов уголовного судопроизводства, как дознаватель, следователь, прокурор, нацелена на правильное познание тех свойств исследуемого события, которые позволяют обосновать вину и ответственность совершившего это преступление лица. С этой целью возбуждается производство по уголовному делу, производится предварительное расследование, исследуются доказательства в ходе судебного разбирательства. Однако законодатель допускает, что, несмотря на предпринятые органами уголовного преследования усилия, лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, может быть не установлено (в этом случае в соответствии с п.1 ч.1 ст. 298 УПК РФ производство предварительного расследования приостанавливается, а по истечении срока давности уголовного преследования уголовное дело подлежит прекращению). В ряде случаев законодатель по разным соображениям сам отказывается от продолжения поиска истины, например, если, как сказано, истекли сроки давности уголовного преследования; умерло лицо, подлежащее уголовной ответственности; не подано заявление потерпевшего по делу, возбуждаемому лишь при наличии такого заявления; отсутствуют специальные основания для начала уголовного судопроизводства в отношении отдельных категорий лиц (п. 3,4,5,6 ч.1 ст.24, п.2 ч.1 ст.27 УПК

³³ Смирнов, А.В.Состязательный процесс/А.В.Смирнов. – СПб.: Альфа, 2001. – С.81.

рФ) и в некоторых других случаях. Влечет отказ от уголовного преследования и прекращение производства по уголовному делу невозможность достоверного установления самого события преступления, а также причастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п.1 ч.1 ст.24, п.1 ч.1 ст.27, ч.6 ст.246).

Во всех перечисленных случаях закон не связывает принятие решения по уголовному делу с достоверным установлением определенных фактов, обуславливающих это решение. Прекращая уголовное дело, орган предварительного расследования по различным основаниям отказывается от продолжения познания объективной действительности, следовательно, и от поиска объективной истины.

4. Ряд положений уголовно-процессуального закона позволяет заключить, что законодатель сознательно жертвует возможностью получения знаний о расследуемом преступлении, то есть отказывается от установления истины ради других официально признаваемых ценностей. Жестко регламентируя процедуру установления обстоятельств преступления, закон ограничивает выбор управомоченным субъектом допустимых средств получения информации. Никто из участников уголовного судопроизводства не может подвергаться насилию, пыткам, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению (ст.9) даже ради установления истины. Нельзя допрашивать в качестве свидетелей лиц, обладающих свидетельским иммунитетом (ст.56), например, адвокатов, как правило, знающих о преступлении гораздо больше следователя. Показания обвиняемого, полученные в отсутствие защитника, даже если обвиняемый сам от защитника отказался, не могут использоваться в качестве доказательства, если в суде подсудимый их не подтверждает (ст. 75).

5. Новый УПК не содержит требования неотвратимости уголовной ответственности каждого совершившего преступление как заведомо невыполнимого.

Конкретное преступление как объект познания принадлежит прошлому. Но прошлого не существует в объективной реальности. Конечно, любое событие, в том числе преступление, отражается в окружающем мире, оставляет в нем свои следы — материальные и идеальные. Однако информационное содержание тех и других выявляется исключительно посредством человеческой деятельности, совершаемой в ином временном пространстве. Обнаружение оставленных преступлением следов, извлечение из них информации об имеющих значение для дела обстоятельствах, ее исследование и интерпретация — многоэтапная человеческая деятельность, подверженная влиянию большого числа раз-

нообразных факторов. В процессе познания события преступления органы расследования и суд получают информацию о нем, но информация о событии прошлого не идентична самому событию.

Яснее всего мы видим это на примере вербальной информации. Любое событие прошлого существует в виде представлений о нем в памяти различных субъектов. Но память индивидуальна, т.е. субъективна. Она зависит не только от состояния органов чувств и других особенностей субъекта, но и от того, насколько близко его коснулось это событие, насколько он в это событие был вовлечен. На формирование образов памяти влияет система ценностных ориентаций, эмоциональная окраска события, восприимчивость к посторонним влияниям и многое другое. Поэтому событие прошлого существует не в виде объективной реальности, а исключительно в виде множества субъективных представлений об этой реальности (теория множества реальностей³⁴). Кроме того, существуют проблемы актуализации и передачи образов памяти следователю, проблемы восприятия следователем информации, проблемы фиксации ее в протоколе. Наконец, есть проблемы судебного восприятия и оценки доказательств, свободной от формальных предписаний, но не свободной от усвоенной системы ценностей, стереотипов и деформаций.

Знание о прошедшем событии всегда субъективно: оно существует в сознании субъекта, сопоставляющего свои знания о преступлении не с объективной реальностью, а с другими знаниями, то есть с доказательствами³⁵, которые сами являются результатом действий субъекта и потому не могут претендовать на абсолютную объективность, то есть истинность.

Это знание не только субъективно, но и относительно, как относительно вообще пределы человеческих возможностей познания мира³⁶.

³⁴ См.: Дойч, Д. Структура реальности/Д.Дойч; перевод с английского; под общ. ред. академика РАН В.А.Садовниченко. — М.; Ижевск, 2001.

³⁵ Такое смешение доказательств и объективной реальности допускает, в частности, Э.М.Мурадян: «Акт правосудия, не отвечающий истинному положению вещей, действительным обстоятельствам и доказательствам (курсив мой. — В.Л.) дела, сомнителен». Мурадян, Э.М. Истина как проблема судебного права/Э.М.Мурадян. — М.: Юристъ, 2004. — С.89.

³⁶ А.С.Барабаш очень точно замечает, что человек воспринимает мир через понятия, но никто не владеет совершенным понятием, а потому не имеет права претендовать на истину. «Между любым понятием и действительностью, которую отражает это понятие, всегда есть зазор. Именно это частичное несоответ-

Причем речь идет не только о практических трудностях познания, возникающих перед конкретным следователем или судьей, возможность преодоления которых во многом зависит от их опыта и умения, например, преодоление лжи свидетелей или потерпевших, устранение противоречий в показаниях различных лиц, предотвращение уничтожения улик подозреваемым, но и о наличии препятствий гносеологического характера: недостаточность, неинформативность или недостаточная информативность следов преступления, их уничтожение до обнаружения. Возможно, следует признать, что именно этим объясняется тот факт, что количество раскрываемых преступлений никак не соответствует количеству совершаемых, а средства и способы повышения эффективности работы правоохранительной системы, несмотря на их постоянное развитие, объективно ограничены. Поэтому далеко не каждое раскрытое преступление становится предметом судебного разбирательства, не каждое судебное разбирательство завершается обвинительным приговором, и не каждый приговор содержит в себе истинное знание.

Используем в качестве иллюстрации еще одно уголовное дело. Суд признал подсудимую Л. виновной в том, что она, находясь в нетрезвом состоянии, умышленно нанесла потерпевшей Г. удар рукой по телу, отчего Г. упала на землю, а затем, продолжая свой преступный умысел, умышленно стала наносить удары руками и ногами по шее и в затылочную область головы лежащей на земле потерпевшей. В результате потерпевшей причинено повреждение в виде закрытого перелома зубовидного отростка 2-го шейного позвонка, являющееся опасным для жизни в момент причинения.

Вывод об умышленном характере действий Л. суд обосновывал показаниями потерпевшей и ее мужа, хотя последний не являлся очевидцем преступления и давал показания только со слов жены. Очевидцы преступления (свидетели С., К., Ц. и М.) показали, что потерпевшая Г. первая начала задирать Л. и пыталась нанести ей удар руками по лицу. Защищаясь, Л. схватила Г. за руки, и обе, не удержавшись на ногах, упали на землю. Более они друг друга не били, так как М. и Ц. подняли

ствие и побуждает к работе по уточнению понятия» и эта работа бесконечна, так как действительность неисчерпаема. «Наглядный пример тому – проблема истины в философии. Философы уже не одно тысячелетие бьются над ней, по тем результатам, которых они достигли, можно судить, что проблема будет существовать столько времени, сколько отпущено человечеству». Барабан, А.С. Указ. соч. – С.110-111.

и растащили девушек, после чего М. на своей машине отвез Г. домой. В ходе следствия свидетель М. показал, что Л. нанесла Г. несколько пощечин, однако никто из свидетелей не подтвердил показаний потерпевшей о том, что Л. наносила ей удары ногами в область головы и шеи сзади, била по затылку. Нанесение потерпевшей каких-либо ударов, способных вызвать наступившее последствие в виде перелома зубовидного отростка 2-го шейного позвонка, не подтверждалось и медицинскими документами, не содержащими никаких сведений о наличии внешних признаков столь тяжкого избиения (кровоподтеков, ссадин, царапин и других признаков приложения физической силы).

Критически оценивая показания подсудимой Л. и свидетелей С., К., Ц. и М., суд первой инстанции указал, что свидетели являются знакомыми подсудимой, были с ней в одной кампании, из чего был сделан вывод о том, что они желают помочь подсудимой избежать уголовной ответственности. Последнее утверждение суда является результатом ничем не обоснованного предположения, тем не менее суд признал Л. виновной в умышленном преступлении, предусмотренном ч. 1 ст. 111 УК РФ, назначил наказание в виде лишения свободы и взял Л. под стражу в зале суда. Суровость наказания мотивировалась отрицанием подсудимой своей вины, повышенной общественной опасностью и тяжестью преступления, его умышленным характером, то есть обстоятельствами, которые по закону не являются обстоятельствами, отягчающими ответственность. Соответствие выводов суда обстоятельствам, изложенным в приговоре, уже вследствие этого не могло не вызывать сомнений, однако ни в ходе предварительного расследования, ни в судебном разбирательстве не возник вопрос о соответствии давности полученного потерпевшей повреждения времени события преступления. Представленные защитой в кассационную инстанцию медицинские документы, подтверждающие застарелый характер перелома шейного позвонка потерпевшей, даже на фоне неисследованности вопроса о давности получения травмы в ходе проведенной по делу судебно-медицинской экспертизы не повлекли отмены приговора. Суд лишь заменил реальное наказание условным, очевидно, все же испытывав определенные сомнения. Истина в этом деле так и не была установлена, а ошибка, допущенная судом, не была исправлена. Два месяца, проведенные осужденной Л. в следственном изоляторе, сломали ее волю и веру в возможность добиться справедливости, в связи с чем приговор в порядке надзора не обжаловался.

6. Прав был И.Я.Фойницкий: убедиться в истинности полученного знания можно, лишь сопоставив знание с действительностью, если же

это невозможно (а проверить знание о преступлении опытным путем, разумеется, невозможно), на смену истине приходит «решимость принять известное мнение за истинное или ложное и положить его в основание своей деятельности»³⁷. Такая решимость есть убеждение. Очевидно, за истину в делах судебных мы принимаем убеждение в том, что наше знание соответствует действительности. «Обоснованное убеждение в истинности есть достоверность»³⁸. Достоверность не является синонимом истинности, — замечает А.В.Смирнов, — как, впрочем, и вероятность. «Это лишь представление об истине в нашем сознании»³⁹. Эти достоверные знания имеют для нас значение объективных истин, но не являются ими. Подтверждение этого обнаруживается в правилах уголовного судопроизводства. Предусмотрев пересмотр приговоров, вступивших в законную силу, закон допускает возможность судебной ошибки. При этом основания пересмотра приговора по вновь открывшимся обстоятельствам (ложные показания свидетелей, ложные заключения экспертов, фальсификация доказательств органами расследования) свидетельствует не о том, что убеждение судей было неверным, а о том, что это убеждение, вполне обоснованное исследованными доказательствами, не соответствовало действительности, то есть не являлось истинным, хотя и представлялось достоверным. С учетом сказанного к характеру достигнутого в уголовном процессе знания более корректно применять употребляемый законом термин «доказанность».

Таким образом, абсолютной достоверности знания (как и абсолютной истины) не существует, вероятность ошибки в оценке доказанности обвинения, в соответствии знания действительности достаточно высока. Единственным механизмом, который способен ограничить субъективизм при принятии процессуального решения и уменьшить риск осуждения невиновных, является состязательность уголовного судопроизводства, создающая условия для контроля над деятельностью принимающего процессуальное решение должностного лица.

³⁷ Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства /И.Я.Фойницкий. — СПб.:Альфа, 1996. — Т.1. — С.164.

³⁸ Смирнов, А.В. Указ. соч. — С.78.

³⁹ Там же. — С. 79.

ГЛАВА 2.

Доказывание в состязательном уголовном процессе

§1. Вопрос о понятии доказывания в современной уголовно-процессуальной науке

Термин доказывание возник еще в дореволюционной русской науке. Этим понятием обозначалась деятельность участника уголовного процесса по обоснованию своих выводов. «Всякое доказательство⁴⁰ сводится к силлогизму, — писал проф. И.Я.Фойницкий, — ...центральную часть его составляет большая посылка, и сила самого вывода обуславливается истинностью ее, точностью малой посылки и правильностью вывода при условии дальнейшей объективной проверки заключения»⁴¹. В советский период это мнение было подвергнуто критике на том основании, что доказывание является специфическим процессуальным понятием, не имеющим общенаучного аналога. Используемое логикой понятие «доказательство» как мыслительной логической деятельности, состоящей в обосновании истинности одних мыслей с помощью других мыслей, к процессуальному доказыванию не применимо⁴².

Наиболее широкое распространение в науке получил взгляд, отождествляющий доказывание с познанием. Одним из первых выразил эту мысль проф. М.С.Строгович: «Мы отождествляем доказывание в уголовном процессе с познанием истины по уголовным делам: процесс доказывания и есть процесс познания фактов, обстоятельств уголовного дела»⁴³. Этот взгляд занял в уголовном процессе доминирующее положение и следует сказать, что для такой постановки вопроса имеются основания. В предыдущей главе мы рассмотрели уголовный процесс именно как познавательную деятельность следователя, прокуро-

⁴⁰ Термин употребляется в значении доказывания.

⁴¹ Фойницкий, И.Я. Указ.соч. — Т. 2. — С.168.

⁴² См., например: Соловьев, А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса/А.Б.Соловьев. — М.: Юрлитинформ, 2002. — С.7.

⁴³ Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. — Т.1. — С.296.

ра и суда, направленную на получение достоверных знаний о событии преступления во всем многообразии его признаков и свойств.

В то же время ряд современных авторов⁴⁴ поддерживает высказанный известным русским процессуалистом И.Я. Фойницким взгляд, согласно которому доказательство (доказывание) — это процесс, «путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с обстоятельством известным, данным и показывается им»⁴⁵. Вопрос о понятии доказывания таким образом, спорен. и сегодня, как никогда, актуален.

Представление о доказывании как деятельности по обоснованию какого-либо тезиса соответствует состязательному характеру судопроизводства, позволяет четко распределить процессуальные функции между участниками судебного разбирательства, обеспечить объективность и беспристрастность суда. Конфликтный характер уголовного судопроизводства, позволяющий рассматривать его как общение субъектов, обладающих несовместимыми целями, требует признания того факта, что стороны стремятся доказать суду наличие или отсутствие определенных, существенных для этих целей обстоятельств. Однако неизбежным и негативным следствием такого подхода является попытка некоторых ученых разграничить собирание доказательств (познавательную-практическую деятельность) и доказывание (деятельность рационально-логическую, обосновывающую)⁴⁶ или обосновать двойственную трактовку доказывания⁴⁷, во-первых, как познавательной деятельности, осуществляемой органами, расследующими и разрешающими дело, и состоящей в собирании, проверке и оценке доказательств (доказывание в широком смысле), во-вторых, как деятельности по обоснованию

⁴⁴ См.: Эйсман, А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношения с понятиями доказательств других видов. — С.82; Лузгин, И.М. Вопросы познания в судебном доказывании/ И.М.Лузгин // Советское государство и право. — 1964. — №8. — С.107. «Термин “доказывание” в уголовно-процессуальной теории,— пишет А.В.Агутин, — имеет тот же смысл, который имеет в логике доказательство». См.: Агутин, А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании монография/А.В.Агутин. — М., 2004. — С.88.

⁴⁵ См.: Фойницкий, И.Я. Указ.соч. — Т.2. — С.162 и сл.

⁴⁶ См.:Лузгин, И.М. Расследование как процесс познания/И.М.Лузгин — М.:ВШ МВД СССР,1969 — С.21-22; Домбровский, Р.Г.Логика и теория судебных доказательств/Р.Г.Домбровский//Оптимизация расследования преступлений. — Иркутск: Изд-во ИГУ, 1982. — С.18.

⁴⁷ См.: Алексеев, С.С. Проблемы теории права/С.С. Алексеев. — Свердловск, 1973. — Т.2. — С.247,248; Строгович, М.С. Указ. соч. — Т.1. — С.298; Савицкий, В.М. Государственное обвинение в суде/В.М.Савицкий. — М.:Наука, 1971. — С.156-158.

утверждения, выдвинутого участником процесса, по убеждению в его истинности каких-либо лиц (доказывание в узком смысле).

Обе попытки представляются одинаково неудовлетворительными, в связи с чем вопрос о понятии доказывания продолжает сохранять свою дискуссионность. Определенные проблемы в решении этого вопроса создает и уголовно-процессуальный закон.

В статье 85 УПК РФ доказывание определяется как деятельность, состоящая в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, перечисленных в ст. 73 кодекса. Закрепляя такое понятие доказывания, законодатель исходит из верной посылки о том, что в уголовном процессе действительно происходит установление обстоятельств совершенного преступления: осуществляются поиск и обнаружение носителей доказательственной информации, ее извлечение и закрепление в материалах уголовного дела и использование полученных сведений для обоснования завершающего познание вывода. Эту познавательную деятельность осуществляют как стороны, главным образом, сторона обвинения, так и суд, что в целом не вызывает возражений, так как соответствует их процессуальному статусу. Однако навязываемый ст. 85 УПК РФ вывод о том, что познавательная деятельность следователя, прокурора и суда и есть доказывание⁴⁸, находится в противоречии с закрепленным ст. 14 УПК понятием «обязанность доказывания», а также с взаимосвязанными принципами презумпции невиновности, состязательности и равноправия сторон и независимости суда. Аргументируем свою позицию.

1. Презумпция невиновности обуславливает такое построение процесса, в котором бремя доказывания лежит на одной из сторон, а именно той, что выдвигает обвинение: «*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*» (доказывать обязан тот, кто утверждает, а не тот, кто отрицает). В соответствии с этим правилом подозреваемый или обвиняемый, счи-

⁴⁸ Надо сказать, такой подход соответствует устоявшемуся и получившему широкое распространение представлению о доказывании. См.: Арсеньев, В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств/В.Д.Арсеньев. — М., 1964. — С.14; Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.298; Горский, Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе/Г.Ф.Горский, Л.Д.Кокорев, П.С.Элькинд. — Воронеж: Изд-во ВГУ, 1978. — С.198; Каз, Ц.М. Указ.соч. — С.4-16; Фаткуллин, Ф.Н. Указ.соч. — С.6-9; Ларин, А.М. Работа следователя с доказательствами/А.М. Ларин. — М: Юридическая литература, 1966. — С.3-5; Шейфер, С.А. Указ.соч. — С.11.

тающийся невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда, не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого, подозреваемого, лежит на стороне обвинения. Если признать, что доказывание — это состоящая в собирании, проверке и оценке доказательств познавательная деятельность официальных субъектов уголовного судопроизводства, то приведенные положения ст. 14 УПК теряют всякий смысл: получается, что закон освобождает обвиняемого от обязанности, которая на него и не может быть возложена. Обвиняемый не наделен соответствующими для выполнения такой обязанности полномочиями, он не вправе осуществлять познавательную деятельность, собирать, проверять и оценивать доказательства в той форме, в какой это делают следователь и суд.

2. Понятие «доказывание» не может быть рассмотрено в отрыве от понятия «обязанность доказывания». Формулировки ст. 14 не оставляют сомнений: предметом доказывания по уголовному делу является виновность лица в совершении преступления. В соответствии с ч. 4 ст. 302 УПК РФ обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств. Это означает, что обвинительный приговор постановляется лишь при безусловной доказанности вины подсудимого. Аналогичных требований к доказыванию невиновности закон не предъявляет. Невиновность обвиняемого есть объективное правовое положение обвиняемого в преступлении лица, сохраняющееся до тех пор, пока не доказано обратное. Невиновность не нуждается в доказывании — она презюмируется.

Оправдательный приговор постановляется, если не установлено (не доказано — п. 1 ч. 1 ст. 299) событие преступления, если подсудимый не причастен к совершению преступления (читай: не доказано совершение им преступления — п. 2 ч. 1 ст. 299), а также если в деянии подсудимого отсутствует состав преступления или коллегией присяжных вынесен оправдательный вердикт (пп. 3, 4 ч. 2 ст. 302 и п. 3 ч. 1 ст. 299). Оправдание по любому из названных оснований означает признание лица невиновным.

Приведенные положения закона позволяют утверждать, что уголовно-процессуальное доказывание — это деятельность по установлению и обоснованию вины лица в совершении преступления. Вопрос о том,

кто осуществляет доказывание, в современных условиях представляется риторическим. Тем не менее, чтобы не оставлять сомнений, следует поставить точку и в этом вопросе.

3. Возложенная на органы уголовного преследования обязанность выяснить все обстоятельства преступления совпадает с обязанностью обосновать утверждение о виновности совершившего это преступление лица. Уголовный процесс, по общему правилу, возбуждается (т.е. начинается) прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в каждом случае обнаружения признаков преступления и направлен на установление события преступления, изобличение лица или лиц, виновных в совершении преступления (ч. 2 ст.21). Для установления именно этих обстоятельств, нормативным выражением которых служит предмет доказывания (ст.73 УПК), перечисленные органы собирают, проверяют и оценивают доказательства.

Собирание, проверка и оценка доказательств органами расследования и прокурором совпадает с доказыванием ими обвинения: познавательная и обосновывающая стороны этой деятельности образуют неразрывное единство. Установить событие преступления и виновность обвиняемого для органов уголовного преследования означает не только выяснить, то есть узнать, что произошло в действительности, для чего необходимо получить нужную информацию, но и убедить суд в достоверности полученных знаний и правильности сделанных на основе этого познания выводов.

4. В соответствии со ст. 15 УПК РФ функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. Суд не является органом уголовного преследования, подчеркивает законодатель, помня о реальной опасности широко распространенного в недавнем прошлом обвинительного уклона. Уголовное преследование, т.е. деятельность, имеющая своей целью изобличение обвиняемого в совершении преступления, это обязанность следователя, дознавателя и прокурора. Суд этой цели не преследует, он не изобличает обвиняемого и на нем не лежит обязанность доказать его вину. Однако, разрешая уголовное дело, суд должен ответить на вопрос — доказана ли виновность подсудимого.

Различие между познавательной деятельностью следователя (дознавателя, прокурора) и суда очевидно. Деятельность органа расследования направлена на изобличение подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления (п.55 ст.5 УПК). Деятельность суда направлена на осуществление правосудия путем рассмотрения в предусмотрен-

ном порядке уголовного дела. Наличие у суда одинаковых со следователем полномочий по исследованию доказательств (допрос, осмотр, назначение экспертизы) не является подтверждением однородности этой деятельности.

Суд не обязан доказывать ни вину, ни невиновность подсудимого, он не является субъектом доказывания. Суд не может принять на себя полномочия по доказыванию виновности подсудимого, поскольку это означает нарушение закрепленного в ст. 15 УПК РФ принципа состязательности: суд не является органом уголовного преследования, он не выступает ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты. Суд не может принять на себя обязанности доказывания невиновности, поскольку она, как мы видели, доказыванию не подлежит. Доказывание судом невиновности обвиняемого означало бы, что суд исходит из презумпции его вины, а это несовместимо ни с положением суда как независимого от обвинения органа судебной власти, ни с другими принципами уголовного судопроизводства. Суд в состязательном уголовном процессе не субъект, а адресат доказывания.

Рассматривая вопрос о понятии доказывания, необходимо помнить, что представления о доказывании как познавательной деятельности суда, прокурора, органа расследования формировались в условиях советского судопроизводства, при котором различные органы уголовной юстиции были обязаны решать общие задачи, воплощенные в понятии истины. В соответствии со ст. 20 УПК РСФСР на следователя, прокурора и суд возлагалась обязанность принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства. Этот взгляд являлся следствием иллюзорных представлений о бесконфликтности уголовного судопроизводства и единстве целей его участников.

Отрицание состязательности в теории и искажение ее в судебной практике отразились на определении уголовного процесса как «деятельности органов суда, прокуратуры и следствия по раскрытию преступления, изобличению преступника»⁴⁹. Ясно, что в таком процессе от сторон не требовалось значительных усилий по обоснованию своих выводов и утверждений, необходимость убеждать суд в чем бы то ни

⁴⁹ Чельцов, М.А. Советский уголовный процесс/М.А.Чельцов. — М: Госюриздат, 1951. — С.13.

было отсутствовала. Суд сам был обязан всесторонне и полно исследовать обстоятельства дела, для чего не только наделялся неограниченными полномочиями по собиранию дополнительных доказательств, но имел право возбудить уголовное дело по новому обвинению и в отношении новых лиц, потребовать от прокурора дополнительного расследования и даже при отказе прокурора от обвинения мог вынести обвинительный приговор. Закон даже не требовал обязательного участия прокурора в судебном разбирательстве, вследствие чего около половины уголовных дел рассматривалось в отсутствие государственного обвинителя, что представляется вполне логичным при условии, что у прокурора и суда общие цели и задачи. Прокурор наделялся полномочиями по надзору за законностью осуществления правосудия и приговора суда, а в ходе судебного разбирательства он давал заключения по всем возникающим вопросам, которые рассматривались судом как обязательные. При **таком** построении уголовного процесса толкование доказывания как направленной на установление истины познавательной деятельности следователя, прокурора и суда вполне соответствовало тому смыслу, который придавал этой деятельности законодатель.

Признание уголовного судопроизводства состязательным привело к размежеванию процессуальных функций суда и прокурора, следователя, дознавателя и потребовало пересмотра многих понятий, включая понятие доказывания. Тенденция к сохранению прежних представлений о доказывании основана, как представляется, на неготовности значительной части науки и практики к смене парадигмы.

Изменение парадигмы (системы, модели) уголовного судопроизводства не равнозначно его совершенствованию: это изменение его основ, устоев. Парадигматические изменения уголовного процесса выражены в таком пересмотре его назначения и принципов, которые позволяют говорить о начале формирования процесса совершенно иного типа. Реализация нового назначения уголовного судопроизводства невозможна без обеспечения сторонам равных возможностей апеллировать к независимому от них суду. На протяжении всей истории формирования современного уголовного процесса как англосаксонского, так и континентального типа состязательность неизменно рассматривалась как эффективное средство справедливого разрешения спора. В России состязательное построение уголовного процесса было закреплено еще Уставом уголовного судопроизводства 1864 года. Анализ многих положений этого нормативного акта убедительно показывает, что состязательное начало играло в уголовном судопроизводстве исключительно важную роль, стороны представляли собой главную дви-

жущую силу производства по делу, особенно по делам, рассматриваемым мировым судьей. В то же время и суд не занимал пассивного положения. Подчеркивая значение состязательности, русский процессуалист Н.Н.Розин писал, что «состязательный принцип вполне совместим с инструкционным началом процесса, в силу которого последний, сохраняя за сторонами их процессуальные права, в то же время открывает для суда возможность активной деятельности и, таким образом, полного раскрытия истины в деле»⁵⁰.

Несмотря на то, что в процессуальной науке послеоктябрьского периода достаточно широко были распространены взгляды, отрицающие принцип состязательности как несвойственный социалистическому уголовному процессу⁵¹, многие видные процессуалисты, отстаивая этот принцип на протяжении длительного времени, усматривали в нем путь к коренному улучшению судебной деятельности, повышению его эффективности⁵².

Проблема становления и упрочения в России независимой судебной власти с новой остротой поставила вопрос о состязательности как основе организации уголовного судопроизводства. Закрепив в ст.123 положение о том, что судопроизводство в Российской Федерации осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон, Конституция РФ во многом определила дальнейшее направление судебной реформы и совершенствования уголовно-процессуального законодательства. И если в УПК РСФСР состязательность была прямо закреплена лишь в отношении предварительного слушания и производства в суде присяжных (ст.429), а применительно к общим правилам судопроизводства выражалась менее отчетливо (ст. 245,248,249),

⁵⁰ Розин, Н.Н. Уголовное судопроизводство/Н.Н. Розин. — Пг., 1914. — С.497-498.

⁵¹ См.: Голунский, А.А. Вопросы доказательственного права в основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик/А.А.Голунский // Вопросы судостроительства в новом законодательстве Союза ССР. — М.,1959. — С.125-130; Чельцов, М.А.Уголовный процесс/М.А.Чельцов. — М.,1962. — С.361-363; Калашникова, Н.Я. Общие условия судебного разбирательства в советском уголовном процессе/Н.Я.Калашникова — М., 1963. — С. 31 и др.

⁵² См.: Строгович, М.С. Указ. соч. — Т.1. — С. 149-156; Перлов, И.Д. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе/И.Д.Перлов. — М.,1956. — С.31-35; Якуб, М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права/М.Л.Якуб. — М., 1960. — С. 140-166; Дорохов, В.Я. Принципы советского уголовного процесса/В.Я.Дорохов. — М., 1962. — С.35-36; Савицкий, В.М.Указ. соч. — С. 91-100; Добровольская, Т.Н. Принципы советского уголовного процесса /Т.Н.Добровольская. — М.,1971. — С. 136 и др.

го новый Уголовно-процессуальный кодекс изменил ситуацию кардинально: принцип состязательности и равноправия сторон признан определяющим началом всей уголовно-процессуальной деятельности⁵³.

В то же время, бесспорно, что рассмотрение судом уголовного дела является познавательной деятельностью, служащей основой принятия решения. Суду принадлежат полномочия как по собиранию доказательств, так и по их проверке и оценке. Однако деятельность суда лишена того обосновывающего и обвинительного смысла, который заложен в понятии доказывания. Суд никого не должен убеждать, но сам должен быть убежден в правильности принимаемого решения. И хотя к этому убеждению его склоняют стороны, лежащая на суде ответственность за законность и обоснованность приговора дает ему право критически оценивать их доводы и перепроверять все представляемые сторонами в подтверждение этих доводов доказательства.

Таким образом, корень разногласий по вопросу о понятии доказывания заключается в том, осуществляет ли эту деятельность наравне с органами уголовного преследования и суд. Ответ прост. Анализ относящихся к доказыванию статей Уголовно-процессуального кодекса РФ ведет к выводу: если собирание, проверка и оценка доказательств направлены на установление события преступления и виновности совершившего это преступление лица (ст.85 и пп. 1 и 2 ч.1 ст.73), и если эта деятельность осуществляется не только следователем и прокурором, но и судом (ст. 86-88), то суд осуществляет доказывание виновности лица в совершении преступления, какой бы смысл мы ни вкладывали в это понятие. Стремление сохранить суд в числе субъектов доказывания и есть та причина, по которой доказывание отождествляется с познанием. И в этом стремлении скрыта неготовность науки и практики признать на деле судебскую независимость, освободить суд от обязанности устанавливать виновность подсудимого.

⁵³ Надо сказать, что и сегодня отношение к состязательности уголовного процесса неоднозначно: «состязательность» — это институт защиты преимущественно частного интереса... Наука и практика должны выработать рекомендации для определения границ и пределов, форм и способов действия принципа состязательности на стадии предварительного расследования, исходя из необходимости защиты в первую очередь публичных интересов (уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания...», — пишет, например, Ф.Багаутдинов. См.: Багаутдинов, Ф. Отражение публичных и личных интересов в принципах уголовного судопроизводства/Ф.Багаутдинов// Уголовное право. — 2002. — №4. — С.57.

Сказать, что суд не осуществляет доказывание, значит признать, что **суд не доказывает виновность лица в совершении преступления**, а признав это, мы получаем возможность иначе прочесть статью 85 УПК РФ: **доказывание состоит** в собирании, проверке и оценке доказательств, включает в себя эти виды деятельности, **но не является ими, не тождественно** собиранию, проверке и оценке доказательств.

Таким образом, **под доказыванием следует понимать состоящую в собирании, проверке и оценке доказательств мыслительную и практическую деятельность органов уголовного преследования (дознателя, следователя, прокурора, государственного обвинителя) по изобличению подозреваемого и обвиняемого в совершении преступления и обоснованию его вины.** Собирание, проверка и оценка доказательств являются урегулированными законом видами, элементами деятельности, направленной на доказывание обвинения.

Совсем иную роль играют собирание, проверка и оценка доказательств в деятельности независимого и беспристрастного суда. Не направленная на обоснование какого-либо утверждения или вывода, эта познавательная деятельность необходима суду для ответа на вопрос о том, считает ли он обвинение доказанным. Убеждение суда в доказанности обвинения формируется под воздействием сторон, исследующих собранные ими доказательства и представляющих суду свои доводы. Поэтому задача суда состоит в том, чтобы обеспечить сторонам одинаковые возможности доказывать свои утверждения, представлять суду дополнительные доказательства и исследовать доказательства, представленные другой стороной. Не связанный ни с одной из сторон, суд в то же время не вправе уклониться от проверки представляемых ими доказательств, ибо обвинительный приговор может быть основан только на достаточной совокупности доказательств, отвечающих требованиям достоверности и допустимости. Проверка доказательств, предшествующая их оценке, требует зачастую собирания других доказательств, поэтому собирание судом доказательств — лишь способ проверки обоснованности обвинения или доводов, приводимых стороной защиты. Поэтому если выражение «установить событие преступления и виновность подсудимого» для следователя и прокурора означает **доказать обвинение**, то для суда оно означает **признать его доказанным**.

Не превращает суд в субъект доказывания и необходимость мотивировать свои выводы в приговоре. Мотивируя приговор, суд обосновывает не виновность подсудимого, а свой вывод о том, почему он признает обязанность доказывания прокурором обвинения выполненной и соглашается с его аргументами. Изложение в приговоре мотивов при-

нения судом решения является неотъемлемым атрибутом правосудия, облегчает понимание решения суда при рассмотрении дела вышестоящими инстанциями.

Сохранение привычного представления о доказывании как о нейтральной по отношению к обвинению познавательной деятельности, позволяющее по-прежнему относить к субъектам доказывания не только следователя и прокурора, но и суд, выступает в роли «фигового листа», на деле прикрывающего стремление сохранить единство функции обвинения и разрешения уголовного дела. Взгляд на доказывание сквозь призму состязательности уголовного судопроизводства и презумпции невиновности позволяет увидеть принципиальные различия как в познавательно-практической, так и рационально-логической деятельности суда и сторон, устранить двусмысленность понятия доказывания, освободить, наконец, суд от несвойственных ему обвинительных полномочий.

§2. Собрание, проверка и оценка доказательств как элементы процесса доказывания

В структуре доказывания традиционно выделяют такие его элементы, как собрание, проверка и оценка доказательств. Некоторыми авторами дополнительно называются такие элементы процесса доказывания, как выдвижение и развитие версий⁵⁴, закрепление доказательств⁵⁵, обоснование выводов по делу⁵⁶. Все эти виды деятельности, бесспорно, присущи уголовно-процессуальному доказыванию. Считать или не считать их самостоятельными элементами доказывания — дело, что называется, вкуса. Рассмотрев каждый из названных элементов, возможно, мы сформируем и свою точку зрения по этому вопросу.

Определив доказывание как процесс обоснования виновности определенного лица в совершении преступления, мы признаем целенаправленный характер этой деятельности. Однако вышеуказанная цель

⁵⁴ См.: Фаткуллин, Ф.Н. Указ. соч. — С. 10.

⁵⁵ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 29; Строгович М.С. Указ. соч. — Т. 1. — С. 302; Сильнов, М.А. Вопросы обеспечения допустимости доказательств в уголовном процессе (досудебные стадии)/М.А. Сильнов — М.: МЗ-Пресс, 2001. — С. 3; Балакшин, В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания: монография/В.С. Балакшин. — Екатеринбург: ООО «Изд-во УМЦ УПИ», 2004. — С. 64.

⁵⁶ См.: Фаткуллин, Ф.Н. Указ. соч. — С. 13.

появляется лишь тогда, когда субъект доказывания имеет перед собой лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления. Пока такое лицо не обнаружено, деятельность органа расследования в значительной степени носит исследовательский характер — она направлена на поиск и обнаружение этого лица в целях его последующего изобличения. На этом этапе возможно не одно, а несколько, даже много вариантов объяснения расследуемого события, то есть версий. Возникающая на основе имеющихся доказательств версия правдоподобно, т.е. вероятно объясняет обнаруженные следы преступления и позволяет определять стратегию расследования в каждом из возможных направлений. В науке справедливо отмечено, что по своей логической природе версия представляет собой гипотезу, соответственно проверка версии осуществляется тем же путем, что и проверка гипотезы, то есть опытным, экспериментальным путем. Версия проверяется путем проведения следственных действий и сопоставления с ней полученных результатов. Не подтвердившиеся в процессе проверки версии отпадают, а на основе полученных данных выдвигаются и проверяются новые, и так до тех пор, пока, наконец, одна из них не остается единственно возможной.

Выдвижение и проверка версий, как видим, совпадает с собиранием, проверкой и оценкой доказательств и является частью той логической мыслительной деятельности, которая характеризует весь процесс доказывания вплоть до вынесения судом приговора. Для суда, независимого от органов уголовного преследования, выдвинутое и предъявленное лицу обвинение есть лишь одна из двух, как минимум, версий, обосновываемая одной стороной. При этом не исключено, что версия потерпевшего отличается от официальной обвинительной версии, защита имеет свое объяснение события, а суд может сформировать свой, отличный от других, взгляд на обстоятельства дела.

Вопрос о месте в структуре процесса доказывания деятельности по закреплению доказательств связан с понятиями формы и содержания доказательства. Если доказательство — это любые сведения, на основе которых могут быть установлены искомые обстоятельства дела, то закрепление доказательств представляет собой самостоятельную деятельность по сохранению уже полученного доказательства (т.е. сведений) в материалах уголовного дела. Эта деятельность обеспечивает возможность использования доказательства в дальнейшем, так как она направлена на удостоверение факта получения доказательства и соответствия его содержания отраженной в следах преступления информации. В то же время в теории сложилось устойчивое мнение, что процесс закреп-

пления обнаруженной органом расследования информации в материалах дела не отделим от процесса ее получения: любые сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, могут быть использованы в уголовном процессе лишь после их процессуального закрепления в материалах уголовного дела. Пока доказательство не закреплено, «нельзя утверждать, что доказательство действительно обнаружено, так как еще не известно, что именно обнаружено и является ли действительно доказательством то, что обнаружено»⁵⁷. Глубоко исследовав процесс собирания доказательств как информационного и отражательно-го процесса, С.А.Шейфер пришел к убеждению, что фиксация (закрепление) доказательств является составной частью их собирания, поскольку включает в себя «преобразование воспринятой следователем доказательственной информации, а также информации об источниках, условиях и способах ее получения в форму, обеспечивающую эффективное (максимально полное) сохранение и использование полученных данных в целях доказывания»⁵⁸. При таком подходе фиксация доказательства как форма удостоверительной деятельности выступает одной из сторон собирания доказательства, завершающей процесс его формирования.

Отдавая дань глубокого уважения бесспорному вкладу профессора С.А.Шейфера в теорию доказательств, его глубоким разработкам познавательной сущности следственного действия как основного способа собирания доказательств, нельзя не обратить внимания на современные тенденции развития уголовно-процессуального законодательства, дающие, как представляется, весомые основания усомниться в обоснованности разработанного им взгляда на собирание доказательств как на процесс его формирования органами расследования и судом.

Концепция формирования доказательств в уголовном процессе обусловлена наличием в нем досудебной части, основное содержание которой и заключается в поиске, обнаружении и закреплении сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, в целях их сохранения и последующего использования для обоснования обвинения в суде. Не имеющее аналогичной досудебной части, гражданское судопроизводство не нуждается в придании доказательствам какой-либо процессуальной формы, поскольку суд является единственным субъектом, непосредственно получающим сведения об обстоятельствах,

⁵⁷ Строгович, М.С. Указ. соч. — Т.1. — С.302.

⁵⁸ Шейфер, С.А. Указ. соч. — С.41.

имеющих значение для разрешения судебного спора, от (из) их источников. И ГПК, и АПК РФ закрепляют лишь допустимые виды доказательств и их источников — объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, аудио-видеозаписи и заключения экспертов. Процессуальная форма доказательств в гражданском процессе «содержит в себе: а) источник информации и б) определенный способ доведения информации до суда»⁵⁹, определяемый спецификой источника информации. Доказательства в гражданском процессе никто не формирует. Суд получает от сторон доказательства, имеющие определенную форму, его задача — проверить и оценить достоверность содержащейся в них информации и принять решение в соответствии с законом.

Совершенно иначе обстоит дело в процессе уголовном, где вся информация о расследуемом событии вначале воспринимается и проверяется следователем (дознавателем). Именно следователь в процессе производства следственных действий (допроса, осмотра) извлекает информацию из следов преступления (памяти людей или материальных объектов) и фиксирует ее в установленной законом форме. В результате этой познавательной-удостоверительной деятельности следователя возникают протоколы допроса, осмотра, обыска, фиксирующие полученные им сведения, то есть доказательства, взятые со стороны их процессуальной формы. Появление в уголовном деле доказательств, таким образом, есть результат процессуальной деятельности органа расследования по обнаружению, восприятию и закреплению сведений о доказываемых обстоятельствах, в процессе которой этим сведениям придается предусмотренная частью 2 ст. 74 УПК РФ форма, происходит, по мнению С.А.Шейфера⁶⁰, формирование доказательства.

Концепция формирования доказательств как синонима их собирания вполне соответствовала существовавшей во время ее возникновения модели уголовного судопроизводства и потому привлекла много сторонников⁶¹. В уголовном процессе, который не имел состязатель-

⁵⁹ Треушников, М.К. Судебные доказательства/М.К.Треушников. — М.: Городец, 2004. — С.89.

⁶⁰ См.: Шейфер, С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе/С.А.Шейфер. — М.: ВЮЗИ, 1972; Он же. Собираание доказательств в советском уголовном процессе. — Саратов, 1986 и другие работы автора.

⁶¹ См.: например: Белкин, А.Р. Теория доказывания/А.Р. Белкин. — М.: Норма, 1999; Победкин, А.В., Следственные действия/А.В.Победкин, В.Н.Яшин. — Тула: Автограф, 2003; Михеенко, М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве/М.М.Михеенко. — Киев: Вища школа, 1984; Победкин, А.В. Теория

ной формы, доказательства могли быть получены только органами предварительного расследования. А поскольку перед следователем, прокурором и судом стояли общие задачи – быстро и полно раскрыть преступление и изобличить виновного, не допустить, чтобы виновный ушел от ответственности, а невинный был осужден, исследовать обстоятельства дела объективно и всесторонне, результаты познавательной и удостоверительной деятельности следователя (дознателя) признавались доказательствами и в суде, то есть судебными доказательствами.

Однако, как известно, объективность любого научного знания исторична, «мнения, представлявшиеся объективными в одно время, могут оказаться субъективными в другое»⁶², поэтому при анализе данной концепции с точки зрения сегодняшнего дня нельзя не обнаружить ее несоответствия парадигме состязательного уголовного судопроизводства. Рассмотрим основные параметры этого несоответствия.

1. Состязательность уголовного процесса не может не изменять наших представлений о роли следователя в собирании доказательств. Отнесенный законодателем к стороне обвинения следователь не может более претендовать на роль беспристрастного субъекта, а результаты осуществляемой им познавательной деятельности – на роль единственно допускаемых к судебному исследованию доказательств. Процессуальная форма познавательной деятельности дознателя, следователя или прокурора не может по-прежнему претендовать на роль инструмента, обеспечивающего достоверность, правильность, объективность содержания доказательственной информации, поскольку самому субъекту познания отказано в привилегии считаться более объективным и незаинтересованным, чем вторая сторона.

Наличие субъективного элемента в структуре формирования доказательства признает и сам автор концепции. Сущность собирания доказательств, пишет он, представляет «восприятие субъектом доказывания с помощью органов чувств следов преступления, преобразование и сохранение с помощью процессуальных средств возникшего при

и методология использования вербальной информации в уголовно-процессуальном доказывании/А.В.Победкин. – М., 2005; Соловьев, А.Б. Актуальные проблемы досудебных стадий уголовного судопроизводства/А.Б.Соловьев. – М.: Юрлитинформ, 2006.

⁶² Ивин, А.А. Основы социальной философии /А.А.Ивин – М.: Высшая школа, 2005. – С.426.

этом в сознании познавательного образа»⁶³. Восприятие же следов преступления, как и другой информации, процесс субъективный, поэтому формирующиеся у различных субъектов познавательные образы одного и того же явления различны. Свой отпечаток на формирование этого познавательного образа накладывают не только особенности и состояние органов чувств воспринимающего информацию субъекта, но и тот специфический угол зрения, под которым исследуются им обстоятельства дела с учетом выполняемой процессуальной функции. Субъективен даже отбор доказательственной информации, подлежащей закреплению с помощью процессуальных средств, поскольку опосредован стоящими перед познающим субъектом целями.

Не трудно, таким образом, понять, что следователь собирает, то есть отражает в своем сознании, а затем в составляемых им актах не всю наблюдаемую или получаемую его органами чувств информацию, а лишь ту, которая отвечает стоящей перед ним познавательной задаче. Отраженный в составленных следователем протоколах познавательный образ того или иного объекта не является его точной, механической копией, а представляет собой результат его мысленного преобразования познающим субъектом. Попытки выдать за доказательство результат познавательной деятельности следователя или прокурора не соответствуют смыслу понятия доказательства как объективно существующей, независимой от познающего субъекта информации.

2. УПК РСФСР, в соответствии с нормами которого разрабатывалась концепция формирования доказательств, закрепляя правила о собирании доказательств, исходил из авторитарно-бюрократического понимания законности, более соответствующего духу инквизиционной (розыскной) модели уголовного процесса. Принципу законности в такой модели, как отмечается в науке, свойственны инструктивность, юридическая педантичность, то есть неуклонное следование подробным предписаниям закона⁶⁴. Подобная детальная регламентация правил собирания (формирования) доказательств, по мнению С.А.Шейфера, создает условия для объективного отображения сообщаемых данных, а также ограждает права, честь, достоинство граждан от необоснованных стеснений⁶⁵.

⁶³ Шейфер, С.А. Собираение доказательств в советском уголовном процессе. — С.30 и др.

⁶⁴ См.: Смирнов, А.В. Указ.соч. — С.132.

⁶⁵ См.: Шейфер, С.А. Указ.соч. — С.115.

Практика, однако, свидетельствует, что никакая даже сама детальная регламентация законом процедуры следственного действия (процессуальная форма) не является достаточной гарантией ее соблюдения.

Так, участие понятых законом предусмотрено в качестве гарантии законности действий следователя. Однако известно, что это требование закона нарушается повсеместно и ежедневно: в качестве понятых используются не те посторонние лица, которые способны, по мысли законодателя, осуществлять объективный общественный контроль за ходом следственного действия и удостоверить его результаты, а разного рода неофициальные (общественные) помощники, студенты-практиканты, а то и вовсе почти состоящие (негласно) на службе в органах следствия лица. Наличие подписей одних и тех же лиц во многих протоколах следственных действий и в нескольких делах «придает им свойство допустимости», поскольку суд, как правило, не обращает внимания на сообщения об этих нарушениях.

Достаточно распространено в следственной практике нарушение права обвиняемого на защиту, например, когда предъявление обвинения и последующий допрос лица, заключившего соглашение об оказании юридической помощи с конкретным адвокатом, производятся в присутствии другого, приглашенного следователем в обход порядка, установленного соответствующей Палатой адвокатов в соответствии с п.5 ч.3 ст.31 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». Однако суды в оценке таких ситуаций руководствуются, как правило, формальным критерием — наличием в деле ордера, а в протоколе — подписи адвоката.

Постановления о производстве обыска у лиц, находящихся по тем или иным причинам в поле зрения оперативных служб, обосновываемые лишь указанием в рапорте оперуполномоченного на возможную причастность каждого из них к совершению преступления, «пачками» обнаруживаются в уголовных делах о нераскрытых убийствах и иных тяжких преступлениях. Наличие же судебного решения о разрешении на ограничение конституционного права на неприкосновенность жилища позволяет использовать факт «случайного» обнаружения у таких лиц каких-либо запрещенных к обращению предметов в качестве основания для возбуждения нового уголовного дела. Судебный контроль законности предварительного расследования, вводимый как дополнительная гарантия конституционных прав граждан, во многих случаях своего назначения не оправдывает, превратившись в очередную обременительную формальность.

В уголовных делах можно встретить разнообразные справки следователей о якобы совершенных ими действиях или имевших место со-

бытиях — об извещении защитника о дате проведения следственного действия, о присутствии переводчика при совершении процессуальных действий, протоколы которых этого факта отнюдь не отражают, и т.д. и т.п. Перечень фактически незаконных процессуальных действий, выявление которых затруднено наличием удостоверенных следователем соответствующих записей в протоколе, можно продолжать бесконечно. Как видим, процессуальная форма не только не защищает от процессуальных нарушений, но используемая в качестве их прикрытия фактически им способствует.

3. Предусмотренная законодателем процессуальная форма не обеспечивает достоверности полученных в ходе этих действий сведений, а следовательно, не может рассматриваться как единственная гарантия достоверности доказательств и обоснованности вытекающих из них выводов. Призванная в свое время служить гарантией надежности доказательств, полученных органом расследования, концепция их формирования сегодня служит препятствием их объективной, свободной, не предустановленной оценки, как доказательств, представленных стороной обвинения и полученных вне контроля второй стороны.

Соблюдение процессуальной формы доказательства поддается внешнему контролю в большей степени, чем его содержание, достоверность которого трудно оценить с помощью системы формальных критериев. Поскольку оценка доказательства осуществляется преимущественно именно по таким критериям, соблюдение формы начинает выступать как основная⁶⁶ цель процессуальной деятельности, понятие «доказательство» подменяется понятием «допустимое доказательство», а допустимыми признаются лишь доказательства, собранные (т.е. сформированные) органом расследования.

4. В определенной мере следствием этой концепции является искусственное увеличение количества доказательств, ведущее к ложному представлению о наличии их совокупности. Зачастую одна и та же информация присутствует в уголовном деле в различных видах: явка с повинной, показания подозреваемого, показания обвиняемого, показания на очной ставке и в ходе проверки на месте. Понимание следственного (процессуального) действия как способа формирования доказательства позволяет утверждать, что в описанном случае мы имеем несколько «сформированных» таким образом доказательств. Однако в действительности никакого умножения количества доказательств не происходит: в материалах уголовного дела лишь неоднократно зафиксирована исходящая из одного общего источника информация.

⁶⁶ См.: Агутин, А.А. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. — С.94-95.

5. Рассматриваемая концепция позволяла и продолжает позволять теоретически обосновывать процессуальное неравенство сторон в уголовном процессе. При нашей организации предварительного расследования формирование совокупности доказательств полностью сосредоточено в руках субъектов, осуществляющих уголовное преследование. Обвиняемый и его защитник, а также потерпевший как субъекты, не имеющие права собирать доказательства в той процессуальной форме, которая признается единственно возможной, от формирования совокупности представляемых суду доказательств фактически отстранены.

В связи с изложенным уточним понятия. Собирая сведения о событии преступления, следователь формирует доказательственную базу, позволяющую ему сделать и обосновать определенные выводы. Однако он не формирует конкретного доказательства, ибо в этом случае, как заметила П.А.Лупинская, «следователь как бы становится создателем доказательства, что противоречит природе доказательства»⁶⁷. Доказательства создаются в процессе взаимодействия преступления и окружающей среды, следователь же отыскивает, обнаруживает, воспринимает и закрепляет эти доказательства.

Достаточно условен и термин собирание доказательств. Собирать можно лишь явления, имеющие количественную характеристику. Собирать (собрать) означает соединить, сосредоточить в одном месте определенную общность явлений, предметов, людей⁶⁸. Поэтому нельзя говорить ни о собирании, ни о формировании одного, единичного доказательства, но можно о собирании сведений, о формировании совокупности доказательств⁶⁹. От формирования совокупности доказательств, то есть сбора сведений, следует отличать оформление полученных сведений путем составления протоколов и проч. Удостоверительная деятельность органа расследования действительно сопровож-

⁶⁷ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации/отв. ред. П.А.Лупинская. — М.:Юрист, 2004. — С.255.

⁶⁸ См.: Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений/ Российская академия наук. Институт русского языка им В.В.Виноградова. — 4-е изд., доп./ С.И.Ожегов, Н.Ю. Шведова. — М.:Азбуковник, 1999. — С.740.

⁶⁹ В связи с изложенным предложение о замене в УПК термина «собирание доказательств» термином «формирование доказательств» (см.: Доля, Е.А. О собирании и формировании доказательств по УПК РФ/Е.А.Доля //Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии. Материалы круглого стола, 13 ноября 2003 года. — М., 2004. — С.125) представляется неприемлемым.

дает каждый его познавательный шаг, обеспечивает сохранение полученного доказательства в материалах уголовного дела, придает ему определенную процессуальную форму, но это неравнозначно формированию доказательства.

Итак, сбор доказательств — это сбор сведений о преступлении и других имеющих значение для дела обстоятельствах. В соответствии с ч. 1 ст. 86 УПК РФ сбор доказательств осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом путем совершения следственных и процессуальных действий, предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом.

Следственные действия, представляющие собой наиболее совершенный механизм получения доказательственной информации и отражения ее в материалах уголовного дела, являются основным способом сбора доказательств. Процедура каждого из них детально урегулирована законом и достаточно освещена в научной и учебной литературе⁷⁰. В меньшей степени законодательной регламентации в новом УПК подверглись такие процессуальные действия, как представление и истребование доказательств и требование о проведении документальной ревизии, известные и ранее действовавшему закону.

О представлении доказательств как способе пополнения материалов уголовного дела говорят статьи уголовно-процессуального закона, определяющие статус его неофициальных участников — подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, их представителя, а также защитника подозреваемого, обвиняемого. В силу указаний ч. 2 и 3 ст. 86 УПК РФ, они вправе представить находящиеся в их распоряжении предметы и документы, которые могут способствовать установлению обстоятельств, имеющих значение для дела. Доказательства могут быть представлены органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Однако в связи с тем, что закон не содержит никаких указаний о форме такого представления, следует признать допустимыми любые действия по передаче доказательств органу расследования и суду. Не противоречит закону и даже соответствует его смыслу составление протокола представления доказательства, отражающего факт появления доказательства в материалах дела.

⁷⁰ Проблемы следственных действий, выходящие за рамки настоящего исследования, здесь не затрагиваются.

Истребование доказательств органом расследования и судом является способом собирания, главным образом, документов от органов государственной власти и местного самоуправления. Это могут быть копии документов, находящихся в их распоряжении (например, свидетельства о государственной регистрации), составленные ими справки, содержащие обобщенные сведения на основе имеющихся у них документов и иной информации (например, справка о наличии судимости). Не запрещено истребование документов от негосударственных организаций и граждан и даже предметов, которые могут иметь значение вещественных доказательств, если отсутствует угроза их уничтожения или сокрытия. Получение истребованного доказательства также должно найти отражение в материалах дела.

Требование о производстве документальных проверок и ревизий предусмотрено как действие по проверке сообщения о преступлении (ч.1 ст.144 УПК). При направлении следователем или дознавателем такого требования срок проверки сообщения о преступлении может быть продлен прокурором до 30 суток (ч.3 ст.144). Форма требования законом не урегулирована. Задача контролирующих и ревизионных органов определяется органом расследования в самом общем виде. Однако очевидно, что это требование и полученные результаты должны иметь письменную форму.

Каждое полученное органом расследования и судом доказательство подлежат тщательной и всесторонней проверке и оценке с точки зрения его относимости, допустимости, достоверности. УПК называет в качестве **способов проверки доказательств**: а) сопоставление их с другими доказательствами, уже имеющимися в деле, б) установление источников доказательств, в) получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. Как видим, проверка доказательств сочетает в себе практическую (получение доказательств, установление их источников) и мыслительную (сравнение с другими доказательствами) деятельность. В науке обращено внимание на то, что проверка доказательств по отношению к процессу доказывания в целом имеет условную самостоятельность, поскольку она практически растворяется в собирании и оценке доказательств⁷¹. Все элементы процесса доказывания действительно взаимосвязаны: в каж-

⁷¹ См.: Кудрявцева, А.В. Участие адвоката-защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции: монография/А.В.Кудрявцева, В.С.Попов. — Челябинск: Полиграф-Мастер, 2006. — С.17.

дый момент практического доказывания мы имеем и собрание, и проверку, и оценку доказательств, однако это не лишает их самостоятельного содержания и значения.

Основной способ проверки доказательств — получение других доказательств, расширение их совокупности, поскольку оно обеспечивает и установление источников проверяемого доказательства, и возможность сопоставления доказательств между собой. Каждое новое доказательство в этом смысле служит и средством проверки уже имеющихся доказательств, и само проверяется ими. Синонимом проверки доказательств является используемый в теории термин «исследование»⁷².

Оценка доказательств — это мыслительная деятельность, состоящая в анализе и синтезе содержания и формы доказательства и завершающаяся выводом об относимости, допустимости и достоверности каждого доказательства и достаточности в целом их совокупности для принятия процессуального решения (ч.1 ст.88 УПК РФ). Мыслительная деятельность не может регулироваться уголовно-процессуальным законом, она протекает в соответствии с законами человеческого мышления, логики и психологии. В то же время закон устанавливает принципы и правила, которыми следователь и суд должны руководствоваться в процессе оценки доказательств, а также правила процессуального выражения результатов оценочной деятельности. При этом значимость оценки доказательств настолько велика, что законодатель сформулировал правила оценки в качестве принципа уголовного судопроизводства.

В соответствии со ст. 17 УПК РФ судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. Никакие доказательства не имеют заранее установ-

⁷² Этот термин использует Р.С.Белкин: «Исследование доказательств — это познание следователем или судом их содержания, проверка достоверности существования тех фактических данных, которые определяют содержание доказательства, установление согласуемости данного доказательства со всеми остальными доказательствами по делу». Белкин, Р.С. Собрание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы/Р.С.Белкин — М.:Наука,1966. — С.48. На наш взгляд, этот термин более точно передает содержание рассматриваемой деятельности органа расследования и суда, позволяет увидеть сочетание практических и мыслительных операций в ходе проверки (исследования) доказательств.

ленной силы. В своей совокупности эти правила олицетворяют принцип свободной оценки доказательств. **Свободная оценка доказательств – это оценка, осуществляемая самостоятельными субъектами уголовно-процессуальной деятельности, не связанная какими-либо формальными предписаниями и не допускающая никакого принуждения к принятию того или иного решения.**

Свободной оценке доказательств исторически предшествовала формальная теория доказательств, основанная на установлении законом силы отдельных доказательств и возможности их использования⁷³, хотя, как писал И.Я.Фойницкий, «формальная теория никогда не предупреждала несправедливых осуждений и весьма часто приводила к безнаказанности явных преступников»⁷⁴.

Говоря о свободной оценке доказательств, в первую очередь имеется в виду судья, представляющий в конкретном деле независимую судебную власть. Поэтому хотя формально принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению признавался и предшествующими уголовно-процессуальными кодексами советского периода, он не мог быть в полной мере реализован ввиду отсутствия самостоятельной и независимой судебной власти. Как представляется, и сегодня проблема свободной оценки доказательств не решена. Указание в с. 17 УПК рядом с судьей дознавателя, следователя и прокурора есть отголосок прежних представлений, навеянных ранее цитированной ст. 20 УПК РСФСР. Суть свободы внутреннего убеждения в несвязанности его односторонней процессуальной функцией и отсутствии обязанности что-либо доказать. Следователь, как и дознаватель, именно внутренне и не может быть свободен в оценке результатов своего труда, он пристрастен и необъективен. Пристрастен и необъективен прокурор, под руководством и надзором которого производилось расследование. Еще более не свободен государственный обвинитель, представляющий в судебном заседании обвинение, утвержденное вышестоящим прокурором, и не имеющий права без согласования с ним отказаться от обвинения.

⁷³ Такие правила описаны Я.И.Баршевым в изданной в 1841 году вскоре после издания Свода законов Российской империи книге. Например: «свидетельство двух, т.н. *классических свидетелей*, совершенно единогласное, должно быть почитаемо юридически полным и совершенным доказательством.... Показание одного достоверного свидетеля составляет только высшую вероятность». Баршев, Я.И. Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству /Я.И.Баршев. – М.:ЛексЭст, 2001. – С.142.

⁷⁴ Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т.1. – С.186.

Таким образом, субъектом свободной оценки доказательств по своему внутреннему убеждению является рассматривающий и разрешающий уголовное дело суд. Его свобода в оценке доказательств гарантируется:

- состязательностью уголовного судопроизводства, освобождающей судью от обязанности доказывания;
- отсутствием обязанности принять определенное решение;
- отсутствием заранее установленных правил, по которым следует оценивать доказательства;
- отсутствием заранее установленной силы доказательств;
- свободой от внешнего принуждения к принятию решения.

В то же время закон гласит, что внутреннее убеждение судьи должно быть основано на совокупности имеющихся в деле доказательств. Это значит, что оно должно быть объективным. Объективность внутреннего судейского убеждения зависит от возможности учесть аргументы обеих сторон, для чего им и обеспечивается равное право на участие в доказывании и на обжалование принятого судом решения. Подробное освещение проблем внутреннего убеждения не входит в задачу настоящего исследования, отметим лишь сложность и многоплановость этого понятия, формирование которого зависит от многих гносеологических, логических и психологических закономерностей⁷⁵.

Итак, мы рассмотрели процессуальную сторону доказывания, включающую в себя как практические (познавательные и удостоверительные) виды деятельности, так и мыслительные операции. Оценка доказательств как мыслительная деятельность пронизывает все этапы процессуальной деятельности, присутствует как в собирании, так и проверке (исследовании) доказательств. Однако она не исчерпывается оценкой свойств отдельных доказательств в процессе их собирания и проверки, но проникает в невидимые и неосозаемые связи между самими доказательствами и между ними и доказываемыми обстоятельствами. Именно эта (основанная на доказательствах как результатах практической деятельности) мыслительная деятельность позволяет

⁷⁵ Подробнее о формировании внутреннего убеждения см.: Ратинов, А.Р. Судебная психология для следователей/А.Р.Ратинов. — М.: Юрлитинформ, 2001; Грошевой, Ю.М. Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие/Ю.М.Грошевой. — Киев: Вища школа, 1986; Резник, Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств/Г.М.Резник. — М.: Юридическая литература, 1977; Телятников, В.И. Убеждение судьи/В.И.Телятников. — СПб.: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004 и др.

субъекту доказывания путем логических умозаключений установить существование недоступных непосредственному познанию фактов. Поэтому, исследовав практическую сторону доказывания, рассмотрим доказывание и с логической стороны.

§3. Логические основы доказывания

Мыслительная, логическая сторона доказывания состоит в получении знаний путем умозаключений. С точки зрения логики знание об относимости, допустимости и достоверности каждого доказательства есть результат умозаключения об обладании доказательством этими свойствами, к которому субъект доказывания приходит путем совершения мыслительных операций анализа, синтеза, сравнения и пр. Однако главная составляющая мыслительной стороны процесса доказывания по уголовному делу заключается в разрешении с помощью этих знаний проблемы виновности или невиновности подозреваемого, обвиняемого. Поскольку все явления в этом мире взаимосвязаны, знание об определенном явлении возникает как результат установления его связей с другими явлениями. Раскрытие преступления и разрешение проблемы виновности или невиновности обвиняемого тоже требует выявления внутренних (логических) связей между элементами расследуемого события, поскольку без них невозможно построение обоснованных умозаключений. Отражающие различные стороны этого события доказательства образуют некую систему взаимосвязанных элементов, поэтому, чем объективнее и достовернее установлены связи между образующими систему доказательствами, тем объективнее и достовернее основанные на этих доказательствах выводы.

Наибольшей разработке логическая сторона доказывания подвергнута в трудах А.А.Старченко и А.А.Эйсмана⁷⁶. И хотя в той или иной мере этого вопроса касались и другие исследователи процесса доказывания, в дальнейшем изложении в большей степени используются труды именно этих авторов.

⁷⁶ См.: Старченко, А.А. Логика в судебном исследовании / А.А. Старченко. — М.: Госюриздат, 1958; Эйсман, А.А. Логика доказывания / А.А. Эйсман. — М.: Юридическая литература, 1971; Он же. Заключение эксперта (структура и научное обоснование). — М.: Юридическая литература, 1967; Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н.В. Жогина. — М., 1973 (автор соответствующего раздела — А.А. Эйсман).

С точки зрения А.А.Эйсмана, в практике доказывания чаще всего обнаруживаются:

1) связи сущности и явления (убийство путем выстрела из огнестрельного оружия и приобретение этого оружия);

2) причинно-следственные или генетические связи явлений: связь между причиной и следствием (огнестрельное ранение и смерть) и между условием и обусловленным (превышение скорости и авария) как в прямом, так и в обратном направлениях;

3) функциональные связи — количественные связи переменных величин (например, зависимость тормозного пути и скорости движения)

4) индивидуализирующие (объемные) связи, на основе которых устанавливаются родовидовые отношения и отношения тождества.

А.А.Хмыров дополняет этот перечень хронологическими (временными) и локальными (пространственными) связями как универсальными и независимыми от других форм объективных связей явлений, и корреляционной связью (связь соответствия)⁷⁷.

Доказывание на основе любой из названных связей есть построение обоснованного вывода от одного суждения к другому. Процесс построения такого вывода называют в логике умозаключением. Формальная правильность умозаключения, основанного на верных посылках, позволяет сформулировать вывод, соответствующий действительной природе вещей.

Логика делит умозаключения на дедуктивные и индуктивные. И те, и другие используются в уголовно-процессуальном доказывании.

Наиболее простые дедуктивные умозаключения, структура которых включает в себя: а) неизвестное обстоятельство или доказываемый тезис; б) известное обстоятельство — доказательство или аргумент; в) общее положение — суждение, связывающее известное с неизвестным, А.А.Эйсмэн назвал элементарными актами доказывания. Приведем примеры использования в практике доказывания типичных простых (элементарных) дедуктивных умозаключений.

В зависимости от типа используемого связывающего суждения умозаключение может быть условно-категорическим и разделительно-категорическим⁷⁸.

⁷⁷ См.: Хмыров, А.А. Косвенные доказательства / А.А. Хмыров. — М.: Юридическая литература, 1979. — С. 42, 43.

⁷⁸ О типах умозаключений и правилах их построения см., например: Ивлиев, Ю.В. Логика: учебник для вузов. 2-е изд., доп. и перераб. / Ю.В. Ивлиев. — М.: Логос, 1997.

Условно-категорическое умозаключение, например, выглядит так чтобы оставить след пальца на предмете, надо подержать его в руке (это общее, не нуждающееся в доказывании положение). Л. оставил след пальца на пистолете (это аргумент), следовательно, он держал пистолет в руке (вывод, доказываемое положение).

Разделительно-категорическое умозаключение может выглядеть так: убийство потерпевшей путем удушения могли совершить К. и Е. (доказанное положение, вытекающее из совокупности собранных доказательств). Е. не совершал этого убийства (аргумент, установленный постановлением органа расследования о прекращении уголовного преследования в отношении Е.). Следовательно, преступление совершил К.

Такие умозаключения называют условными, поскольку в качестве большой посылки используется условное суждение «если»: вывод верен, если верны посылки, в рассмотренных случаях, если Л. действительно оставил след пальца на пистолете, и если Е. действительно не совершил описанного преступления. При соблюдении условия такие умозаключения позволяют сформулировать категорический, то есть однозначный, единственно возможный вывод. На основе таких умозаключений может быть установлено алиби (если известно, что лицо было в определенном месте, то доказано, что оно не было в месте совершения преступления).

Однако в практике доказывания гораздо более распространены умозаключения, позволяющие сформулировать лишь правдоподобный, вероятный вывод. Например, известно, что для того, чтобы совершить определенное преступление, нужно находиться в месте его совершения. Установлено, что К. был на месте преступления. Вывод, который может быть сделан в процессе рассуждения на основе данной логической связи, звучит так: К. мог совершить это преступление. Аналогичным путем может быть сделан вывод о возможности совершения этого преступления и Е., поскольку он тоже был на этом месте, а также вывод о том, что преступление могли совершить оба. Правдоподобные выводы могут быть сделаны также из доказательств, конкурирующих между собой, но не исключających друг друга: у обвиняемого нет алиби на момент совершения преступления: он не был ни дома, ни на работе, ни... Совокупность таких доказательств позволяет обоснованно предположить, что обвиняемый был на месте совершения преступления, причем с каждым новым доказательством, исключаяющим его пребывание в других местах, степень правдоподобия, надежность вывода повышаются. Как замечает А.А.Эйсман, именно такие **правдоподобные**

умозаключения играют большую роль в доказывании вообще и преобладают в делах, основанных на косвенных доказательствах⁷⁹.

Доказывание любого обстоятельства, имеющего значение для дела, требует способности к логическому рассуждению, умения находить правильные связывающие суждения, отличать категорические выводы от вероятных. При этом следует помнить, что логическая стройность рассуждения не предопределяет достоверности вывода, которая зависит от доброкачественности взятой в качестве логического аргумента информации.

Формулирование выводов на основе умозаключений может быть представлено в виде пирамиды, в основании которой множество элементарных актов доказывания, содержащих выводы из каждого отдельного доказательства, а вершиной является вывод о виновности лица в совершении преступления. Пространство между основанием и вершиной занимают выводы, синтезируемые из элементарных актов доказывания, объединяемых в доказательственные комплексы. Эти выводы носят промежуточный характер и являются ступенями к формулированию вывода о существовании главного факта. Совокупность большого количества доказательств, не связанных между собой, не способна привести к требуемому результату. Поэтому важнейшим условием доказывания является выстраивание иерархии взаимосвязанных доказательств, ведущих к общему выводу.

В работах по теории доказательств принято выделять вспомогательные или проверочные, параллельные и накопительные комплексы доказательств.

Вспомогательные (проверочные) комплексы доказательств образуются за счет объединения (группировки) доказательств в целях усиления и подкрепления вытекающих из них выводов. Такие комплексы образуются главным образом из так называемых проверочных доказательств, с помощью которых устанавливаются вспомогательные факты⁸⁰. Проверочные (вспомогательные) доказательства могут указывать на незаинтересованность свидетеля в исходе уголовного дела (допустим, он ни с кем из участников уголовного процесса не знаком), подтверждать способность свидетеля адекватно воспринимать и передавать информацию путем исключения дефектов зрения, слуха, психики (в зависимости от обстоятельств дела), опровергать доводы обвиняемого об отсутствии свидетеля в месте и в момент совершения преступ-

⁷⁹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 454.

⁸⁰ Об этом более подробно изложено в следующей главе.

ления (допустим, его видели другие свидетели) и т.д. и т.п. Каждое вспомогательное доказательство позволяет путем отдельного умозаключения повышать надежность основного, то есть проверяемого доказательства. Используя в качестве примера свидетельские показания, мы от общего умозаключения о возможном соответствии этих показаний фактическим обстоятельствам дела переходим к менее общим умозаключениям о вероятности соответствия действительности показаний свидетеля: а) незаинтересованного в исходе дела; б) бывшего непосредственным очевидцем описываемого события; в) не имеющего дефектов, зрения, слуха или психики. Вспомогательные доказательства позволяют, таким образом, перейти от менее определенного суждения к суждению, более определенному.

Еще в большей степени правдоподобие вывода повышается, если он является логическим следствием различных, внешне не связанных между собой доказательств. Самый простой пример — наличие нескольких незнакомых между собой свидетелей, показания которых совпадают по своему содержанию. Более сложный — совпадение информационного содержания разных видов доказательств. Например, показания обвиняемого о том, что он подкарауливал свою жертву, подтверждаются обнаруженными при осмотре места происшествия отпечатками обуви, изъятыми у обвиняемого ботинками соответствующего размера, заключением эксперта о совпадении следов с размером и рисунком подошвы этих ботинок. Надежность вывода, к которому на основе такого комплекса доказательств путем умозаключений приходит следователь, не пострадает и в случае утраты одного из образующих этот комплекс доказательств (например, обвиняемый откажется впоследствии от дачи показаний). Добавим, что каждое входящее в простой или сложный **накопительный комплекс доказательств** является ядром образовавшегося вокруг него проверочного комплекса.

Параллельные комплексы доказательств образуются из доказательств, направленных на установление различных обстоятельств, из совокупности которых может быть сделан общий вывод. Одна группа доказательств устанавливает мотив совершения убийства, другая подтверждает фальсификацию доказательств, третья исключает возможность совершения преступления другими лицами. Изолированные друг от друга, эти комплексы параллельны, так как ведут к одному общему выводу⁸¹. Как считает А.А.Эйсмэн, накопление доказательств, содер-

⁸¹ Уголовное дело, основанное именно на такой совокупности доказательств, будет подробно разобрано в следующих разделах.

жание которых объективно направлено к одному выводу, с точки зрения логической формы есть особый вид индуктивного умозаключения⁸².

Индуктивная логика в отличие от дедуктивной не является только формальной логикой. В процессе индуктивных умозаключений обычно используются специальные методологические средства, повышающие степень правдоподобия умозаключения, в зависимости от которых индукция делится на ненаучную (популярную) и научную⁸³. Напомним, что индукция представляет собой рассуждение от частного к общему. Обобщающие индуктивные заключения (неполная индукция) используются в дедуктивных в качестве того общего положения, с которым связывается аргумент (например, незаинтересованный свидетель не склонен ко лжи).

Итак, вывод о совершении преступления определенным лицом есть разновидность индуктивного умозаключения. По мере накопления все большего количества доказательств, каждое из которых лишь вероятно (косвенно) свидетельствует о существовании доказываемого обстоятельства, выявляется связь этих доказательств и между собой. Их связывает та общая сущность, с которой взаимодействует каждое из них как самостоятельное явление. Характерной «особенностью индуктивного вывода является принципиально неограниченная возможность увеличения его надежности до любого, сколь угодно высокого уровня»⁸⁴. Излишне напоминать, что рассмотренные комплексы доказательств могут быть использованы как для обоснования, так и для опровержения любого выдвинутого в качестве гипотезы (версии) положения.

Рассмотренные основы логического мышления имеют значение для предметно-практической деятельности субъектов уголовного процесса, позволяя адекватно реагировать на любую поступающую в их распоряжение информацию. Однако в уголовно- процессуальной деятельности имеются этапы, состоящие исключительно в аргументации, то есть обосновании утверждения. Закон говорит об обоснованности любого решения официального субъекта уголовного процесса, однако требование приведения системы аргументов отчетливо изложено лишь применительно к приговору (ст. 297,305,307 УПК РФ), кассационно-

⁸² См. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.465.

⁸³ См. об этом: Ивлиев, Ю.В. Указ.соч. — С.106.

⁸⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.465.

му определению и постановлению суда надзорной инстанции (ст. 388, 408 УПК). В обвинительном заключении в соответствии со ст. 220 УПК РФ приводится лишь перечень доказательств, хотя понятно, что приведению этого перечня, как, впрочем, и любому процессуальному решению, предшествует аналитическая мыслительная работа. Но наиболее отчетливо аргументация процессуальной позиции проявляется в судебных стадиях, где не просто происходит открытое столкновение сторон, но имеется субъект, которому адресуются аргументы и который на основе этой аргументации принимает свое исключительное властное решение. Судебная аргументация не ограничивается, как иногда считают, изложением системы доводов в прениях сторон, ибо аргументы сторон — это не только рассуждения, а те доказательства, на которых они основаны. Поэтому наиболее важная часть судебной аргументации — представление и исследование сторонами доказательств в судебном следствии⁸⁵.

§4. Субъекты доказывания.

Обязанность доказывания

Рассмотренное выше понятие доказывания позволяет, во-первых, определить круг субъектов доказывания, во-вторых, устранить двусмысленность, существующую много лет в определении обязанности доказывания и субъектов, ее осуществляющих. Рассмотрим по порядку.

Субъектами доказывания принято считать участников уголовного процесса, играющих в доказывании не разовую, эпизодическую, а постоянную, длительную (хотя бы в пределах одной стадии процесса) роль. Субъекты доказывания, таким образом, это не все участники уголовного процесса, а лишь те, которые имеют в нем самостоятельный или представляемый процессуальный интерес. Процессуальный интерес может носить публичный или личный характер, поэтому в зависимости от защищаемого интереса субъекты доказывания делятся на две группы. К первой относятся субъекты доказывания, деятельность которых направлена на защиту публичного интереса — дознаватель, орган дознания, следователь, начальник следственного отдела, прокурор, государственный обвинитель. Все это официальные субъекты уголовного процесса, обязанные в силу служебных обязанностей выполнять опре-

⁸⁵ Рассмотрение этих исключительно важных и интересных вопросов, к сожалению, выходит за рамки данного исследования.

деленные процессуальные действия и принимать официально-властные решения, например, возбудить уголовное дело, привлечь лицо в качестве обвиняемого, прекратить уголовное преследование или отказаться от его продолжения. Эти лица вправе применять меры принуждения к другим участникам уголовного процесса в целях пресечения и предупреждения с их стороны действий, препятствующих доказыванию. В то же время они обязаны обеспечить гарантированные законом права и свободы других субъектов уголовного процесса.

Вторая группа субъектов доказывания включает в себя лиц, имеющих в уголовном процессе непосредственный, личный интерес, поскольку результаты уголовного судопроизводства способны создать для них определенные права и обязанности. К ним относятся подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, а также гражданский истец и гражданский ответчик, лично заинтересованные в исходе уголовного дела.

К этой же группе должны быть отнесены и лица, представляющие в доказывании чужой личный интерес. Это защитник, представитель потерпевшего, а также представители гражданского истца и гражданского ответчика, процессуальная деятельность которых производна от представляемых ими участников уголовного процесса. Эти субъекты доказывания отличаются от официальных должностных лиц отсутствием каких бы то ни было властных полномочий. Однако они в состоянии влиять на принимаемые официальными субъектами решения путем реализации принадлежащих им достаточно широких прав — заявления ходатайств, представления доказательств, обжалования действий и решений субъектов первой группы.

Принципиальное отличие субъектов первой и второй групп проявляется в их отношении к обязанности доказывания.

УПК РСФСР, в силу изложенной выше его характеристики, такого понятия не содержал. Пресловутая ст. 20 УПК РСФСР позволяла считать обязанностью доказывания обязанность всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела, выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства. Такое представление об обязанности доказывания позволяло считать ее тождественной обязанности осуществлять уголовное судопроизводство, что стирало различия между субъектами уголовного процесса и размывало ответственность. Закономерным образом возникал вопрос: как понимать установленный ч. 2 ст. 20 УПК РСФСР запрет переложить обязанность доказывания на обвиняемого, ведь обвиняемый не имеет права всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. Положения ч. 2

ст. 20 УПК не могли быть поняты иначе, как недопустимость переложить на обвиняемого обязанность доказать свою невиновность. Соответственно, обязанность доказывания не могла быть не чем иным, как обязанностью доказать выдвинутое в отношении лица обвинение.

Сформулированная ранее в ряде постановлений Пленума Верховного Суда СССР именно таким образом обязанность доказывания нашла свое закрепление в ст. 14 нового Уголовно-процессуального кодекса: «Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого и обвиняемого, лежит на стороне обвинения».

Итак, обязанность доказывания – это обязанность доказать виновность лица в совершении преступления. В содержание этой обязанности входит доказывание и самого факта, то есть события, преступления, и его уголовной противоправности, и достаточной степени для признания преступлением общественной опасности совершенного лицом деяния. Доказывание виновности включает в себя также опровержение обстоятельств, исключающих преступность деяния и возможность привлечения лица к уголовной ответственности (невменяемость, необходимая оборона и др.). Выполнить обязанность доказывания выдвинутого в отношении лица обвинения можно только с помощью доказательств, поэтому обязанность доказывания реализуется путем собирания, проверки и оценки доказательств. Таким образом, обязанность доказывания можно определить и как обязанность собирания, проверки и оценки доказательств в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления.

Обязанность (бремя) доказывания в полной мере возложена на субъекты первой группы. Рассмотрим каждого из них.

Прокурор – основной субъект доказывания, стоящий во главе всех органов, осуществляющих уголовное преследование. Без прокурора не может быть начато предварительное расследование, он принимает решение о направлении уголовного дела в суд и обеспечивает поддержание в суде государственного обвинения. В соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК РФ прокурор уполномочен от имени государства осуществлять уголовное преследование, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. Однако означает ли такая формулировка, что прокурор выполняет в уголовном процессе две функции – надзора в стадии предварительного расследования и обвинения в суде? Думается, что для такой постановки вопроса нет оснований.

Задача прокурора в судебном разбирательстве уголовного дела — обосновать обвинение, доказать суду виновность подсудимого. Выполнение этой задачи возможно лишь при условии квалифицированно проведенного предварительного расследования, в ходе которого формируется совокупность доказательств, изобличающих обвиняемого. Для прокурора предварительное расследование — необходимый этап подготовки к основному сражению в суде. Он обязан обеспечить его законность, поскольку в судебном разбирательстве каждый шаг органа расследования подвергнется тщательной проверке в условиях состязательности и гласности. Доказательства, полученные с нарушением закона, не будут использованы судом, а их исключение из материалов дела ослабит позицию обвинения. Нарушения уголовно-процессуального закона в процессе расследования вполне способны привести к невозможности постановления судом законного и обоснованного приговора. Выполнение прокурором обязанности доказать обвинения находится в зависимости от законности предварительного расследования, поэтому надзор прокурора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия является средством обеспечения функции уголовного преследования подозреваемого, обвиняемого. В стадии предварительного расследования доказывание осуществляется прокурором путем осуществления надзора за органами следствия и дознания, в стадии судебного разбирательства — путем поддержания государственного обвинения.

Статья 37 УПК РФ дает прокурору возможность контролировать каждый шаг органа расследования — от приема и регистрации сообщения о преступлении до принятия итогового решения (о направлении уголовного дела в суд или о прекращении уголовного дела и уголовно-го преследования). Формы осуществления прокурором доказывания различны. Он вправе давать согласие на процессуальные действия и решения или отказать в такой согласии, давать письменные и устные указания органу расследования по любому вопросу, отменять незаконные постановления следователя, дознавателя и нижестоящего прокурора, рассматривать жалобы на действия органа расследования, разрешать отводы и отстранять следователя и дознавателя от производства расследования, передавать дело другому лицу и др.

Некоторые — новые — полномочия прокурора вызывают в науке и практике ряд вопросов. В частности, в силу п.4 ч. 2 ст.37 прокурор дает согласие дознавателю, следователю на возбуждение уголовного дела. В соответствии со ст. 146 (ч.4) УПК РФ он это делает незамедлительно по получении постановления следователя. Следователь также

незамедлительно должен направить прокурору вынесенное им постановление. Но что такое незамедлительно, во-первых, и вправе ли следователь совершать какие-либо процессуальные действия, в том числе не терпящие отлагательства, до получения согласия прокурора, во-вторых? Следует согласиться с И.Б.Михайловской в том, что «положительная оценка прокурором постановления следователя о возбуждении уголовного дела санкционирует дальнейшее производство расследования, а отрицательная равносильна его (прокурора) решению о прекращении дела»⁸⁶. При таком подходе результаты следственных действий, произведенных до получения согласия или отказа прокурора, сохраняют свое доказательственное значение. Однако этот вопрос во избежание ненужных дискуссий требует более четкой законодательной регламентации.

Требует согласия прокурора и решение органа расследования о возбуждении перед судом ходатайства о даче согласия на производство некоторых следственных действий (осмотр и обыск жилища, наложение ареста на корреспонденцию и пр.). Статус этого согласия также недостаточно определен. Получение согласия прокурора не дает следователю права произвести следственное действие, однако без него следователь не вправе обратиться в суд. Иногда возникают и более неопределенные ситуации. Например, произведя без согласия суда при наличии исключительных обстоятельств осмотр или обыск в жилище, следователь в течение 24-х часов должен уведомить об этом суд и прокурора. Получив уведомление, суд вправе признать произведенное действие незаконным, а все полученные доказательства недопустимыми (ч.5 ст.165 УПК). Роль прокурора при этом действии не ясна.

Несмотря на недостаточную определенность некоторых положений нового УПК, следует признать, что прокурор имеет достаточно широкие полномочия для осуществления доказывания в досудебном производстве, соответствующие его ответственности за законность и обоснованность расследования и его результатов⁸⁷.

Статус **государственного обвинителя** существенно меняет роль прокурора в доказывании в стадии судебного разбирательства. Государственный обвинитель в суде утрачивает свои властно-распорядительные полномочия, его права в суде равны правам других участников су-

⁸⁶ Михайловская, И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе/И.Б.Михайловская. — М.: Проспект, 2006. — С.31.

⁸⁷ Там же. — С.28.

дебного разбирательства — заявлять ходатайства, представлять доказательства и участвовать в их исследовании. Властными полномочиями в этой стадии обладает только суд, решения которого обязательны и для государственного обвинителя. В то же время участвующий в судебном разбирательстве прокурор своими решениями оказывает существенное влияние на объем и пределы исследования доказательств, на исход судебного разбирательства. Государственный обвинитель вправе изменить обвинение в благоприятную для обвиняемого сторону, отказаться от обвинения как в определенной части, так и полностью. Изменение обвинения прокурором влечет и изменение пределов судебного разбирательства. Полный или частичный отказ прокурора от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей части (ч.7 ст.246 УПК РФ). Такое правило обусловлено положениями части 1 статьи 252 УПК РФ: судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого и только по предъявленному ему обвинению, что в полной мере соответствует концепции уголовного иска: *neto iudex sine actore* — нет судьи без истца.

В необходимых случаях прокурор продолжает доказывание и после вынесения судом приговора, добиваясь его отмены или опровергая доводы настаивающих на отмене приговора других участников уголовного процесса. В этой связи нельзя не коснуться права прокурора добиваться отмены вступившего в законную силу оправдательного приговора, а также обвинительного приговора по мотивам, ухудшающим положение осужденного.

Как известно, ст. 405 УПК РФ закрепляет недопустимость поворота к худшему при пересмотре приговора в порядке надзора. Данный запрет, являющийся, по существу, конкретизацией общеправового принципа справедливости и направленный на обеспечение правовой безопасности и правовой определенности и стабильности, нашел отражение в Уголовном кодексе Российской Федерации: согласно ст. 6, наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. соответствовать характеру и степени опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного; никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление.

Однако постановлением № 5-П от 11 мая 2005 года Конституционный Суд РФ это положение уголовно-процессуального закона признал не соответствующим Конституции РФ в той мере, в какой оно препят-

ствуует устранению допущенных в предшествующем разбирательстве существенных (фундаментальных) нарушений, повлиявших на исход дела. Определяя, таким образом, свою правовую позицию, Конституционный Суд исходил из того, что неисправление судебной ошибки при наличии существенных (фундаментальных) нарушений искажало бы саму суть правосудия, смысл приговора как акта правосудия, разрушая необходимый баланс конституционно защищаемых ценностей, в том числе прав и законных интересов осужденных и потерпевших⁸⁸. Конституционный Суд указал, что впредь до внесения соответствующих изменений и дополнений в уголовно-процессуальное законодательство пересмотр в порядке надзора по жалобе потерпевшего, его представителя и по представлению прокурора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении, ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела, допускается лишь в течение года по вступлении их в законную силу. Однако до настоящего времени, хотя с момента принятия этого постановления прошло более полутора лет, соответствующие изменения в УПК РФ так и не внесены. Думается, это связано с поиском тех самых фундаментальных нарушений, которые должны влечь отмену приговора, вступившего в законную силу.

Связанность материалами уголовного дела придает доказыванию в стадиях пересмотра приговора в большей степени характер логической деятельности. Исключение составляет возобновление дел ввиду вновь открывшихся обстоятельств, где доказывание осуществляется в общем порядке, поскольку основания для пересмотра приговора должны быть установлены вступившим в законную силу приговором суда или определением, постановлением о прекращении уголовного дела за истечением срока давности, вследствие акта амнистии или помилования, в связи со смертью обвиняемого или недостижением возраста, с которого наступает уголовная ответственность (ч.5 ст.413 УПК РФ). Следственные действия могут производиться и для установления новых обстоятельств, указанных в п.3 ч. 4 ст.413 УПК РФ.

Основной субъект доказывания в досудебных стадиях уголовного процесса — **следователь**, осуществляющий уголовное преследование под

⁸⁸ Вестник Конституционного Суда РФ. — 2005. — №4.

руководством прокурора. Основная задача следователя — собрать доказательства, достаточные для того, чтобы прокурор мог в суде добиться обвинительного приговора для обвиняемого. Подчиненная роль следователя как субъекта доказывания проявляется в обязанности исполнения им указаний прокурора, касающихся производства следственных действий. В то же время следователю принадлежит определенная процессуальная самостоятельность в принятии важнейших решений, определяющих судьбу уголовного дела — о привлечении в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объеме обвинения, об избрании, отмене или изменении меры пресечения, избранной следователем в отношении подозреваемого, обвиняемого, об отказе в даче согласия на возбуждение перед судом ходатайства о проведении некоторых следственных действий, о направлении дела в суд или о его прекращении, а также об отводе или отстранении следователя от производства расследования и передаче дела другому следователю (ч.3 ст.38 УПК РФ). Обжалование указаний прокурора по перечисленным вопросам вышестоящему прокурору позволяет следователю приостановить их выполнение. Забота законодателя о свободе внутреннего убеждения следователя обусловлена непосредственной близостью последнего к источникам доказательств, однако право следователя обжаловать указания прокурора не выводит его деятельность из-под надзора — следователь обращается к вышестоящему органу, надзирающему за расследованием. Процессуальная самостоятельность следователя не может иметь абсолютного характера. Следователь и прокурор — звенья одной цепи, в которой младший подчиняется старшему, поскольку именно последний несет всю полноту ответственности за доказанность обвинения.

Самостоятельность следователя ограничена также необходимостью предварительного получения согласия суда на производство следственных действий, сопряженных с ограничением конституционных прав и свобод личности — неприкосновенности личности, жилища, тайны корреспонденции, телефонных переговоров, тайны вкладов и счетов в банках и иных кредитных организациях (ч.2 ст.29 УПК РФ).

Несмотря на это, следователь обладает широкими полномочиями, позволяющими ему всесторонне исследовать обстоятельства расследуемого преступления с тем, чтобы предъявить лицу обоснованное обвинение. Конкретное их содержание будет рассмотрено позднее.

Дознаватель, говоря словами И.Б.Михайловской, занимает с точки зрения объема полномочий низшую ступень в иерархии должностных

лиц, представляющих сторону обвинения⁸⁹. Осуществляя расследование по отнесенным к его компетенции делам, дознаватель по сравнению со следователем обладает меньшим объемом полномочий и значительно меньшей самостоятельностью. Для дознавателя обязательны все без исключения указания прокурора, а также указания начальника органа дознания (ч.4 ст.41). Кроме согласия прокурора и суда, на производство некоторых следственных действий ему требуется также согласие начальника органа дознания. Дознаватель расследует менее сложные уголовные дела, срок дознания ограничен 20-ю сутками, он не вправе, по общему правилу, привлечь лицо в качестве обвиняемого, обязан по поручению начальника органа дознания выполнять неотложные следственные действия по делам, расследуемым в форме предварительного следствия.

Учитывая, что к органам дознания относятся органы внутренних дел, а также иные органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности, ч.2 ст. 41 УПК запрещает возлагать полномочия по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному делу оперативно-розыскные мероприятия. Нарушение этого правила чревато недопустимостью полученных этим лицом доказательств.

Глава 6 УПК РФ к участникам уголовного процесса со стороны обвинения относит также начальника следственного отдела и орган дознания, однако полномочия органа дознания по поручению начальника органа дознания или его заместителя реализуются дознавателем (ч.1 ст.41), а начальник следственного отдела, совершая следственные и иные процессуальные действия, связанные с собиранием доказательств, пользуется полномочиями следователя.

Все иные субъекты доказывания как со стороны обвинения, так и со стороны защиты, не обладая полномочиями по производству расследования, не несут какой-либо обязанности осуществлять доказывание. Однако, защищая свои права и законные интересы, они вправе активно участвовать в доказывании.

Особое место среди субъектов доказывания, выполняющих функцию обвинения, занимает **потерпевший**, обвинительный статус которого обусловлен его ролью жертвы в событии преступления. Испытываемые потерпевшим чувства делают его глубоко заинтересованным

⁸⁹ См.: Михайловская, И.Б. Указ.соч. – С.32.

в результатах расследования, в изобличении преступника и его справедливом наказании. Гарантировав потерпевшим от преступлений охрану их прав, компенсацию причиненного вреда и доступ к правосудию, Конституция РФ (ст.52) обусловила то положение статьи 6 УПК РФ, которое называет защиту прав и законных интересов потерпевших назначением уголовного судопроизводства, а также предоставление потерпевшему возможности лично или с помощью своего представителя участвовать в доказывании факта совершения преступления и других обстоятельств, имеющих для него значение. Объективное направление деятельности потерпевшего совпадает с официальной деятельностью органов уголовного преследования, что, однако, не исключает возможности диаметрального расхождения их позиций и интересов. Потерпевший вправе обжаловать действия и решения дознавателя, следователя и прокурора, в том числе преграждающие ему доступ к правосудию (например, об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела и/ или уголовного преследования).

Несмотря на кажущуюся четкость определения законодателем статуса потерпевшего и значительное расширение принадлежащих ему прав (ст.42 УПК), реализация этих прав определенным лицом сталкивается с некоторыми затруднениями. Формально статус потерпевшего лицо получает в момент вынесения официальным лицом постановления о признании его потерпевшим. Соответственно до этого момента лицо не вправе воспользоваться теми правами, которые представлены потерпевшему, несмотря на то, что уже в момент возбуждения уголовного дела следователь имеет в своем распоряжении достаточно сведений, указывающих на причинение преступлением вреда определенному лицу. Статья 125 УПК РФ, предоставляя право обжалования постановления о возбуждении уголовного дела заявителю о преступлении, имеет в виду именно потерпевшего, которому данным постановлением преграждается доступ к правосудию, да и ст. 52 Конституции РФ, гарантируя право на возмещение вреда, причиненного преступлением, называет это лицо потерпевшим. Поэтому, рассматривая потерпевшего в его конституционно-правовом смысле, следует признать целесообразным предоставление лицу прав потерпевшего с момента обнаружения факта причинения ему вреда, то есть с момента возбуждения уголовного дела.

Неудачная формулировка ст. 45 нового УПК РФ первоначально была истолкована, как ограничивающая право потерпевшего иметь своим представителем только профессионального адвоката, а соответственно, и как ограничивающая свободу выбора потерпевшим своего

представителя в уголовном процессе, что не могло пройти без внимания Конституционного Суда РФ. Конституционный Суд не нашел оснований для вмешательства, однако разъяснил, что, конституционно-правовой смысл статьи 45 не исключает, что представителем потерпевшего и гражданского истца в уголовном процессе могут быть иные – помимо адвокатов – лица, в том числе близкие родственники, о допуске которых ходатайствует потерпевший или гражданский истец⁹⁰.

Активность потерпевшего в процессе доказывания прямо связана со степенью его информированности о ходе расследования, однако реальное обеспечение этого права нельзя признать удовлетворительным. Например, потерпевшим вопреки требованиям ст.42 УПК не сообщается о предъявленном обвиняемому обвинении, о поданных в ходе досудебного производства жалобах, даже об окончании предварительного расследования. В немалой степени этому способствуют недостаточно четкие формулировки закона, так что законодателю есть над чем работать.

Наибольшую актуальность в настоящее время приобрел вопрос о праве потерпевшего на продолжение уголовного преследования вопреки позиции официального органа обвинительной власти. Необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела или отказ от продолжения уголовного преследования в стадии предварительного расследования потерпевший вправе обжаловать не только прокурору, но и в судебном порядке. Однако отказ прокурора от обвинения в судебном разбирательстве становится для потерпевшего непреодолимым. Предоставленная потерпевшему возможность обжаловать постановление суда о прекращении уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения⁹¹ имеет смысл лишь в том случае, если вышестоящий прокурор признает необоснованным отказ от обвинения со стороны государственного обвинителя. В иных случаях государство должно публично признать отсутствие возможности защитить потерпевшего, принести ему свои извинения и принять на себя заботу о компенсации причиненного преступлением вреда.

⁹⁰ См.: Определение от 5 декабря 2003 г.; от 20 декабря 2005 года// Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

⁹¹ Постановлением Конституционного Суда РФ № 18-П от 8 декабря 2003 года часть девятая ст. 246, не допускающая обжалование в кассационном и надзорном порядке таких постановлений суда, признана не соответствующей Конституции Российской Федерации. См.: Вестник Конституционного Суда РФ. – 2004. – № 1.

Статус **частного обвинителя** потерпевший имеет по делам о преступлениях, уголовное преследование которых осуществляется в частном порядке. Устанавливая процедуру производства по делам частного обвинения, законодатель исходил из того, что указанные в ч. 2 ст. 20 УПК Российской Федерации преступления относятся к числу тех, которые не представляют значительной общественной опасности и раскрытие которых по общему правилу не вызывает трудностей. В связи с этим потерпевший сам может осуществлять уголовное преследование лица, совершившего в отношении него соответствующее преступление, — обращаться за защитой своих прав и законных интересов непосредственно в суд и доказывать как сам факт совершения преступления, так и виновность в нем конкретного лица, минуя обязательные в иных ситуациях (по делам частно-публичного и публичного обвинения) процессуальные стадии досудебного производства.

Частный обвинитель вправе использовать в судебном разбирательстве весь арсенал предусмотренных законом судебных действий. В тех случаях, когда он испытывает затруднения в доказывании обвинения, суд вправе оказать ему помощь в собирании доказательств, а органы следствия и дознания обязаны принять меры, направленные на установление личности виновного в этом преступлении и привлечение его к уголовной ответственности в закрепленном уголовно-процессуальным законом порядке⁹².

Участником процесса на стороне обвинения является также **гражданский истец**, поскольку доказывание оснований и размера причиненного ему вреда, а также причинной связи между причиненным вредом и преступлением объективно совпадает с доказыванием обвинения. Чаще всего гражданским истцом является потерпевший, однако нельзя исключить ситуации несовпадения этих лиц. Например, при совершении преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ (нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств), потерпевшим является лицо, здоровью которого был причинен физический вред. Владелец транспортного средства, с которым столкнулся нарушитель правил дорожного движения, не пострадавший от этого преступления, вправе предъявить гражданский иск к обвиняемому, но потерпевшим не является.

⁹² Такое разъяснение дано Конституционным Судом РФ в Постановлении № 7-П от 27 июня 2005 года. См.: Вестник Конституционного Суда РФ. — 2005. — № 4.

Права гражданского истца в доказывании аналогичны правам потерпевшего.

Участники уголовного процесса со стороны защиты — подозреваемый, обвиняемый, защитник — наделены достаточно широкими полномочиями по оспариванию обвинения, но как было сказано, обязанность доказать что-либо на них не возложена. Не несет обязанности доказывания и защитник, хотя в силу своего профессионального статуса адвоката защитник обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами (ст.7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»). Гарантией прав подозреваемого, обвиняемого по участию в доказывании, являются также обязанности дознавателя, следователя, прокурора и суда рассматривать и разрешать заявляемые ими ходатайства о производстве следственных и иных процессуальных действий по собиранию и проверке доказательств.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ существенно изменил понятие **подозреваемого** по сравнению с УПК РСФСР и значительно расширил круг лиц, имеющих статус подозреваемого. УПК РСФСР признавал подозреваемыми только лиц, к которым были применены мера пресечения или задержание⁹³, в связи с чем в теории постоянно возникал вопрос о гарантиях прав лица, не подвергнутого этим мерам процессуального принуждения, но допрашиваемого в связи с фактическим подозрением его в совершении преступления. Такое лицо имело процессуальный статус изобличаемого свидетеля нередко до предъявления обвинения, которое часто совпадало по времени с окончанием предварительного расследования. Следователь формально был вправе предупреждать его об уголовной ответственности не только за дачу заведомо ложных показаний, но и за отказ и уклонение от дачи показаний.

⁹³ Считалось и вполне обоснованно, что задержание и применение меры пресечения возможны только при наличии оснований подозревать лицо в совершении преступления (см.: Карнеева, Л.М. Показания обвиняемых и подозреваемых/Л.М. Карнеева//Теория доказательств в советском уголовном процессе. Гл. X. — С.609), однако упускалось из виду, что далеко не всегда наличие такого подозрения достаточно для задержания или применения меры пресечения. Допрос фактически подозреваемого в качестве свидетеля позволял получить дополнительные основания для применения этих мер. Кроме того, ни задержание, ни мера пресечения не являются (и не являлись) обязательными мерами, их применение зависит от усмотрения следователя, дознавателя.

ний. И хотя судебная практика и в то время не считала возможным выносить обвинительные приговоры таким лицам за указанное преступление, сам факт предупреждения перед допросом о возможной уголовной ответственности за отказ или уклонение от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний правомерно рассматривался теорией как психическое принуждение к даче показаний, а точнее — к признанию вины.

Решающую роль в обеспечении прав лица с таким формально неопределенным процессуальным статусом сыграло Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 года № 11-П по жалобе гражданина В.И. Маслова в связи с нарушением его конституционного права на защиту ст. 47 и 51 УПК РСФСР.

Как следовало из жалобы, в ходе расследования по уголовному делу, возбужденному по признакам преступления, предусмотренного статьей 163 УК РФ, по месту жительства гражданина В.И. Маслова был произведен обыск, после чего он был принудительно доставлен в региональное управление по борьбе с организованной преступностью, где удерживался более 16 часов. За это время в отношении него был проведен ряд других следственных действий — опознание, допрос в качестве свидетеля, очная ставка.

В ответ на ходатайство В.И. Маслова об обеспечении его помощью адвоката (защитника) следователь разъяснил ему, что в соответствии с частью первой ст. 47 УПК РСФСР такая помощь предоставляется только обвиняемому — с момента предъявления обвинения и подозреваемому — с момента объявления ему протокола задержания или постановления о применении к нему меры пресечения в виде заключения под стражу, а поскольку В.И. Маслов в данный момент по своему процессуальному положению является свидетелем, его просьба не может быть удовлетворена. Протокол о задержании в качестве подозреваемого был объявлен В.И. Маслову после того, как он уже длительное время находился в положении фактически задержанного, и в отношении него были проведены опознание, допрос в качестве свидетеля и очная ставка.

Конституционный Суд, ссылаясь на Конституцию РФ и нормы международного права, указал, что право на помощь адвоката (защитника) не может быть ограничено федеральным законом, поэтому применительно к его обеспечению понятия «задержанный», «обвиняемый», «предъявление обвинения» должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом им Уголовно-процессуальным кодексом более узком смысле. В целях реализации названного конституци-

онного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со ст. 51 (часть 1) Конституции Российской Федерации права не давать показаний против себя самого). Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику). Тем самым обеспечиваются условия, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом против него обвинении и, следовательно, эффективно защищаться, и гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств⁹⁴.

Однако следует сказать, что, несмотря на существенное расширение ст. 46 УПК РФ круга лиц, признаваемых подозреваемыми (к ним причислено также лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело), правовая позиция Конституционного Суда РФ учтена законодателем не в полной мере. Правовая регламентация понятия подозреваемого путем формализованного перечня по-прежнему не обеспечивает прав лиц, фактически подвергнутых уголовному преследованию путем совершения в отношении них иных действий (обыск, опознание, допрос). Возможна ситуация, когда уголовное дело возбуждается не в отношении конкретного лица, а по факту совершения преступления неизвестным лицом, в то время как оно либо в действительности известно, либо становится известно после возбуждения уголовного дела, но у органа расследования не возникает необходимости производить задержание или применять меру пресечения, например, в случае явки лица с повинной и принятия им на себя обязательства о явке по вызовам следователя, дознавателя. Понятие подозреваемого, таким образом, нуждается в дальнейшем уточнении на законодательном уровне.

⁹⁴ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. – 2000. – №5.

Руководствуясь приведенным толкованием этого понятия в Постановлении Конституционного Суда РФ, во всех спорных ситуациях, связанных с определением объема предоставляемых процессуальных прав и гарантий, в том числе в процессе дачи показаний, следует исходить не из формального понятия подозреваемого, а из его конституционно-правового смысла. Поэтому в качестве подозреваемого следует рассматривать лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, которое задержано по подозрению в совершении преступления, к которому применена одна из мер пресечения, а также лицо, в отношении которого соответствующими органами совершены предусмотренные законом действия, направленные на установление факта совершения им преступления.

Фигура подозреваемого вызывает в практике и другие вопросы. В частности, сложно бывает определить, когда лицо становится подозреваемым: в момент фактического задержания, поскольку срок задержания исчисляется именно с этого момента, в момент доставления задержанного в орган дознания, к следователю или прокурору, поскольку статья 92 УПК называет доставленного в орган дознания, к следователю или прокурору подозреваемым, или же в момент составления удостоверяющего факт задержания протокола.

Вопрос о моменте фактического задержания тоже не имеет в законе четкого разрешения. Пункт 15 ст. 5 УПК РФ разъясняет, что момент фактического задержания — *это момент производимого в порядке, установленном настоящим кодексом, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления*. Однако порядок фактического лишения свободы кодексом не определен. Более того, задержание как фактическое лишение лица, *подозреваемого в совершении преступления*, свободы передвижения, часто осуществляется до возбуждения уголовного дела, то есть вне рамок уголовно-процессуального регулирования. Основания для задержания могут быть обнаружены также в ходе оперативно-розыскного действия. В подобных случаях задержание является способом реагирования соответствующего должностного лица на обнаружившиеся признаки преступления, а приведенные положения закона указывают на то, что лишение свободы передвижения лица, в том числе и до возбуждения уголовного дела, ставит это лицо в фактическое положение подозреваемого. Следовательно, это лицо вправе пользоваться всеми гарантиями, установленными для лиц, подвергнутых уголовному преследованию.

Аналогичным образом следует решать вопрос о статусе лица по истечении того срока, на который применялась соответствующая мера.

Рамки пребывания в этом статусе ограничены временем задержания (48 часов) или действия меры пресечения, примененной до предъявления обвинения (10 суток). Если задержание предшествовало применению меры пресечения, то его срок поглощается 10-дневным сроком. Поэтому принято считать, что фигура подозреваемого в уголовном процессе является временной. Однако имеется известная неопределенность в вопросе о процессуальном статусе лица, если после истечения срока задержания к нему не применена мера пресечения или через десять дней после применения меры пресечения ему не было предъявлено обвинение. В сложной ситуации находится задержанный после освобождения из-под стражи в связи с неподтверждением подозрения (п. 1 ч. 1 ст. 94). Лицо, в отношении которого было возбуждено уголовное дело, сохраняет статус подозреваемого до предъявления ему обвинения или — в случае производства дознания — до составления обвинительного акта.

Важнейшими гарантиями прав подозреваемого, содержащихся в ст. 46 УПК РФ, предоставленных ему для защиты от возникшего подозрения, является разъяснение подозреваемому, в совершении какого преступления он подозревается, обеспечение права на молчание и получение квалифицированной юридической помощи.

Основная процессуальная фигура, действующая на стороне защиты, — **обвиняемый**. Лицо становится обвиняемым с момента вынесения в отношении него постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта, однако реализация его статуса отложена до момента предъявления обвинения или ознакомления с обвинительным актом, когда лицо получает представление о своем статусе⁹⁵. Основная форма доказывания обвиняемым своей невиновности, меньшей виновности, смягчающих обстоятельств и пр. — дача показаний, сопровождающаяся изложением системы аргументов, с помощью которых обвиняемый объясняет те обстоятельства, которые позволили предъявить ему обвинение. Обвиняемый не обязан доказывать свои утверждения, однако орган расследования должен проверить объяснения обвиняемого и его доводы. Если последние не опровергнуты, обвинение не может считаться доказанным.

⁹⁵ Встречающееся иногда в уголовно-процессуальной практике выражение «зачное предъявление обвинения» лицу, скрывающемуся от следствия, является грамматически и юридически бессмысленным.

Возможность активного участия обвиняемого в доказывании обеспечена предоставленными ему правами, пользоваться которыми он может как лично, так и с помощью защитника, при этом участие защитника не служит основанием ограничения какого-либо права обвиняемого. Он вправе самостоятельно заявлять ходатайства о проведении следственных действий и отводы должностным лицам, осуществляющим уголовное судопроизводство, представлять доказательства. Важнейшей гарантией прав обвиняемого, позволяющей ему активно осуществлять доказывание, является право на получение информации о ходе расследования. Количество предоставляемой обвиняемому информации до окончания предварительного расследования ограничено потребностями беспрепятственного расследования дела, тем не менее, УПК закрепляет право обвиняемого знакомиться с протоколами всех следственных действий, в которых он принимал участие и снимать за свой счет копии с них, получать копию постановления о применении меры пресечения, копию постановления о привлечении в качестве обвиняемого, знакомиться с постановлением следователя о назначении экспертизы и с заключением эксперта.

Аналогичными правами пользуется и **защитник** подозреваемого, обвиняемого, однако его участие в доказывании более активно и более эффективно ввиду обладания защитником высокой профессиональной квалификацией и опытом. Профессиональный защитник способен противостоять обвинению на равных, невзирая на ограниченный по сравнению с последним объем его процессуальных полномочий. Оставляя пока в стороне право защитника собирать доказательства, поскольку этот вопрос будет рассмотрен позже, отметим, что освобожденный от обязанности доказывания своих утверждений защитник осуществляет доказывание преимущественно путем критики и опровержения обвинения, разрушения или ослабления совокупности обвинительных доказательств путем критического анализа каждого из них. Обращая внимание на неисследованность отдельных обстоятельств, сомнительность одних доказательств и противоречивость других, защитник доказывает недоказанность обвинения, которая, как известно, равна по своим юридическим последствиям доказанной невиновности.

Участие защитника в допросе подозреваемого, обвиняемого, других следственных действиях, проводимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника, преследует две цели: воспрепятствовать ущемлению прав поло-

зреваемого, обвиняемого и выявить и зафиксировать доказательственную информацию, способную служить средством защиты.

Ознакомление с материалами уголовного дела, возможность активного участия в их исследовании в стадии судебного разбирательства позволяют защитнику добиваться исключения тех из них, которые получены с нарушением требований Уголовно-процессуального кодекса.

Защитник также оспаривает обвинение путем грамотного юридического анализа расследуемого и рассматриваемого судом события, позволяющего ставить вопрос о применении к этому событию другой уголовно-правовой нормы, в том числе исключающей преступность и наказуемость деяния (например, доказывать наличие необходимой обороны, истечение срока давности привлечения к уголовной ответственности, отсутствие должной степени общественной опасности деяния). Защитник вправе доказывать наличие обстоятельств, влекущих прекращение уголовного преследования (например, примирение обвиняемого с потерпевшим), обстоятельств, смягчающих вину обвиняемого.

Главное оружие защитника, таким образом, заключается в умелом использовании возможностей, предоставляемых логической стороной доказывания. В то же время защитник вправе заявлять ходатайства о проведении любых следственных действий для установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела. Следователь не вправе отказать в удовлетворении такого ходатайства. Существенное влияние на доказывание обстоятельств, имеющих значение для разрешения дела, способно оказать право защитника обжаловать любые действия и решения органа расследования, в том числе отказ в удовлетворении своих ходатайств, заявлять ходатайства об исключении из судебного разбирательства обвинительных доказательств, полученных с нарушением требований закона и прав обвиняемого.

Осуществляя доказывание, защитник вправе прибегать к помощи частных детективов, обладающих большими, чем адвокат, возможностями для поиска источников необходимой информации. Так, они могут установить местонахождение тех лиц, которым, возможно, что-либо известно по делу и которые впоследствии могут стать свидетелями защиты; осуществить поиск скрывающихся по каким-либо причинам свидетелей; разыскать предметы и документы, имеющие значение для защиты обвиняемого; собрать характеризующий обвиняемого, свидетелей, потерпевшего материал; установить мотивы ошибочных или ложных показаний свидетелей и потерпевших против обвиняемого,

а также изменения данных ими ранее показаний; обнаружить случаи коррупции сотрудников, заинтересованных в ходе дела и т.д.

Возможность защитника прибегать к услугам частного детектива⁹⁶ в действующем УПК не нашла своего регулирования, что создает определенные трудности на практике. Поэтому некоторые авторы предлагают дополнить статьи УПК, определяющие права участников процесса, правом заключать договор с частным детективом на сбор сведений по уголовному делу⁹⁷, а также регламентировать процедуру преобразования сведений, полученных в результате частной сыскной деятельности в доказательства⁹⁸.

Представление участниками процессуальной деятельности материалов, полученных от лиц, осуществляющих частную детективную деятельность, есть реализация права на участие в уголовно-процессуальном доказывании⁹⁹. Однако рассматриваемое предложение принимается не всеми авторами¹⁰⁰. Возражения обычно аргументируются экономическим состоянием России, неплатежеспособностью населения, которое не осилит бремя расходов. Некоторыми авторами указывается также на несовершенство закона «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» и отсутствие у детектива реальных возможностей для сбора информации¹⁰¹. На это обстоятельство указывают и работники правоохранительных органов, обращая внимание на то, что методы

⁹⁶ Проект УПК РФ, подготовленный рабочей группой Министерства юстиции // Российская юстиция. — 1994. — №9.

⁹⁷ Алейников, Г.И. Теоретические и практические вопросы деятельности защитника по собиранию доказательств в стадии досудебного следствия по законодательству Украины и России: дис...канд.юрид.наук/Г.И.Алейников. — М., 2004. — С. 158.

⁹⁸ Мещерин, А.И. Особенности познания защитником обстоятельств уголовно-го дела: дис...канд.юрид.наук/А.И.Мещерин. — Ставрополь, 2002. — С. 162.

⁹⁹ Представление доказательств в российском уголовном процессе/ Н.И.Макаров [и др.] — Саратов, 2000. — С.101-102; Арабули, Т.Д. Процессуальное положение и деятельность адвоката защитника в судебном разбирательстве по УПК РФ/ Т.Д.Арабули. — Оренбург, 2002. — С.76-77; Агутин, А.В. Правовые и практические аспекты частной сыскной деятельности: дис...канд.юрид.наук/А.В.Агутин. — Нижний Новгород, 1996. — С.45.

¹⁰⁰ Ефимичев, С.П. Обеспечить защиту прав личности и интересов общества/ С.П.Ефимичев //Вестник МВД России. — 1997. — №2-3. — С.113; Кручинин, Ю.С. Адвокат-защитник и услуги частных детективов/Ю.С.Кручинин// Российская юстиция. — 1998. — №4. — С.14.

¹⁰¹ Кручинин, Ю.С. Указ.соч.

деятельности частных детективов по уголовному делу недостаточны для эффективной защиты ими законных интересов граждан¹⁰².

Несмотря на то, что прямое указание на возможность сотрудничества частного детектива с участниками процесса в УПК РФ отсутствует, закон предоставляет защитнику право использовать иные не запрещенные средства и способы защиты, а ст. 3 Закона «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» от 11 марта 1992г. среди предоставляемых частными детективами услуг называет сбор сведений на договорной основе с участниками уголовного процесса. Защитник является участником уголовного процесса, следовательно, его вправе обратиться за помощью к частному детективу основано на законе, а по результатам некоторых исследований 57,3% опрошенных адвокатов проявляют готовность сотрудничать с частными детективами и использовать сведения, собранные детективом, для представления в качестве доказательств¹⁰³.

Частный детектив участником уголовного судопроизводства не является, хотя некоторыми авторами предлагается внести соответствующее дополнение в главу 8 УПК РФ, где среди иных участников уголовного судопроизводства указать частного детектива, определить его права и обязанности, а в ст.5 УПК указать, что «частный детектив – гражданин РФ, занимающийся на законном основании детективной деятельностью и заключивший договор на сбор сведений по уголовному делу с участником уголовного процесса»¹⁰⁴.

Вряд ли это предложение может считаться обоснованным. Частный детектив не вступает в уголовно-процессуальные правоотношения со следователем, дознавателем, он в силу предписаний ст. 3 Закона «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» обязан лишь уведомить его о заключенном соглашении, но ни в законе, ни в УПК нет указания на обязанность данного органа каким-либо образом отреагировать на сообщение. Правоотношения, возникающие между частным детективом и защитником, нормами уголовно-процессуального права не регулируются, находятся вне рамок уголовного процесса и потому

¹⁰² Агутин, А.В. Роль и место частного сыска в уголовно-процессуальном доказывании/А.В.Агутин// «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2004. – №4. – С.310.

¹⁰³ Агутин, А.В. Частный детектив в уголовном процессе/А.В.Агутин. – Нижний Новгород, 2001. – С.141.

¹⁰⁴ Шестаков, В. И. Участие частного детектива в уголовном процессе/В.И.Шестаков//Мир безопасности. – 2003. – №7. – С.78.

не являются процессуальными. Однако в результате их развития могут возникнуть правоотношения уголовно-процессуальные, например, в случае необходимости допроса частного детектива в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными при осуществлении детективной деятельности.

С учетом характера профессиональной подготовки и методов работы в юридической литературе указывается на сходство частной детективной и оперативно-розыскной деятельности. Некоторыми авторами обсуждается возможность использования частным детективом отдельных методов оперативно-розыскной деятельности¹⁰⁵. При анализе двух законов действительно можно выявить некоторые сходства в мероприятиях, проводимых частным детективом и оперативным сотрудником. Так, ст.5 Закона «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» допускает проведение частным детективом следующих действий, направленных на собирание информации: устный опрос граждан и должностных лиц (только с их согласия), наведение справок, изучение документов и предметов (также с письменного согласия их владельцев), внешний осмотр строений, помещений и других объектов, наблюдение для получения необходимой информации. В ходе производства указанных действий частному детективу разрешается использовать видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемку, технические и иные средства, не причиняющие вреда жизни и здоровью граждан и окружающей среде. В ст.6 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности в РФ» среди мероприятий, которые вправе осуществлять сотрудники соответствующих служб, указаны опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, исследование предметов и документов, наблюдение, прослушивание телефонных переговоров и др. Сходство в названиях мероприятий, проводимых частным детективом и оперативным сотрудником, не только очевидно, но и определенно указывает на возможности расширения состязательности в досудебном производстве: оперативные сотрудники собирают доказательства по поручению следователя, а частные детективы в рамках заключенного договора выполняют указания защитника.

¹⁰⁵ Коршунов, С.Л. Некоторые пути совершенствования законодательства о частной детективной и охранной деятельности/С.Л.Коршунов, О.А.Канклин// Проблемы борьбы с преступностью в условиях российского общества: материалы научно-практической конференции (29.10.1998 г. Москва). – М., 1999. – С.153.

Вопрос о привлечении частного детектива защитником важен в связи с возможностью использования в уголовном процессе полученных им сведений. Статья 89 УПК РФ предусматривает возможность использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. Следуя принципу состязательности сторон, должна быть предусмотрена возможность использования в доказывании и результатов деятельности частного детектива. Вопрос этот не так прост и далеко не однозначен. Достаточно сказать, что и о доказательственном значении материалов, полученных оперативно-розыскным путем, нет ни единого мнения, ни однообразной практики. Оперативно-розыскные органы хотя осуществляют свою деятельность вне рамок уголовного процесса, подчиняются закону и ведомственным нормативным актам, которые хотя и не так подробно, как УПК, но все же регламентируют проводимые ими мероприятия. Оперативно-розыскная деятельность поднадзорна прокурору, что в определенной мере служит гарантией ее законности¹⁰⁶.

Рассматривая вопрос о сборении защитником информации при помощи частного детектива, исследователи указывают на то, что хотя среди частных детективов работает немало специалистов, пришедших из органов внутренних дел, ФСБ, владеющих методами оперативно-розыскной деятельности, «в них попадает немало недобросовестных, морально нечистоплотных людей»¹⁰⁷. Отсутствие «презюпции добросовестности частного сыщика»¹⁰⁸ является, бесспорно, весомым аргументом против привлечения его защитником. Многие авторы указывают на отсутствие каких-либо нормативно-правовых актов, гарантирующих объективность и достоверность результатов деятельности и самого защитника¹⁰⁹. Вряд ли эти соображения можно признать достаточно серьезными: оснований высказывать недоверие защитникам и частным детективам ничуть не больше, чем оснований сомневаться в законности действий следователей и оперативных сотрудников. Однако формы

¹⁰⁶ Доказательственное значение результатов оперативно-розыскной деятельности, как и материалов, представленных стороной защиты, будет подробно рассмотрен в одном из следующих разделов настоящей работы.

¹⁰⁷ Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность. / Ю.В. Корневский [и др.]; под ред. В.А.Власихина. — М., 2000. — С.34.

¹⁰⁸ Алиев, Т.Т. Уголовно-процессуальное доказывание / Т.Т.Алиев, Н.А.Громов, Л.В.Макаров. — М., 2002. — С.98.

¹⁰⁹ Бойков, А.Д. Об участии защитника на предварительном следствии / А.Д.Бойков, Л.М.Карнеева // Советская юстиция. — 1970. — №19.

использования защитником информации, полученной частным детективом, разумеется, должны предусматривать возможность контроля ее качества.

Представляется очевидным, что полученная от частного детектива информация сама по себе доказательственного значения не имеет. В то же время она может способствовать выработке защитником стратегии и тактики защиты, укрепить его уверенность в обоснованности занятой по делу позиции или потребовать ее пересмотра или коррекции. На основе этой информации защитник может заявить обоснованное ходатайство о допросе в качестве свидетелей выявленных детективом лиц или о проведении других следственных действий. В то же время фотовидеозаписи, сделанные частным детективом в процессе наблюдения и осмотра, если они содержат сведения, относящиеся к делу, могут быть переданы следователю лишь при условии возможности установления их происхождения, что обеспечивает проверку подлинности этих материалов. Поэтому частный детектив должен быть готов предстать перед судом в качестве свидетеля защиты. Однако частный детектив, безусловно, не вправе совершать действия, ограничивающие конституционные права граждан: записывать телефонные переговоры других лиц, входить в жилище против воли проживающих в нем лиц, нарушать право частной собственности и частной жизни. Предметы и документы он может получить только при условии, что они переданы их обладателями добровольно.

В литературе встречаются предложения наделить частного детектива правом самостоятельного представления информации органу, осуществляющему предварительное расследование по уголовному делу¹¹⁰. Ранее действовавший УПК РСФСР (ст. 70), действительно, предусматривал возможность представления доказательств любыми гражданами, должностными лицами, организациями. В новом УПК РФ это правило отсутствует. Кроме того, частный детектив, выполняя поручения защитника, действует не самостоятельно, а в рамках заключенного с ним договора, его задача — собирать информацию, необходимую именно для защиты. В полной мере оценить значимость полученной им информации, ее влияние на результаты производства по уголовному делу частный детектив не может. На информацию, полученную ча-

¹¹⁰ Шестаков, В.И. Указ.соч. — С.78; Агутин, А.В. Роль и место частного сыска в уголовно-процессуальном доказывании. — С.305; Корневский, Ю.В. Указ. соч. — С.34.

стным детективом в процессе выполнения поручения защитника, должен распространяться режим конфиденциальности. Поэтому все полученные частным детективом сведения он обязан передать только защитнику. Право решать (передавать ли эти сведения органам предварительного расследования) принадлежит защитнику с учетом мнения защищаемого им лица.

Гражданский ответчик и его представитель примыкают к функции защиты, поскольку, доказывая отсутствие оснований для удовлетворения заявленного по делу гражданского иска о возмещении причиненного преступлением вреда, они фактически ставят под сомнение и наличие оснований уголовной ответственности.

ГЛАВА 3.

Предмет и пределы доказывания

§1. Понятие и значение предмета доказывания.

Главный факт

Предмет доказывания в теории обычно отождествляют с совокупностью перечисленных в правовой норме (ст.73 УПК РФ) обстоятельств, подлежащих установлению с помощью доказательств. Перечень этих обстоятельств позволяет утверждать, что все они имеют значение для правильного разрешения уголовного дела. По каждому делу должны быть установлены:

- 1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства его совершения);
- 2) виновность лица в его совершении, форма его вины и мотивы;
- 3) обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого;
- 4) характер и размер вреда, причиненного преступлением;
- 5) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;
- 6) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;
- 7) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания.

Однако это лишь обобщенная характеристика подлежащих доказыванию обстоятельств, так сказать, общий план. Круг обстоятельств, которые могут иметь значение для разрешения судом конкретного уголовного дела, более широк. Невозможность предусмотреть в правовой норме все обстоятельства, которые могут иметь значение для правильного разрешения дела, привела к тому, что кроме понятия «предмет доказывания» в теории стали оперировать понятием «обстоятельства, подлежащие доказыванию», включающем в себя, кроме предмета доказывания, также «доказательственные (промежуточные)» или «вспомогательные» факты¹¹¹. Неоднородность подлежащих доказыванию

¹¹¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 141 и сл.

обстоятельств обусловила необходимость выделить среди них те, установление которых составляет основную цель доказывания, определяет судьбу уголовного дела, различие двух возможных в итоге разбирательства дела решений. Так возникло понятие главного факта, который определяют как факт совершения преступления определенным лицом¹¹², либо как наличие состава преступления во всех его четырех компонентах¹¹³, либо как факты, из которых складывается уголовно-наказуемое деяние¹¹⁴. В то же время состав преступления не исчерпывает всех подлежащих доказыванию по уголовному делу обстоятельств. Например, за рамками состава преступления находятся обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, большинство отягчающих ответственность обстоятельств, смягчающие обстоятельства, хотя, без сомнения, все они должны быть подтверждены соответствующими доказательствами. Как видим, совокупность подлежащих доказыванию обстоятельств сложна и неоднородна, что требует объединения их во взаимосвязанную систему.

Сердцевиной предмета доказывания является главный факт¹¹⁵. Существование главного факта вовсе не означает, что остальные, то есть «не главные»¹¹⁶ обстоятельства, подлежащие доказыванию, являются менее значимыми и ими можно пренебречь. В приговоре суда должен быть разрешен не только вопрос о вине конкретного лица в совершении преступления, но и ряд других, связанных с ним и обусловленных им вопросов. Так, решение вопроса о назначении и мере наказания требует учета, а следовательно, установления обстоятельств, характе-

¹¹² См.: Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе/ Ю.К.Орлов. — М., Проспект, 2000. — С.32.

¹¹³ См.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе/ Г.Ф.Горский, Л.Д.Кокорев, П.С.Элькинд. — Воронеж: Изд-во ВГУ, 1978. — С. 83.

¹¹⁴ См.: Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. — Т.1. — С.363.

¹¹⁵ Замена некоторыми авторами традиционного понятия «главный факт» понятием «центральный факт» (см.: Березина, Л.В. Проблемы доказывания в российском уголовном судопроизводстве/Л.В.Березина. — Саратов: СЮИ МВД России, 2005. — С.45) не способна внести ясность в рассматриваемый вопрос.

¹¹⁶ Мысль о том, что не все обстоятельства, имеющие значение для дела, играют в процессе доказывания такую же роль, что принадлежит событию преступления и виновности совершившего его лица, не могла не прийти законодателю. Очевидно, в связи с этим такой элемент предмета доказывания, как обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, в УПК как РФ, так и РСФСР неизменно выносятся за рамки основного перечня, что, кстати, тоже вызывает ряд вопросов, ответ на которые будет дан позже.

ризующих личность подсудимого, смягчающих и отягчающих наказание. Необходимость разрешения заявленного в уголовном деле гражданского иска нуждается в установлении размера причиненного преступлением вреда. Возможность освобождения лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности и наказания обуславливает потребность в установлении обстоятельств, с наличием которых закон связывает такое решение. Однако все эти вопросы имеют смысл и значение постольку, поскольку установлено наличие в действиях конкретного лица состава конкретного преступления. Отсутствие состава преступления означает отсутствие оснований привлечения кого-либо к уголовной ответственности и, соответственно, применения наказания. Характеристика личности подозреваемого или обвиняемого в этом преступлении лица, наличие смягчающих или отягчающих обстоятельств становятся юридически индифферентными. Гражданский иск независимо от установления размера причиненного потерпевшему вреда к этому лицу в рамках уголовного дела не может быть предъявлен, а уголовное преследование лица должно быть прекращено. Все обстоятельства, выходящие за рамки состава преступления, хотя и имеют то или иное значение для разрешения в ходе производства по уголовному делу названных вопросов, не влияют на оценку доказанности вины лица в совершении преступления¹¹⁷. Существование главного факта в структуре подлежащих доказыванию обстоятельств, таким образом, не вызывает сомнений.

Мы отождествляем главный факт с составом преступления. Уголовное дело возбуждается в случае обнаружения признаков преступления, но уголовная ответственность реализуется лишь при наличии всех признаков, предусмотренных законом (ст. 8 УК РФ). Не установление любого из элементов состава преступления влечет вывод о невинности и оправдание лица (п. 3 ч. 2 и ч. 3 ст. 302 УПК РФ). Следовательно, состав преступления и образует ту цель, на достижение которой направлены усилия субъектов доказывания.

Главный факт находит свое нормативное закрепление в п. 1 и п. 2 ст. 73 УПК. Это событие преступления (время, место, способ и другие

¹¹⁷ Этого обстоятельства не отрицают и противники выделения главного факта: «Если не доказаны обстоятельства, устанавливающие, например, состав преступления, лишено смысла решение вопроса об индивидуализации наказания или гражданском иске. Однако при доказанности состава преступления другие обстоятельства, входящие в предмет доказывания, равно необходимы для принятия законного и обоснованного решения по делу» // Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 185.

обстоятельства совершения преступления) и виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы. Нормативным выражением главного факта следует признать также установленный законом перечень вопросов, разрешаемых судом в совещательной комнате (пп.1-4 ст.299 УПК): 1) доказано ли, что деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый, имело место; 2) доказано ли, что деяние совершил подсудимый; 3) является ли это деяние преступлением и каким пунктом, частью, статьей Уголовного кодекса оно предусмотрено; 4) виновен ли подсудимый в совершении этого деяния. Аналогичным образом сформулированы основные вопросы, разрешаемые присяжными (ст.339), с той лишь разницей, что перед присяжными не ставится вопрос о юридической квалификации деяния, вмененного подсудимому в вину. Однако вхождение вопроса о правовой квалификации в состав главного факта не вызывает сомнений и в этом случае – если присяжные признали подсудимого виновным в совершении определенного деяния, а председательствующий признал отсутствие в этом деянии признаков преступления, постановляется оправдательный приговор (п.2 ст.350), так как налицо отсутствие оснований для применения уголовной ответственности (ст.8 УК РФ).

Существование главного факта как факта совершения лицом определенного преступления подтверждается принципиальными положениями ст. 14 УПК РФ: обвиняемый считается невиновным, пока не доказана и не установлена вступившим в законную силу приговором суда его виновность в совершении преступления. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, как как доказывание обвинения и опровержение доводов, приводимых в защиту обвиняемого, лежит на стороне обвинения. Сомнения в доказанности обвинения толкуются в пользу обвиняемого, поскольку обвинительный приговор не может быть основан на предположениях.

Таким образом, главный факт – это та часть предмета доказывания, которая придает доказыванию его подлинный, то есть обосновывающий смысл¹¹⁸.

¹¹⁸ На наш взгляд, именно в искажении советской теорией доказательств рассмотренного ранее вопроса о доказывании кроется действительная причина отрицания главного факта. Представление о доказывании как о познавательной деятельности, направленной на полное и всестороннее установление всех обстоятельств дела, исключает постановку вопроса о существовании главного факта как совокупности обстоятельств, которые обвинитель обязан доказать.

В свете сказанного легко ответить на вопрос, почему законодатель в ряде случаев говорит не о доказывании, а о выявлении или установлении некоторых обстоятельств. Так, в ч.2 ст. 73 УПК указано: «Подлежат выявлению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления» Аналогичный способ регулирования однородных общественных отношений применен в гл. 50 «Производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних». Название ст. 421 УПК – «Обстоятельства, подлежащие выявлению», а также содержание ее части первой – «наряду с доказыванием обстоятельств, указанных в ст. 73 настоящего кодекса, устанавливаются: возраст несовершеннолетнего, условия его жизни и воспитания...» и т.п. находятся в полном соответствии с современными представлениями о доказывании как обязанности обоснования обвинения. Возраст несовершеннолетнего, условия его жизни и воспитания, влияние старших по возрасту лиц, неспособность в силу различных причин в полной мере осознавать общественную опасность своих действий представляют собой группу обстоятельств, установление которых имеет значение, в первую очередь, для самого несовершеннолетнего. Эти обстоятельства либо смягчают, либо устраняют ответственность несовершеннолетнего, поэтому они в силу правил о бремени доказывания в надлежащем обосновании, то есть доказывании, не нужны. В доказывании нуждается отсутствие этих обстоятельств.

Что касается части 2 ст.73 УПК РФ, то очевидно, что требования законодателя к доказанности состава преступления и обстоятельств, способствовавших совершению преступления, то есть к обоснованности приговора суда и частного определения (постановления) о принятии мер к устранению этих обстоятельств, не могут быть одинаковы. Если же обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, косвенным образом влияют на выбор судом меры наказания, то они, как правило, являются смягчающими. Употребление законодателем терминов «выявление» и «установление» в рассмотренных случаях представляется оправданным.

В то же время в гл. 51 УПК РФ, регулиующую производство о применении принудительных мер медицинского характера, включена ст. 434, которая называется «Обстоятельства, подлежащие доказыванию». В самом содержании этой статьи также говорится о доказывании, а не установлении как факта совершения определенным лицом запрещенного уголовным законом деяния, так и наличия у лица пси-

хического расстройства и его связи с опасностью для этого лица или других лиц. И здесь примененная законодателем терминология обоснованна: грозящие лицу принудительные меры медицинского характера не могут быть применены, если лицо не совершило запрещенного уголовным законом деяния, не страдает психическим расстройством или не представляет опасности для окружающих.

Понятие главного факта позволяет отграничивать конечную цель доказывания от промежуточных целей. Чтобы доказать совершение лицом преступления (главный факт), часто бывает необходимо доказать множество других фактов, которые принято называть промежуточными. Промежуточные факты в отличие от главного не имеют выражения ни в уголовном, ни в уголовно-процессуальном законе, и в этом смысле они не являются юридически значимыми. Значение промежуточных фактов заключается в их способности служить средствами установления главного факта.

Поясним это на конкретном примере.

В новогоднюю ночь около 5 часов утра в частном, отдельно стоящем доме разыгралась трагедия. Хозяин дома С., недавно женившийся на З., отмечал праздник в присутствии институтской подруги своей жены Л. и ее мужа. Настроение у хозяина постепенно портилось в связи с возникшими у него ревнивыми подозрениями о том, что между его женой и мужем подруги имеются какие-то отношения, пока, наконец, не разразился скандал. С. указал гостям на дверь, а жене объявил, чтобы она немедленно возвращалась к родителям. Гости, естественно, оделись и, несмотря на просьбу З. остаться, ушли.

Наутро стало известно, что З. умерла от удара ножом в сердце.

Одним из основных обстоятельств, подлежащих доказыванию по данному делу, являлось время совершения преступления, поскольку если событие произошло после ухода супругов Л., их непричастность к смерти З. можно считать установленной. Поэтому в совокупность подлежащих доказыванию обстоятельств были включены такие обстоятельства, как: а) время прихода супругов Л. к их родственникам и б) время, затраченное ими на дорогу. Время прихода Л. к родственникам — 5 часов 45 минут — было установлено показаниями этих родственников, а время, затраченное на дорогу — 55-60 минут, — проведенным следственным экспериментом. Если Л. причастны к преступлению, то смертельный удар потерпевшей не мог быть нанесен позднее 4 часов 45-50 минут, а если не прича-

стны, то убийство совершено после их ухода, то есть не ранее 4 часов 45 минут.

Однако в 5 часов 44 минут, то есть практически в то время, когда супруги Л. пришли к своим родственникам, дежурная медсестра станции скорой помощи зафиксировала время телефонного звонка. Незвестный мужчина, назвавшийся мужем потерпевшей, сообщил, что его жена «пырнула себя ножом, умирает». Между тем в доме С. не было телефона, поэтому, чтобы сделать этот звонок, С. на своей автомашине, стоявшей на подъездной дорожке во дворе дома, поехал к телефону-автомату. Как следовало из показаний всех участников события, С. выехал со двора вслед за супругами Л. и проехал мимо них. По словам С., он ехал именно к телефону автомату, доехал и дозвонился быстро, в считанные минуты. Но если Л. вышли из дома С. в 4-45, а С. позвонил в скорую в 5-44, возникает вопрос: куда же он ехал в 4-45 и что делал в течение часа до звонка на станцию скорой помощи?

Устанавливаемые по данному делу обстоятельства — время вызова скорой помощи, время прихода Л. к родственникам, время нахождения их в пути сами по себе не входят в содержание главного факта и не являются юридически значимыми обстоятельствами. Однако, будучи доказанными, то есть установленными с помощью доказательств (показаний родственников, результатов следственного эксперимента, выпиской из книги вызовов станции скорой помощи), эти факты являются доказательством времени совершения преступления и, соответственно, виновности С. в его совершении, то есть главного факта.

Установление времени события преступления позволило объяснить выявленные при осмотре места преступления многочисленные признаки его инсценировки. Труп потерпевшей лежал на диване в комнате, хотя, по словам С., он оставил раненую жену в кухне, следы крови на полу в комнате, на теле потерпевшей и на сорочке, которая на ней была надета, отсутствовали. Нож, которым было нанесено смертельное ранение, обнаружен не был. Врач скорой помощи показала, что температура тела при осмотре не соответствовала сообщенному С. времени получения потерпевшей телесного повреждения. Эти обстоятельства также не образуют конечной цели доказывания, но являются промежуточной ступенью к ее достижению.

Специфика промежуточных фактов состоит в том, что они: 1) не имеют и не имеют нормативного закрепления, поскольку 2) не являются ни общими, ни одинаковыми для всех уголовных дел, а 3) специфичны для каждого отдельного преступления. Несмотря на это, про-

межуточные факты подлежат доказыванию, поскольку в силу своей связи с главным фактом они выступают его доказательствами. Поэтому другое название промежуточных фактов — доказательственные факты.

Вопрос о том, следует ли включать промежуточные (доказательственные) факты в предмет доказывания, в теории является дискуссионным. С одной стороны, как мы видим на приведенном примере, промежуточные факты подлежат доказыванию, то есть обладают качеством, характерным для предмета доказывания как совокупности подлежащих доказыванию обстоятельств¹¹⁹. С другой, они не образуют конечной цели доказывания по уголовному делу, и установление промежуточных фактов даже в большом количестве не означает доказанности главного факта. Включение промежуточных фактов в предмет доказывания может привести к растворению конечной цели доказывания в множестве промежуточных целей, отождествлению цели доказывания с доказательствами¹²⁰.

Дискуссия по вопросу о промежуточных фактах, внешне обоснованная стремлением разграничить предмет доказывания и доказательства, как представляется, обусловлена разностью подходов к определению понятий доказательства и доказывания. Представляется лишенным смысла спорить о том, подлежат ли доказыванию обстоятельства, не включенные законодателем в ст. 73 УПК, но имеющие значение для установления названных в ней обстоятельств. Однако следует согласиться, что обстоятельства, являющиеся конечной целью доказывания и не являющиеся таковыми, играют в уголовном процессе разную роль и имеют разное значение.

Кроме промежуточных, в теории выделяют вспомогательные факты, под которыми обычно понимают обстоятельства, служащие средством обнаружения и проверки других обстоятельств. Эти обстоятельства тоже имеют значение для дела и соответственно, сами должны быть доказаны. Круг вспомогательных фактов разнообразен. К ним отно-

¹¹⁹ За включение промежуточных фактов в предмет доказывания высказались такие ученые, как А.М.Ларин, Ф.Н.Фаткуллин, и другие. См.: Ларин, А.М. Работа следователя с доказательствами/А.М.Ларин. — М.:Юридическая литература, 1966. — С. 8-12; Фаткуллин, Ф.Н.Общие проблемы процессуального доказывания. — С.52.

¹²⁰ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе — С.142. Это мнение разделяют и некоторые другие авторы, например, Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе/Ю.К.Орлов. — М.:Проспект, 2000. — С.29-31.

ся, например, такие обстоятельства, которые подтверждают присутствие на месте совершения преступления лица, свидетельствующего о наблюдаемых им обстоятельствах, ибо если свидетель не был на месте совершения преступления, то его показания вряд ли могут считаться достоверными. К вспомогательным фактам следует отнести обстоятельства, характеризующие условия и порядок производства того или иного следственного действия и способствующие тем самым проверке ранее собранных доказательств. Например, показаниями лиц, принимавших участие в производстве обыска в качестве понятых, устанавливается, где находились понятые в момент обнаружения вещественного доказательства, ибо, если они не наблюдали непосредственно сам факт его обнаружения, вещественное доказательство не может быть использовано в процессе доказывания.

Промежуточные и вспомогательные факты чрезвычайно разнообразны, поскольку предмет доказывания устанавливается не только путем подтверждения существования одних обстоятельств, но и путем опровержения других обстоятельств. Например, в приведенном выше примере доказывание вины С. в убийстве жены требовало установления обстоятельств, исключающих ее самоубийство. Таким обстоятельством, в частности, является отсутствие на месте происшествия ножа, которым потерпевшая могла бы нанести себе удар, причинивший смерть, а также неспособность потерпевшей, получившей такое ранение, самостоятельно передвигаться, чтобы иметь возможность спрятать нож и лечь на диван. Отсутствие следов крови на руках, одежде и сумочке Л., в то время как ножевое ранение, нанесенное потерпевшей в область сердца, вызвало фонтанирование крови, является обстоятельством, опровергающим и версию о совершении ею этого преступления. Характер взаимоотношений между супругами Л. как до, так и после смерти З. и характер их отношений с потерпевшей по рассмотренному делу также являются обстоятельствами, имеющими значение не только для оценки данных ими показаний, но и для формулирования вывода об отсутствии ревности как возможного мотива убийства З. ее подругой. Естественно, для того чтобы служить основанием для формулирования какого-либо вывода, все перечисленные обстоятельства сами должны быть доказаны.

Промежуточные факты могут указывать не только на главный факт, но и на другие промежуточные факты. Например, отсутствие на месте происшествия ножа указывает на невозможность самоубийства, что в свою очередь подтверждает факт убийства. Время прихода Л. в новогднюю ночь к своим родственникам, совпавшее со временем звонка

С. на станцию скорой помощи, не только исключает возможность совершения ею преступления, но и подтверждает наличие у С. времени для инсценировки места происшествия и сокрытия улик.

Таким образом, мы видим, что совокупность обстоятельств, подлежащих доказыванию по делу, состоит из множества взаимосвязанных и взаимообусловленных элементов разного уровня и разной значимости, в той или иной мере необходимых для формирования конечного вывода о наличии или отсутствии в конкретном деянии состава преступления.

В связи с этим имеет смысл определить соотношение понятий «главный факт», «предмет доказывания» и «обстоятельства, подлежащие доказыванию». **Главный факт** — это совокупность обстоятельств, образующих состав преступления или факт совершения лицом преступления. Главный факт в действующем УПК сформулирован как часть (сердцевина) предмета доказывания, хотя по смыслу этих понятий они тождественны. Предмет доказывания (главный факт), состоящий из обстоятельств, являющихся конечной целью доказывания, представляет собой обобщенное (нормативное) выражение обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Подлежащие доказыванию обстоятельства конкретизируют, углубляют предмет доказывания, наполняют его содержанием.

Предмет доказывания одинаков для всех уголовных дел. Это означает, что в каждом случае должны быть установлены событие преступления, виновность лица, его совершившего, обстоятельства, характеризующие личность, смягчающие и отягчающие вину обстоятельства и др. Однако групповые признаки и индивидуальное своеобразие каждого преступления обуславливают наполнение предмета доказывания по каждому уголовному делу различным содержанием. Поэтому если предмет доказывания для всех дел един, то обстоятельства, подлежащие доказыванию по каждому делу, различны. В то же время единый предмет доказывания по уголовным делам об отдельных категориях преступлений имеет специфическое, но общее для всех дел этой категории наполнение, обусловленное юридическими признаками конкретного состава преступления.

В литературе иногда говорят о существовании специального предмета доказывания¹²¹ по таким категориям уголовных дел, как дела о преступлениях несовершеннолетних и дела о применении принуди-

¹²¹ См., например: Орлов, Ю.К. Указ. соч. — С.27.

тельных мер медицинского характера. Однако наличие некоторых дополнительных обстоятельств, которые должны быть установлены по делам несовершеннолетних (условия жизни и воспитания несовершеннолетнего, уровень его психического развития, влияние старших по возрасту лиц и т.д.), на наш взгляд, не свидетельствует о наличии какого-то специального предмета доказывания. Статья 421 УПК РФ фактически дает лишь расшифровку, конкретизацию тех обстоятельств, которые перечислены в ст. 73 УПК РФ. То же касается и предмета доказывания по делам о применении принудительных мер медицинского характера. Статья 434, заменяющая по понятным причинам термин «преступление» термином «запрещенное уголовным законом деяние» и обращающая особое внимание на обстоятельства, исключающие возможность применения уголовной ответственности, никакого специального предмета доказывания не образует.

Нет никаких оснований вновь ставить на обсуждение давно решенный вопрос о различиях в предмете доказывания в зависимости от стадии уголовного процесса¹²². Задача предварительного расследования не будет выполненной, если указанные в статье 73 УПК РФ обстоятельства не установлены с той степенью полноты и глубины, которая позволяет принять решение о передаче уголовного дела на рассмотрение суда. Ошибка следователя в определении предмета доказывания зачастую не может быть исправлена в судебном разбирательстве, поскольку его пределы связаны предъявленным подсудимому обвинением, то есть кругом установленных обстоятельств дела. В свою очередь, суд не вправе отказаться от исследования каких-либо обстоятельств под тем предлогом, что они вполне доказаны материалами предварительного расследования. Иное противоречило бы принципу состязательности уголовного судопроизводства, непосредственности исследования судом обстоятельств дела.

В то же время следует различать предмет доказывания как программу деятельности субъектов уголовного процесса и фактически установленные ими обстоятельства. Если фактически установленные обстоятельства не соответствуют заданной программе (предмету доказывания), это, как правильно отмечает П.А.Лупинская, может повлечь изменение обвинения, прекращение уголовного дела или вынесение оправдательного приговора¹²³.

¹²² См. о такой зависимости, например: Березина, Л.В. Указ.соч. – С.38-39.

¹²³ См.: Уголовно- процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. – М., 2004. – С.225.

Значение предмета доказывания заключается, прежде всего, в том, что он обеспечивает целенаправленность уголовно-процессуальной деятельности, задает органу расследования и суду программу исследования обстоятельств дела. Сопоставление фактически установленных по уголовному делу обстоятельств с подлежащими доказыванию обстоятельствами позволяет сделать вывод о достижении цели доказывания, определить объем вменяемого лицу деяния и его правовую квалификацию.

Предмет доказывания впервые нашел свое четкое нормативное выражение в ст. 58 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 года. Однако понятие предмета доказывания (предмета доказательств) и прежде было известно и отечественной науке, и отечественному законодателю. Так, в Курсе уголовного судопроизводства И.Я.Фойницкого мы можем найти указание на необходимость исследования события преступления, сведений о личности подсудимого, обстоятельств, уличающих и оправдывающих обвиняемого, устанавливающих возможность или невозможность подвергнуть обвиняемого уголовной ответственности¹²⁴. «Сводя к одному знаменателю подлежащее установлению на суде уголовном, закон формулирует его как вопрос о виновности, в свою очередь, распадающийся на вопросы, произошло ли преступное событие, было ли оно деянием подсудимого и должно ли быть вменено ему в вину (ст.754 УУС)»¹²⁵. В УПК РСФСР 1923 года отсутствие нормы, аналогичной статье 73 УПК РФ, компенсировалось закреплением в статье 320 вопросов, которые суд должен был разрешить в приговоре: «1) имело ли место деяние, приписываемое подсудимому; 2) содержит ли в себе это деяние состав преступления; 3) совершил ли означенное деяние подсудимый» и др.¹²⁶

¹²⁴ См.: Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства/И.Я.Фойницкий. — СПб.: Альфа, 1996. Т.2. — С. 238.

¹²⁵ Там же. — С.239.

¹²⁶ Строгович, М.С. Уголовно-процессуальный кодекс РСФС. Постатейный комментарий с приложением проекта УПК/М.С. Строгович, Д.А Карницкий; под ред. и с предисловием Н.Я.Нехамкина. 3-е изд., испр. и доп. — М.:Юридическое издательство НКЮ РСФСР, 1928 — С.313. С учетом этого, критикуемые авторами «Теории доказательств» за волюнтаризм слова небезызвестного нашей обществу А.Я. Вышинского: «Следствие и суд сами должны в зависимости от конкретных условий и обстоятельств, определить пределы расследования, сами должны решать в каждом конкретном случае, что важно, что полезно, что необходимо включить в поле своего внимания, сделать предметом своего исследования» (Вышинский, А.Я.Теория судебных доказательств в советском праве/

§2. Обстоятельства, подлежащие доказыванию

Предмет доказывания образует взаимосвязанную систему обстоятельств. Убедимся в этом, рассмотрев каждый из его элементов.

Событие преступления (место, время, способ и иные обстоятельства совершения преступления) — это, в первую очередь, совокупность объективных признаков, характеризующих преступление, говоря языком уголовного права, — это обстоятельства, характеризующие объект и объективную сторону состава преступления. Установить событие преступления — значит, во-первых, выявить, имело ли место то деяние, в связи с которым возбуждено уголовное дело и в совершении которого обвиняется подсудимый (п.1 ч.1 ст.299 УПК); во-вторых, выявить те признаки этого деяния, которое позволяют считать его преступлением. Таким образом, событие преступления не абстрактная категория, а деяние, объективные признаки которого соответствуют признакам объективной стороны конкретного состава. Поэтому событие преступления следует считать отсутствующим при следующих обстоятельствах: а) существование самого деяния, по поводу которого возбуждено уголовное дело, не нашло подтверждения (лицо заявило о краже, которой не было), б) это событие не имеет конструктивных признаков объективной стороны состава преступления (в том числе, когда оно в силу малозначительности не имеет общественной опасности). В последнем случае отсутствие события преступления пересекается с отсутствием его состава. Отсутствие события и состава преступления является обстоятельством, исключающим возможность возбуждения уголовного дела (ст.24), основанием прекращения уголовного преследования (ст.27).

Примером может служить уголовное дело по обвинению Р. в совершении хулиганских действий, выразившихся в том, что он, вступив в перепалку с продавцом продовольственного ларька, движением руки смахнул с прилавка на пол киоска и разбил бутылку пива (возможно, и две — следствием точно не установлено) и газовую зажигалку¹²⁷. Р. был осужден приговором Красноглинского районного суда г.Самары к 1 году исправительных работ, однако Судебная коллегия Самарс-

А.Я.Вышинский. — М.:Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1946. — С.186-187), следует понимать как рекомендацию определять круг обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному уголовному делу, исходя из общих установленных законом правил.

¹²⁷ Уголовное дело было рассмотрено до изменений, внесенных в ст. 213 УК законом от 8 декабря 2003 года.

кого областного суда приговор отменила и уголовное дело прекратила, указав на отсутствие у события признаков общественной опасности.

На отсутствие события преступления указывает наличие одного из предусмотренных Уголовным кодексом обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния (п.5 ч.1 ст.73). Обстоятельства, исключающие преступность, а следовательно, и наказуемость деяния (необходимая оборона, причинение вреда при задержании, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения), свидетельствуют об отсутствии такого признака преступления как общественная опасность, которое исключает возможность привлечения лица к уголовной ответственности. Поэтому орган расследования, в обязанность которого входит доказать основания уголовной ответственности, обязан доказать и отсутствие таких обстоятельств. Не будучи опровергнутыми, эти обстоятельства влекут обязанность прекратить уголовное дело (уголовное преследование).

В качестве наглядного примера можно использовать уголовное дело по обвинению М., который признан судом виновным в совершении умышленного убийства без отягчающих обстоятельств. Отменяя приговор, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что выводы Самарского областного суда, изложенные в приговоре, противоречат им же установленным обстоятельствам дела. Как видно из материалов дела, суд первой инстанции признал установленным, что М. прибыл на берег реки Волга, узнав о том, что несколько мужчин избивают его родного брата. Суд указал в приговоре, что у М. имелись основания для опасения за жизнь и здоровье своего брата, о чем свидетельствовало содержание поступивших ему телефонных звонков. Суд не только изложил такую аргументацию в приговоре, но и привел в подтверждение этому показания свидетелей И., И., В., М., Г, а также потерпевших П. и С. Из содержания приведенных показаний свидетелей и потерпевших усматривается, что брат М. был избит указанными в приговоре лицами, и осужденному М. поступали звонки о том, что его брата убивают. Из приговора не ясно, по каким основаниям, приняв доказательства возможности у М. опасаться за жизнь своего брата, суд признал, что, прибыв на место происшествия, М. применил оружие не с целью защиты брата, а с целью отомстить за совершенные в отношении брата действия со стороны потерпевших. Приговор отменен с направлением дела на повторное рассмотрение ввиду невыясненности события преступления¹²⁸.

¹²⁸ Окончательного решения по делу пока не принято.

Таким образом, обстоятельства, исключающие преступность деяния, предусмотренные законодателем в качестве самостоятельного элемента предмета доказывания, являются частью события преступления. Выделение этих обстоятельств в самостоятельный элемент предмета доказывания можно рассматривать лишь как стремление подчеркнуть недопустимость ошибки в установлении главного факта, исключить необоснованное возложение уголовной ответственности.

Следует подчеркнуть, что при производстве по уголовному делу подлежат доказыванию именно основания уголовной ответственности, а не их отсутствие. В то же время основания уголовной ответственности не могут быть признаны доказанными, пока не опровергнуты доводы стороны защиты о наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния. В отличие от позитивного доказывания оснований уголовной ответственности (доказывание-обоснование) доказывание обстоятельств, исключающих преступность деяния, имеет негативный характер (доказывание-опровержение).

Рассматриваемый элемент предмета доказывания в определенном отношении шире объективной стороны состава преступления. Такие объективные характеристики события преступления, как место и время, не всегда являются конструктивными признаками конкретного состава преступления (например, такого, как нарушение правил безопасности на объектах атомной энергетики — ст.215, незаконное приобретение, сбыт или ношение холодного оружия, за исключением тех местностей, где ношение холодного оружия является принадлежностью национального костюма или связано с охотничьим промыслом — ч.4 ст.222 УК), однако независимо от этого они подлежат обязательному установлению по каждому уголовному делу. Факультативные с точки зрения уголовного закона, место и время совершения преступления являются обязательными признаками преступления с точки зрения уголовно-процессуального закона. Место и время совершения преступления конкретизируют и индивидуализируют деяние, позволяют отграничить его от смежных по времени и пространству деяний, позволяют установить или опровергнуть алиби, обеспечивать право обвиняемого на защиту. Кроме того, место совершения преступления определяет территориальную подсудность и подсудность уголовного дела, а время совершения преступления может иметь значение для применения давности привлечения к уголовной ответственности и даже иногда для определения оснований уголовной ответственности (например, когда преступление совершается в ночь наступления возраста уголовной ответственности). Степень конкретизации места и времени со-

вершения преступления зависит от особенностей конкретного преступления. Например, время совершения преступления (время начала и окончания деяния) в приведенном примере или в целях опровержения алиби может устанавливаться с точностью до минут.

Способ совершения преступления — это «комплекс совершенных преступником в определенной последовательности действий, которые приводят к преступному результату»¹²⁹. Не установив способ совершения преступления, порой невозможно доказать и само событие преступления, например, убийство, совершенное путем отравления; склонение к потреблению наркотических средств или психотропных веществ (ст. 230 УК). В ряде случаев способ свершения преступления является конструктивным признаком состава преступления (открытое хищение чужого имущества при грабеже, нападение, совершенное с применением насилия, при разбое) или предусмотрен в качестве квалифицирующего признака, отягчающего ответственность (убийство, совершенное общеопасным способом; разбой, совершенный с незаконным проникновением в жилище). Примером ошибки в определении способа совершения преступления является описанное выше уголовное дело по обвинению М.

Органами предварительного расследования М. обвинялся в умышленном убийстве двух и более лиц, совершенном общеопасным способом. По мнению следователя, производя выстрелы из огнестрельного оружия в сторону потерпевшего, М. сознавал, что создает опасность для других лиц, то есть действовал общеопасным способом.

Этот вывод не нашел своего подтверждения в ходе судебного разбирательства. В анализируемый момент какого-либо скопления людей, посторонних лиц, кроме участников события, на месте преступления не было.

В момент стрельбы в сторону потерпевшего рядом с ним находился лишь потерпевший С., что, однако, не может рассматриваться как доказательство общеопасного способа, поскольку, по версии следствия, на его жизнь обвиняемым было совершено отдельное покушение. Выстрелы, производимые М., как установил суд, имели прицельный характер, что исключало опасность для других лиц. Поэтому прокурор, поддерживающий государственное обвинение по этому делу в Самарском областном суде, указанный квалифицирующий признак из обвинения М. исключил.

¹²⁹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 169.

УПК не конкретизирует понятие других обстоятельств совершения преступления, поскольку они не имеют общего для всех преступлений значения. Как представляется, доказыванию подлежит, в первую очередь, объект преступного посягательства, без которого деяние не может получить правильной юридической оценки. Ошибка в определении объекта преступления обуславливает ошибку в квалификации преступных действий, поэтому орган расследования обязан доказать, какие общественные отношения подверглись посягательству, а в случае материального состава преступления — установить лицо, которому причинен вред. Объективная сторона материального состава преступления доказывается установлением предусмотренных уголовным законом последствий преступного деяния (убийство, доведение до самоубийства, причинение вреда здоровью). Преступные последствия могут играть роль отягчающих ответственность обстоятельств (например, п.«б» ч.1 ст. 63 УК — наступление тяжких последствий в результате совершения преступления; ч.4 ст. 111 УК — умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего). Значением указанных обстоятельств для правильного разрешения уголовного дела продиктовано требование обязательного назначения судебной экспертизы для установления причин смерти, характера и степени вреда, причиненного здоровью (пп.1 и 2 ст. 196 УПК).

Статья 73 УПК называет характер и размер вреда, причиненного преступлением, в качестве отдельного обстоятельства, подлежащего доказыванию, однако самостоятельное значение причиненный преступлением вред имеет только в тех случаях, когда он не охватывается юридической конструкцией состава преступления. Характер вреда позволяет судить об объекте преступления, а его размер является, как правило, квалифицирующим признаком состава преступления. Однако и в том и в другом случае этот элемент предмета доказывания важен также для разрешения заявленного по уголовному делу гражданского иска, то есть обеспечения интересов потерпевшего от преступления, который освобождается от обязанности доказывания оснований и размера причиненного ему вреда.

Событие преступления характеризуют также такие обстоятельства, как степень оконченности преступления, отсутствие признаков добровольного отказа от совершения преступления, форма соучастия, наличие предварительного сговора или преступной группы. Подлежат выяснению также неоднократность и рецидив. В ряде случаев имеют значение обстоятельства, характеризующие статус потерпевшего (убий-

ство женщины в состоянии беременности), характер его поведения как противоправного или аморального (п.«з» ч.1 ст.61; ст.107 УК РФ).

Виновность лица в совершении преступления, форма вины и мотивы – процессуальное выражение элементов субъективной стороны состава преступления. Установить лицо, совершившее преступление, и доказать его вину – тождественные понятия: пока вина не доказана, лицо не считается совершившим преступление. Уголовно-процессуальное понятие виновности отличается от уголовно-правового понятия вины (ст.24-26 УК РФ), ибо включает в себя не только наличие умысла или неосторожности, но и факт совершения определенным лицом действий, образующих объективную сторону состава преступления. Доказыванию подлежит тождественность лица самому себе. Поскольку уголовная ответственность персонифицирована, должны быть выявлены идентификационные признаки обвиняемого в совершении преступления лица – фамилия, имя, отчество, дата и место рождения. Обязательным элементом предмета доказывания является способность лица нести уголовную ответственность, то есть достижение определенного возраста и вменяемость. Поэтому при наличии малейших сомнений в психическом статусе лица, подлежащего привлечению к уголовной ответственности, орган расследования обязан назначить судебную экспертизу (п.3 ст.196 УПК). Назначение экспертизы также обязательно для установления возраста лица, когда это имеет значение для решения вопроса о его способности нести уголовную ответственность, а документы, подтверждающие возраст, отсутствуют или вызывают сомнения (ч.5 ст.196 УПК).

Доказывание вины, то есть психического отношения лица к совершенному деянию и наступившим последствиям, является наиболее сложным в силу ненаблюдаемости объекта познания. Отсутствие вины (невиновное причинение вреда) исключает возможность уголовной ответственности. Ошибки в установлении субъективной стороны преступления в практике имеют достаточно широкое распространение. Верховный Суд РФ неоднократно обращал внимание судов на то, что доказывание вины требует учета как характера совершенных обвиняемым действий, так и его собственных показаний о намерениях, желаниях, целях. Так, рассмотрев уголовное дело по надзорной жалобе осужденного Э. за умышленное причинение смерти потерпевшему В., Президиум Верховного Суда Российской Федерации нашел ее обоснованной.

Как следует из приговора, делая вывод об умышленном причинении смерти В., суд исходил из того, что удар в шею потерпевшему осуж-

денный нанес кулаком. Из акта судебно-медицинской экспертизы видно, что смерть потерпевшего наступила от тупой травмы шеи, сопровождавшейся разгибательными переломами щитовидного хряща и гортани, что свидетельствует о нанесении удара в жизненно важный орган с большой силой. Следовательно, обвиняемый Э., по мнению суда, не мог не осознавать, что в результате такого удара может наступить смерть потерпевшего. При этом суд учитывал и фактические обстоятельства дела, свидетельствующие о том, что Э. ранее знал потерпевшего, который был невысокого роста, худощав, значительно его слабее. В результате примененного насилия смерть потерпевшего наступила на месте происшествия в короткий промежуток времени, не более 30 минут, с момента причинения тяжкого вреда здоровью потерпевшего.

По убеждению суда, Э. действовал с прямым умыслом на причинение потерпевшему тяжкого вреда здоровью, так как, нанося потерпевшему удар в шею с достаточной силой, осознавал общественную опасность своих действий, предвидел возможность причинения тяжкого вреда здоровью потерпевшего и желал этого. Он же действовал с косвенным умыслом на причинение смерти потерпевшему, поскольку осознавал общественную опасность своих действий, причиняя тяжкий вред здоровью потерпевшего, предвидел возможность наступления смерти потерпевшего, не желал, но относился к наступлению смерти безразлично.

Изменяя приговор, Президиум Верховного Суда РФ отметил, что по смыслу уголовного закона при убийстве умысел виновного направлен на лишение потерпевшего жизни, а при совершении преступления, предусмотренного ч.4 ст.111 УК РФ, отношение виновного к наступлению смерти потерпевшего выражается в неосторожности. При решении вопроса о направленности умысла виновного следует исходить из совокупности всех обстоятельств содеянного, учитывать способ и орудие преступления, количество, характер и локализацию телесных повреждений, а также предшествующее преступлению и последующее поведение виновного и потерпевшего, их взаимоотношения.

Наличие возможности предвидения наступления смерти устанавливается применительно к конкретному лицу с учетом его индивидуальных психологических особенностей, жизненного и профессионального опыта, уровня образования, состояния здоровья и т.п., конкретной объективной ситуации, в которой оказалось данное лицо.

Осужденный Э. в ходе предварительного следствия и в судебных инстанциях последовательно утверждал, что, нанося в темноте удар кулаком потерпевшему, он не предвидел возможности наступления от

этих действий смерти. О том, что он не желал и не предвидел наступление смерти потерпевшего, свидетельствуют обстоятельства совершения преступления. Никакого орудия для совершения убийства Э. не брал. Чтобы не быть опознанным, свет в квартире не включал. Удар, нанесенный потерпевшему в темноте, не мог гарантировать наступления смерти.

Эти показания осужденного ничем не опровергнуты. О наличии у Э. более опасного намерения и предвидения наступления смерти потерпевшего ничего не говорит.

Более того, из материалов дела следует, что осужденный никаких предметов для лишения жизни потерпевшего не применял, нанес лишь один удар кулаком в область шеи, специальным приемам единоборства не обучался, специальными навыками не владел. Характер действий Э., его последующее поведение также свидетельствуют об отсутствии у него прямого или косвенного умысла на лишение потерпевшего жизни.

Следовательно, вывод суда о предвидении Э. наступления от его действий смерти потерпевшего голословен и опровергается материалами уголовного дела. Отношение к смерти потерпевшего у него выразилось в форме неосторожности. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 22.06.2005 года действия Э. переквалифицированы с п. «з» ч.2 ст.105 на ч.4 ст.111 УК РФ¹³⁰.

Таким образом, вывод о наличии вины, то есть конкретной формы умысла или неосторожности, может быть сделан лишь на основе тех элементов предмета доказывания, которые характеризуют объективные признаки состава преступления. Взаимосвязь образующих главный факт обстоятельств очевидна.

Обязательным элементом предмета доказывания являются внутренние побуждения лица, то есть **мотив совершения преступления**. Мотив может иметь непосредственное уголовно-правовое значение обязательного элемента состава преступления (например, подмена ребенка – ст.153 УК – является преступлением только при наличии корыстных или иных низменных побуждений) или его квалифицирующего признака (ч.2 ст.244 УК предусматривает мотив национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды в качестве квалифицирующего признака такого преступления, как надругательство над телами умерших и местами их захоронения). Нет сомнений в том, что доказыва-

¹³⁰ Информацию о деле см. в справочно-правовой системе «КонсультантПлюс».

нию подлежат и цели действий лица, имеющие уголовно-правовое значение (например, бандитизм определяется как создание устойчивой группы с целью нападения на граждан или организации).

Мотив преступления, как выше было показано, играет роль промежуточного факта при доказывании виновности лица в совершении преступления. Мотивы и цели действий лица имеют в уголовном процессе также значение обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого, влияющих на степень его общественной опасности и, следовательно, на выбор судом меры наказания, на возможность освобождения лица от уголовной ответственности или наказания.

Под обстоятельствами, характеризующими личность обвиняемого, имеются в виду социальный статус обвиняемого — образование, род занятий, место работы, семейное положение, возраст (совершение преступления несовершеннолетним), состояние беременности или совершение преступления впервые, а также индивидуальные особенности личности, проявившиеся в совершении им преступления и влияющие на решение о перспективах его дальнейшего поведения. Как правило, суд учитывает при назначении наказания такие характеристики личности, как наличие у обвиняемого малолетних детей, состояние его здоровья, отношение к содеянному (наличие или отсутствие признаков раскаяния). Многие из характеризующих личность обстоятельств предусмотрены Уголовным кодексом в качестве **обстоятельств, смягчающих наказание** (ст.61,54), или проявляются в действиях, **отягчающих** его (ст.63).

Пункт 7 ч.1 ст. 73 УПК требует установления **обстоятельств, влекущих за собой освобождение от уголовной ответственности** (деятельное раскаяние, примирение с потерпевшим, изменение обстановки, истечение срока давности привлечения к ответственности) и **наказания** (психическое или иное тяжкое заболевание, истечение срока давности исполнения обвинительного приговора). Имеющие право принятия такого решения следователь, с согласия прокурора, прокурор или суд должны располагать для этого соответствующими основаниями. Однако обязанность установить эти обстоятельства в целях принятия соответствующего решения не равнозначна обязанности их доказать в том смысле, в каком закон требует доказанности обвинения. В то же время наличие деятельного раскаяния, примирения обвиняемого с потерпевшим и т.п. обязывает должностное лицо принять решение о прекращении уголовного преследования, если только оно не докажет отсутствие оснований для освобождения от уголовной ответственности. Таким образом, и здесь, как в случае с обстоятельствами, исключаящими пре-

ступность (и наказуемость) деяния, мы имеем дело не с доказыванием — обоснованием определенных обстоятельств, а с доказыванием — опровержением. Бремя доказывания обвинения, как и бремя опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения (ч.2 ст.14 УПК).

Рассмотрев предмет доказывания во взаимосвязи его элементов, можно сформулировать определение. **Предмет доказывания по уголовному делу — это совокупность имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела юридически значимых обстоятельств, которые должны быть доказаны или опровергнуты в целях обоснования выдвинутого в отношении определенного лица обвинения.**

Входящие в предмет доказывания обстоятельства являются фактическим основанием всех процессуальных решений, принимаемых по существу уголовного дела (обвинительное заключение, приговор, кассационное определение, надзорное постановление). В то же время решения по отдельным, «вспомогательным» процессуальным вопросам (например, о применении меры пресечения) не требуют установления всех указанных в ст. 73 обстоятельств, но нуждаются в некотором объеме других обстоятельств (например, подтверждающих вывод о том, что обвиняемый имеет возможность скрыться от следствия и суда). Не одинакова для всех процессуальных решений глубина исследования этих обстоятельств, различна она, например, для возбуждения уголовного дела, привлечения лица в качестве обвиняемого и обвинительного заключения.

В теории неоднократно поднимался вопрос о существовании кроме предмета доказывания предмета исследования, или предмета познания, однако содержание предлагаемых понятий определялось неоднозначно. Полагаем, что предмет (или объект) исследования (предмет познания) — это само расследуемое преступление, которое не нуждается в специальном определении и которое познается путем выявления его юридически значимых признаков. При этом любой из элементов предмета доказывания, в том числе не входящий в состав главного факта, может стать предметом спора сторон и, следовательно, нуждается в соответствующем обосновании.

Например, установление смягчающих или отягчающих наказание обстоятельств, не входящих в собственную уголовно-правовую оценку преступного деяния, не требует по общему правилу надежной совокупности относящихся к каждому такому обстоятельству доказательств и, как правило, не вызывает споров. В то же время, если государственный обвинитель настаивает в судебном заседании на назначении кон-

кретного наказания, он обязан представить суду соответствующие аргументы. Если прокурор возражает против применения к обвиняемому ст. 62,64 73 УК РФ, то его обязанность — представить суду доказательства, исключающие возможность такого решения. Суд вправе, исходя из обстоятельств дела, поставить на обсуждение сторон и другие вопросы, имеющие значение для разрешения уголовного дела, перечисленные в ст. 299 УПК¹³¹.

§3. Пределы доказывания

Относимость и достаточность доказательств

В общем виде пределы доказывания — это границы исследования обстоятельств преступления, за которыми доказывание становится не нужным, лишенным смысла. Однако вопрос о пределах доказывания в науке уголовного процесса не достаточно ясен.

Существует мнение о тождественности понятий пределы доказывания и предмет доказывания¹³². В учебнике 1968 года «пределы доказывания характеризуются совокупностью обстоятельств, исследование которых может иметь значение для правильного разрешения дела, и всех тех источников доказательств, посредством которых выясняются эти обстоятельства»¹³³, а в учебнике, вышедшем в 1972 году, определение пределов доказывания ограничено необходимой и достаточной совокупностью доказательств, которая обеспечивает установление подлежащих доказыванию обстоятельств¹³⁴. Авторы «Теории доказательств в советском уголовном процессе» определили связь предмета и пределов доказывания как связь цели и средств ее достижения¹³⁵. Это мнение получило наиболее широкое распространение. «Совокупность доказательств, необходимых в конечном итоге для всестороннего, пол-

¹³¹ Предмет спора, как бы являющийся предметом доказывания в узком смысле слова, не тождествен ст. 73 УПК РФ, но каждое из указанных в этой статье обстоятельств может стать предметом доказывания или опровержения сторонами.

¹³² См.: Миньковский, Г.М. Пределы доказывания в советском уголовном процессе/Г.М. Миньковский. — М., 1956. — С.4; Строгович, М.С. Курс уголовного судопроизводства. — Т.1. — С.361.

¹³³ Советский уголовный процесс: учебник/под ред. Д.С. Карева — М: Юридическая литература, 1968. — С.110.

¹³⁴ См.: Уголовный процесс: учебник/ под ред. Н.С.Алексеева, В.З.Лукашевича, П.С.Элькинд. — М.: Юридическая литература, 1972. — С.153.

¹³⁵ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.187.

ного и объективного исследования обстоятельств, входящих в предмет доказывания, и образует пределы исследования, или пределы доказывания», — пишет П.А.Лупинская¹³⁶. В то же время продолжает иметь место взгляд на пределы доказывания и как на глубину и точность исследования фактов, входящих в предмет доказывания, или степень их доказанности¹³⁷. Некоторые авторы пределы доказывания видят не только в необходимых для установления предмета доказывания доказательствах, но и в совокупности требуемых для их получения следственных действий¹³⁸.

Понимание вопроса о пределах доказывания затрудняется отсутствием законодательного определения этого понятия в силу его оценочного характера. Однако субъектам уголовного процесса чрезвычайно важно иметь в своей практической деятельности четкое представление о границах доказывания. Поэтому вопрос о пределах доказывания продолжает привлекать внимание ученых.

Представляется, что наиболее близко к пониманию сущности пределов доказывания подошли авторы, обнаружившие многогранность (многоаспектность) этого понятия¹³⁹ и согласившиеся считать пределами доказывания «такие границы этой деятельности, которые выражают полноту проверяемых версий, глубину исследования подлежащих доказыванию фактов (обстоятельств), объем доказательств и их источников, обязательных для признания наличия или отсутствия этих фактов, и достаточность обоснования выводов по делу»¹⁴⁰.

Многогранность понятия «пределы доказывания» обуславливает правомерность различных подходов к определению границ исследования обстоятельств дела. Попытаемся с этих позиций определить тот момент, когда органы уголовного судопроизводства вправе считать цели доказывания достигнутыми.

¹³⁶ Лупинская, П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика/П.А.Лупинская. — М.: Юристь, 2006. — С.94.

¹³⁷ См.: Карнеева, Л.М. Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству/Л.М.Карнеева, И.Кертэс. — М.: Юридическая литература, 1985. — С. 18-19.

¹³⁸ См.: Горский, Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — С.93-94.

¹³⁹ См.: Горский, Г.Ф. Указ.соч. — С.92; Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования/С.А.Шейфер. — Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. — С.25.

¹⁴⁰ Фаткуллин, Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. — С.70.

1. Доказывание может быть признано достигшим своей цели, «когда с необходимой степенью надежности (вероятно или достоверно) установлены подлежащие доказыванию обстоятельства»¹⁴¹. Следовательно, пределы доказывания определяются как широта (полнота) установления подлежащих доказыванию обстоятельств и глубина исследования каждого из них. В этом смысле пределы доказывания действительно сливаются, если не с предметом доказывания, то с совокупностью подлежащих доказыванию обстоятельств, ибо они определяют не только перечень обстоятельств, характеризующих предмет доказывания по конкретному уголовному делу, но и совокупность промежуточных и вспомогательных фактов, необходимых для установления каждого из них. Ошибки в определении круга подлежащих доказыванию обстоятельств, как и ошибки в определении требуемой глубины исследования того или иного обстоятельства, ведут к неполноте установления обстоятельств дела, что может обусловить необоснованное процессуальное решение, неправильную правовую квалификацию деяния. Во избежание ошибок доказывание осуществляется в двух направлениях —вширь, то есть путем установления всех обстоятельств, имеющих значение для дела, и вглубь, т.е. путем установления каждого имеющего значение для дела обстоятельства с достаточной для целей доказывания степенью конкретизации и надежности.

2. Доказывание может быть признано достигшим своей цели, когда все указанные выше обстоятельства надежно подтверждены необходимой и достаточной для этого совокупностью доказательств. Понятие **необходимой совокупности доказательств** характеризует широту исследования обстоятельств дела и исключает пробелы в установлении фактических обстоятельств дела. Необходимыми являются все доказательства, содержание которых связано с подлежащими доказыванию обстоятельствами, то есть все относимые доказательства. Понятие **достаточной совокупности доказательств** характеризует полноту и глубину исследования каждого подлежащего доказыванию факта (главного, промежуточного, вспомогательного) и обеспечивает надежность вывода о доказанности каждого факта.

Достаточная совокупность доказательств в литературе рассматривается с двух сторон — количественной и качественной. Количественная сторона пределов доказывания в цифровых показателях не может быть выражена, поэтому она раскрывается через понятие «совокупность

¹⁴¹ Шейфер, С.А. Указ. соч. — С. 25.

доказательств» и через сопоставление этой совокупности с предметом доказывания. Пределы доказывания, очевидно, не достигнуты, если:

- а) в деле отсутствуют доказательства какого-либо имеющего значение для правильного разрешения дела обстоятельства,
- б) имеющиеся доказательства не позволяют установить это обстоятельство с требуемой глубиной и полнотой,
- в) доказанность этого обстоятельства вызывает сомнения.

Оценка количественной характеристики достаточности собранной по делу совокупности доказательств осуществляется по внутреннему убеждению субъекта доказывания с учетом требования закона об обоснованности процессуального решения и выработанных практикой стандартов доказывания. Пределы доказывания всегда содержат некоторое количество избыточной информации, собранной в целях обеспечения надежности вывода о достаточности собранной совокупности доказательств для обоснования выводов по уголовному делу. Такая избыточность доказательств считается оправданной.

Качественная сторона пределов доказывания проявляется во взаимосвязи и непротиворечивости имеющихся доказательств, позволяющих формировать выводы в одном направлении. Даже очень большое количество собранных органом расследования доказательств не является мерилom пределов доказывания, если эти доказательства позволяют обосновать взаимоисключающие выводы. Противоречивые доказательства означают и противоречия в установленных обстоятельствах дела, поэтому пока существенные противоречия не устранены, вывод о доказанности обстоятельств дела продолжает оставаться сомнительным, не достоверным, а значит, требуется продолжение доказывания.

Надежность совокупности доказательств означает ее способность сохранять свою силу в будущем. Надежные доказательства образуют такую систему, свойства которой сохраняются при выбывании одного или нескольких ее элементов (например, в случае смерти важного свидетеля, изменения показаний обвиняемым, утраты вещественного доказательства). Объединенные в систему, доказательства взаимно дополняют и усиливают друг друга, укрепляя надежность вывода, вытекающего из каждого доказательства. Если все выводы органа уголовного преследования, как это часто бывает, группируются только вокруг показаний обвиняемого, признающего свою вину, отказ обвиняемого подтвердить эти показания в судебном заседании способен разрушить всю систему доказательств.

Оценка **достаточности совокупности доказательств** предполагает предварительную оценку каждого доказательства с точки зрения относимости, допустимости и достоверности. Доказательства, не отвечающие этим критериям, не могут использоваться для обоснования каких-либо выводов, следовательно, не учитываются при оценке совокупности доказательств в целом.

3. Наконец, доказывание может быть признано достигшим своей цели, когда органом расследования произведен тот объем работы, то есть следственных и иных процессуальных действий, который позволяет сформировать необходимую и достаточную совокупность доказательств. Это означает, что следователем были выдвинуты и проверены все объективно возможные версии. В результате этой деятельности в уголовном деле образуется фактический объем доказательств, превышающий критерии необходимости и достаточности.

Фактический объем имеющихся в деле доказательств, таким образом, включает в себя не только те доказательства, которые признаны необходимыми и достаточными, но также те, которые были получены в процессе проверки не подтвердившихся впоследствии версий, доказательства, которые были получены в процессе поиска относимых доказательств; доказательства, исключенные из совокупности доказательств в силу того, что были получены с нарушением закона, доказательства, признанные недостоверными. Ошибочное отождествление фактического объема доказательств с необходимой и достаточной совокупностью доказательств, то есть неправильное определение границ доказывания, может привести к «недобору» доказательственной информации. Вывод следователя, прокурора о достижении цели доказывания может быть поколеблен, если в судебном разбирательстве произойдет изменение оценки доказательств. Фактический объем доказательств остается прежним, однако он уже не образует достаточной и надежной совокупности доказательств. С учетом сказанного, пределы процессуального доказывания могут быть правильно определены только на основе относимых, допустимых и достоверных доказательств, а поскольку оценка доказательств осуществляется на разных стадиях процесса разными субъектами, их оценка пределов доказывания может не совпасть.

Рассмотренные стороны понятия пределов доказывания имеют самостоятельное значение, не совпадающее полностью со значением других его сторон. Различна их не только качественная, но и количественная характеристика. Следственное действие позволяет получить не одно, а несколько доказательств, каждое из которых или все вместе могут устанавливать один или несколько фактов. Например, при ос-

мотре места происшествия обнаружены следы крови, часть этих следов изъята в качестве вещественного доказательства для последующего исследования специалистами. Здесь же обнаружены следы обуви неизвестного лица, отпечатки пальцев руки, изготовлены их слепки. С другой стороны, одно и то же обстоятельство может быть установлено несколькими доказательствами, полученными разными процессуальными способами. В приведенном выше примере по делу М. факт получения им сообщения об избиении брата на берегу реки Волга подтверждается не только показаниями свидетелей, потерпевших и самого обвиняемого, но и полученной по официальному запросу следователя распечаткой исходящих и входящих телефонных звонков на номер М.

В то же время все три стороны понятия пределов доказывания взаимосвязаны: глубина и полнота исследования обстоятельств дела обеспечиваются надежностью и достаточностью полученных при производстве необходимых процессуальных действий доказательств.

Правильное определение пределов процессуального доказывания играет огромную роль в практической деятельности субъектов уголовного судопроизводства. Оно позволяет сконцентрироваться на доказывании лишь тех обстоятельств, которые имеют значение для разрешения уголовного дела, систематизировать полученные доказательства, своевременно обнаружить и восполнить пробелы доказывания, заставляет требовательно относиться к соблюдению закона при производстве следственных действий, тщательно проверять и объективно оценивать полученные доказательства с точки зрения их способности служить надежным средством процессуального доказывания.

Несмотря на единый характер требований к полноте установления обстоятельств дела, предъявляемых на стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства, и степени достоверности полученных знаний и сформулированных выводов, границы судебного доказывания (доказывания, осуществляемого в суде) могут существенно отличаться от пределов доказывания, установленных органом расследования. Пределы доказывания в стадии судебного разбирательства предопределены объемом предъявленного лицу обвинения (ст. 252 УПК РФ), поэтому суд не вправе устанавливать факты и обстоятельства, выходящие за рамки обвинения. Однако, как представляется, это ограничение касается лишь обстоятельств, характеризующих состав преступления, но не распространяется на промежуточные факты, на основе которых устанавливается главный факт, и на вспомогательные факты, служащие средством оценки доказательств. Поэтому ошибка

органа расследования в определении круга промежуточных и вспомогательных фактов может быть исправлена в суде путем допроса дополнительных свидетелей, исследования представленных сторонами дополнительных доказательств, назначения судебных экспертиз. Существенное влияние на расширение пределов доказывания в суде оказывает его состязательная форма, дающая возможность стороне защиты восполнить имеющиеся с ее точки зрения пробелы в доказательственном материале и установлении имеющих значение для защиты, но не установленных в досудебном производстве обстоятельств.

С пределами доказывания тесно связано понятие «относимость доказательств».

Относимость доказательства – это его способность устанавливать обстоятельства, имеющие значение для дела. Такой способностью доказательство обладает в силу связи его информационного содержания с подлежащими доказыванию обстоятельствами. В литературе обращено внимание на то, что для оценки относимости доказательства требуется положительный ответ на два вопроса (говоря иначе, требуется два критерия):

- 1) подлежит ли доказыванию то обстоятельство, которое подтверждается данным доказательством,
- 2) имеется ли связь между доказательством и обстоятельством.

Нормативной основой оценки относимости доказательств являются статьи уголовно-процессуального закона, определяющие предмет доказывания. Круг обстоятельств, связь с которыми придает доказательству свойство относимости, аккумулирован в ст. 73 УПК, но не исчерпывается ими. Для признания доказательства относящимся к делу, не имеет значения, с каким из подлежащих доказыванию обстоятельств оно связано. Этим свойством обладают все доказательства, которые так или иначе способны подтвердить или опровергнуть любой из элементов состава преступления, а также другие обстоятельства, необходимость доказывания которых может возникнуть по конкретному делу. Круг относимых доказательств чрезвычайно широк, поскольку именно из них формируется та необходимая и достаточная совокупность доказательств, которая обеспечивает надежное, полное и точное установление каждого обстоятельства, имеющего значение для дела. Относимыми являются доказательства:

- устанавливающие обстоятельства, характеризующие событие преступления (место, время, способ и другие обстоятельства совершения преступления),

- устанавливающие виновность лица, его совершившего, форму вину и мотивы,
- характеризующие личность обвиняемого,
- свидетельствующие о наличии обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание,
- характеризующие причиненный преступлением вред и его размер,
- а также способствующие установлению условий совершения преступления.

Доказательство является относимым, если оно указывает на факт, непосредственно входящий в предмет доказывания, а равно на промежуточные факты, из которых выводным путем устанавливается главный факт. Сложность оценки относимости доказательств состоит в том, что промежуточные факты не предусмотрены законом и могут образовывать сложную иерархическую и разветвленную систему. Например, чтобы доказать совершение преступления — кражи — путем доказывания факта появления у подозреваемого лица соответствующей суммы денег после совершения преступления, необходимо исключить вероятность получения этих денег из других источников. Доказательства, опровергающие другие способы получения подозреваемым денег, будут являться относимыми.

Относимостью обладают не только доказательства, указывающие на новые факты, но и те, которые подтверждают факты, уже установленные другими доказательствами. Их собирают в целях проверки, усиления и подкрепления имеющейся совокупности доказательств.

Относимыми являются также доказательства:

- указывающие на наличие других доказательств, обеспечивающие поиск и расширение совокупности доказательств;
- характеризующие условия и порядок производства того или иного следственного действия и способствующие тем самым проверке ранее собранных доказательств (например, доказательства, подтверждающие способность видеть с того места, где находился свидетель, условия наблюдения, характер взаимоотношений с обвиняемым, соблюдение процедуры допроса и пр.);
- устанавливающие факты, противоречащие исследуемой версии,
- опровергающие уже установленные обстоятельства,
- устанавливающие, так называемые, негативные, то есть отсутствующие, но естественные при обычном ходе события обстоятельства (например, отсутствие следов транспортного средства противоречит количеству похищенного);

- свидетельствующие об отсутствии смежного состава преступления (например, об отсутствии угрозы применения насилия при завладении имуществом) или отягчающих обстоятельств.

Относимыми являются доказательства, устанавливающие обстоятельства, которые исключают преступность и наказуемость деяния, а также могущие повлечь освобождение от уголовной ответственности и наказания (пп. 5 и 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ).

Таким образом, вопрос об оценке относимости доказательств настолько сложен, насколько сложно определить совокупность имеющих значение и подлежащих в связи с этим доказыванию обстоятельств. Поскольку значение того или иного обстоятельства для дела на начальном этапе уголовного судопроизводства не всегда ясно, относимость доказательства может иметь вероятный характер. Впоследствии наличие связи доказательства с предметом доказывания либо подтверждается, либо опровергается. Во избежание утраты доказательств вследствие ошибки в оценке их относимости на первоначальном этапе расследования принято считать относимыми все доказательства, содержание которых позволяет предположить их связь с обстоятельствами дела. Поэтому в любом уголовном деле всегда имеется определенное количество доказательств, связь которых с предметом доказывания не подтвердилась. По описанному выше уголовному делу об убийстве С. его жены такой предположительной относимостью обладали, в частности, доказательства, характеризующие взаимоотношения между потерпевшей З., ее подругой Л. и мужем подруги, поскольку обвиняемым была выдвинута версия совершения убийства Л. по мотивам ревности. На определенном этапе обладали свойством относимости вещественные доказательства – предметы одежды Л. и сумочка, протокол осмотра этих вещественных доказательств, заключение судебной экспертизы, не обнаружившей следов крови на вещественных доказательствах.

Призмой, сквозь которую доказательства рассматриваются на предмет оценки их относимости, выступает версия. Чем больше выдвинуто и проверяется версий, тем полнее будут исследованы обстоятельства дела, но тем сложнее оценка относимости обнаруживаемых доказательств, она требует сопоставления доказательства с каждой из одновременно проверяемых версий.

При оценке доказательства важно точно понимать, к какому из доказываемых обстоятельств оно относится. Типичная ошибка, допускаемая органами уголовного преследования, состоит в том, что большое количество доказательств, подтверждающих второстепенные фак-

ты, принимается за достаточную для обоснования обвинения совокупность доказательств. Поэтому важно видеть связь устанавливаемых этими доказательствами промежуточных фактов не только между собой, но и с главным фактом.

Рассмотрим вопрос об оценке относимости и значении промежуточных и вспомогательных фактов на примере уже известного нам уголовного дела по обвинению С.

Как показал С., он не видел, при каких обстоятельствах жене был нанесен приведший к смерти удар ножом. Проверка версии о самоубийстве З. требовала установления мотива, для чего необходимо было доказать факт прелюбодеяния потерпевшей с мужем подруги, и способность этого факта оказать на потерпевшую то влияние, которому придавал ему С., то есть мотивировать желание совершить убийство. Следовало также установить физическую возможность причинения потерпевшей телесного повреждения собственной рукой. Отвергая версию самоубийства, суд принял во внимание такие доказательства, как:

- показания свидетелей – супругов Л., дружно проживших более 10 лет, а также родственников Л. и З. и многочисленных друзей, знавших о связывающей их пятнадцатилетней дружбе со студенческих времен и характере отношений между супругами Л. и потерпевшей З;

- характеристику потерпевшей – зрелой 37-летней женщины, имеющей высшее медицинское образование, ученую степень кандидата медицинских наук, большой профессиональный и общежитийский опыт, родителей и друзей, на чью поддержку она могла рассчитывать. Все эти данные исключали мотивацию самоубийства;

- заключение судебно-медицинской экспертизы о направлении раневого канала слева направо и сверху вниз, исключившего возможность причинения смерти потерпевшей собственной рукой, поскольку потерпевшая, как было установлено, не была левой;

- показания судебно-медицинского эксперта, указавшего на отсутствие характерного для самоубийства обнажения участка тела для нанесения удара и незначительных точечных повреждений вокруг основной раны – признака «примерки»;

- протокол осмотра места происшествия, согласно которому в месте совершения преступления орудие преступления не обнаружено, а труп лежит на диване;

- заключение эксперта, согласно которому характер ранения З. позволял ей после нанесения ранения самостоятельно передвигаться и совершить какие-либо действия (спрятать или выбросить нож, пойти до дивана в другую комнату);

- показания врача скорой помощи об отсутствии свободного доступа к ране на теле потерпевшей, так как надетая на теле сорочка не имела разреза в месте, соответствующем месту расположения раны. Для того чтобы осмотреть рану, врач был вынужден сделать ножницами разрез на сорочке;

- показания врача скорой помощи о том, что температура тела, на ощупь холодного, не соответствовала времени, которое, по показаниям С., прошло с момента наступления смерти;

- ранее перечисленные доказательства, подтверждающие наличие у обвиняемого достаточного времени (один час) для инсценировки места происшествия, и т.д. и т.п.

Перечисленные доказательства не имеют непосредственной связи с главным фактом, однако связанные с ним и между собой логическими нитями, они создали неопровержимую цепь улик, позволившую исключить одну из трех возможных версий. Точно так же с помощью доказательств была исключена версия о совершении убийства подругой потерпевшей, а также опровергнуты все доводы, приводимые обвиняемым в свою защиту. В конечном итоге это позволило обосновать вину С. в совершении преступления.

ГЛАВА 4.

Доказательства и их допустимость

§1. Понятие, содержание и форма доказательства.

Источники доказательств

Вопрос о понятии доказательства в теории уголовного процесса является, пожалуй, одним из самых запутанных. В то же время это один из наиболее актуальных вопросов практики. Требование обоснованности приговора и иного процессуального решения нуждается в аргументах, которые могли бы быть использованы в качестве его основания. Такими основаниями и являются доказательства.

В теории уголовного процесса сложилось устойчивое мнение о доказательстве как неразрывном единстве его содержания и формы. Однако как содержанию, так и форме доказательства в теории придается неодинаковый смысл.

С точки зрения российских ученых эпохи судебной реформы XIX века, «доказательства судебные суть один из видов доказательств вообще. Доказательствами судебными мы называем основания судейского убеждения при решении спорного вопроса, подлежащего судебному разбирательству, убеждения, на котором основывается приговор суда»¹⁴². Доказательства — это «данные, которые породили в нас убеждение»¹⁴³. «Уголовным доказательством называется всякий факт, имеющий назначением вызвать в судье убеждение в существовании или несуществовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет судебного исследования»¹⁴⁴.

Таким образом, судебные доказательства, это данные или факты, служащие средством установления других фактов, составляющие пред-

¹⁴² Спасович, В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством/В.Д.Спасович. — М.:ЛексЭст, 2001 — С.5 (Первое издание — СПб.,1861).

¹⁴³ Там же.

¹⁴⁴ Владимиров, Л.Е. Учение об уголовных доказательствах/Л.Е.Владимиров. — Тула:Автограф, 2000. — С.133 (Первое издание — СПб., 1910).

мет судебного исследования, то есть виновности лица в совершении преступления и других обстоятельств, имеющих значение для дела. Так понимал доказательства и УПК РСФСР 1960 года: «Доказательствами являются любые фактические данные, на основе которых органы расследования, прокурор и суд устанавливают наличие или отсутствие общественно-опасного деяния, виновность лица, совершившего это деяние, и иные обстоятельства, имеющие значение для дела». Однако понятие фактических данных породило немало споров о том, чем все же являются доказательства- фактами или сведениями (то есть данными).

В середине XX века еще господствовала точка зрения о том, что «судебные доказательства — это обычные факты, те же совершающиеся в жизни явления, те же вещи, те же люди, те же действия людей. Судебными доказательствами они являются лишь постольку, поскольку они вступают в орбиту судебного процесса, становятся средством для установления интересующих суд и следствие обстоятельств, для решения интересующих суд и следствие вопросов»¹⁴⁵. Аналогичным образом определяли доказательства М.А.Чельцов: «Факты, из которых выводится существование доказываемого факта, носят название доказательственных фактов или доказательств...Доказательствами являются факты, обстоятельства»¹⁴⁶, С.В.Курылев: доказательство — «известный факт, находящийся в определенной связи с неизвестным»¹⁴⁷ и другие.

В более поздний период такое определение доказательства было подвергнуто суровой критике¹⁴⁸, основанной на положениях теории отражения: событие преступления принадлежит прошлому и сопровождающие его факты и обстоятельства даются субъектам уголовного процесса- следователю, судье лишь посредством отражения этих фактов их сознанием. Даже те реальные факты, которые доступны непосред-

¹⁴⁵ Вышинский, А.Я. Указ.соч. — С.175.

¹⁴⁶ Чельцов, М.А. Советский уголовный процесс/М.А.Чельцов. — М.:Госюриздат, 1951. — С.134-136.

¹⁴⁷ Курылев, С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии/С.В.Курылев. — Минск: Изд-во БГУ, 1969. — С.139, 163.

¹⁴⁸ См.об этом: Фаткуллин, Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания/Ф.Н.Фаткуллин. — Казань, 1976; Хмыров, А.А. Косвенные доказательства/А.А.Хмыров. — М.:Юридическая литература, 1979; Кокорев, Л.Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание/Л.Д.Кокорев, Н.П.Кузнецов. — Воронеж: Изд-во ВГУ, 1995; Горский, Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе /Г.Ф.Горский, Л.Д. Кокорев, П.С.Элькинд. — Воронеж: Изд-во ВГУ, 1978 и др.

ственному восприятию, хотя и продолжают существовать к моменту доказывания (например, шрамы на теле потерпевшего, следы торможения на дороге), в материалах дела сохраняются лишь в виде описания, схемы, т.е. сведений¹⁴⁹. Существование материального объекта со следами преступления не превращает этот факт в доказательство, т.к. доказательством является не сам объект, а заключенная в нем либо обстановке его обнаружения информация¹⁵⁰. И даже так называемые «доказательственные факты», то есть уже установленные элементы действительности, есть не что иное, как знания о фактах реальной действительности¹⁵¹.

Таким образом, доказательства – это полученные в ходе уголовного судопроизводства знания, ведущие к получению логическим путем другого знания. Содержанием нашего знания являются сведения или информация.

Информационный подход к понятию доказательств занял доминирующее место в науке и получил отражение в новом УПК. Статья 74 УПК РФ определяет доказательства как любые сведения, на основе которых в определенном законом порядке субъекты уголовного процесса устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных обстоятельств, имеющих значение для дела.

Такое понимание доказательства означает отсутствие предустановленной оценки доказательств, доказательства изначально не рассматриваются как факты (т.е. достоверные сведения). Эти сведения могут как соответствовать, так и не соответствовать представлениям субъекта о расследуемом событии, возникшим на основе ранее полученных сведений. Они могут характеризовать разные стороны события, с большей или меньшей степенью вероятности указывать на устанавливаемые обстоятельства. Но все эти сведения являются доказательствами как объектами деятельности участников уголовного процесса – их обнаруживают, собирают, закрепляют, рассматривают, проверяют и оценивают, исследуют, анализируют, группируют и обобщают, оспаривают и подтверждают.

¹⁴⁹ См.: Фаткуллин, Ф.Н. Указ. соч. – С.113-114.

¹⁵⁰ См.: Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – С.32.

¹⁵¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.226,227.

¹⁵² «Доказательствами в уголовном процессе нельзя называть ни факты, входящие в предмет доказывания, ни иные факты. В мышлении человека существуют,

Представляется, что критика понятия доказательства как факта¹⁵³ была основана на ошибочном истолковании факта как самой объективной действительности, как явления материального мира, существующего независимо от того, знаем мы или нет о его существовании¹⁵³. Понимаемые именно так факты, конечно же, не могут рассматриваться в качестве доказательства: они или не существуют в момент производства по делу или не известны суду, поэтому ими не могут быть обоснованы судебные решения.

Однако если рассматривать факт в соответствии с его философским смыслом как познannую часть реальности, достоверное знание о ней, мысленный (идеальный) образ объективной действительности, то концепция «доказательство-факт»¹⁵⁴ имеет полное право на существование и правомерно продолжает обосновываться в современной науке¹⁵⁵.

Таковыми доказательствами-фактами являются, например, нахождение лица в определенном месте, наличие или обнаружение отпечатков пальцев рук на орудии преступления, неприязненные взаимоотношения между подозреваемым и жертвой, используемые судом в качестве аргументов для обоснования в приговоре вывода о виновности лица в совершении преступления.

Противопоставление рассматриваемых концепций (доказательства-факты или сведения о них) не имеет ни теоретического, ни, тем более, практического смысла. Любые сведения, о которых говорится в ч. 1 ст. 74 УПК РФ, это знания о реально существовавших или несуществовавших явлениях, имеющие, в силу этого, как объективное, так и субъективное содержание. Объективность знания заключается в существовании как объекта познания, так и закономерностей отражения этого объекта сознанием познающего субъекта. Субъективность знания обусловлена его принадлежностью определенному субъекту, установки, стереотипы, интересы которого в той или иной степени сказываются на отражаемой им картине мира. Будучи многократно проверенными, сопоставленными с другими сведениями, наши знания приобретают характер достоверных, то есть настолько верных, что они перестают вы-

взаимодействуют, движутся не вещи, не предметы, а их образы, понятия, сведения о них» // Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 207.

¹⁵³ См.: Чельцов, М.А. Советский уголовный процесс. — С. 135.

¹⁵⁴ См.: Строгович, М.С. Уголовный процесс/М.С.Строгович. — М.: Госюриздат, 1946. — С. 120; Он же. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. — С. 288-289.

¹⁵⁵ См.: Агутин, А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: монография/А.В.Агутин. — М., 2004. — С. 141-144.

зывать сомнения, что и делает правомерным их рассмотрение как фактов. «Понятие доказательственного факта не означает ничего иного, кроме знания о фактах реальной действительности», — писал В.Я.Дорохов¹⁵⁶.

Понятие доказательства, таким образом, имеет два значения — доказательства-сведения и доказательства-факты, соответствующие двум уровням человеческого познания мира: чувственно-практическому и рациональному (логическому). Собираение, проверка и оценка доказательств-сведений завершается возникновением доказательств-фактов, позволяющих обосновать вывод о виновности или невиновности лица в совершении преступления. Соответственно, ошибка в оценке достоверности доказательственной информации ведет к ошибке в основанных на этой информации выводах.

Поскольку окончательную оценку доказательствам, в том числе и с точки зрения достоверности их содержания, дает только суд в результате исследования всех доказательств в их совокупности, можно считать, что доказательства-факты появляются только в приговоре. Однако пока приговор не вступил в законную силу, а иногда и после, обоснованность оценки судом достоверности доказательств может подвергаться сомнению.

Информационный подход к понятию доказательства отчетливо прослеживается во всех процессуальных кодексах. Формулировки ст. 55 ГПК РФ и ст. 64 АПК РФ (доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела) почти дословно воспроизводят определение доказательства, содержащееся в ст. 74 УПК. И это не случайно: все названные виды судопроизводства являются способами осуществления правосудия. Правосудие опирается на общие для всех его видов конституционные принципы и нуждается в едином подходе к доказательствам, которыми обосновываются его акты¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.226.

¹⁵⁷ Доказательство как понятие родовое представляет собой суперинститут судебного права, который характеризуется общностью подходов, критериев — относимости, допустимости, достоверности, взаимной согласованности доказательств и их достаточности. См.: Мурадян, Э.М. Судебное право (в контексте трех процессуальных кодексов): монография/Э.М.Мурадян. — М.: Проспект, 2003. — С.18.

В теории справедливо обращено внимание на то, что сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, не существуют сами по себе. Способ (вид) существования содержания, не отделимый от него, называется формой.

В соответствии с ч. 2 ст. 74 УПК РФ в качестве доказательств допускаются показания подозреваемого, обвиняемого, показания свидетеля, потерпевшего, заключение и показания эксперта, заключение и показания специалиста, вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий, иные документы. Перечень этих видов доказательств принято отождествлять с формой доказательств¹⁵⁸. Неразрывность содержания и формы означает, что сведения о подлежащих установлению обстоятельствах существуют не иначе как в виде (или в форме, что одно и то же) показаний обвиняемого и подозреваемого, показаний свидетеля и потерпевшего, заключений и показаний эксперта, заключений и показаний специалиста, вещественных доказательств, протоколов следственных и судебных действий, иных документов. Соответственно такому представлению о единстве формы и содержания закон определяет показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего, эксперта и специалиста как сведения, сообщенные ими на допросе (ст. 76-79, ч.2 и 4 ст.80 УПК), заключение эксперта — как содержание исследования и выводы по поставленным перед ним вопросам (ч.1 ст.80), заключение специалиста — как суждение по поставленным перед ним сторонами вопросам (ч.3 ст.80). Сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, составляют содержание протокола следственного действия (ст. 83,166), судебного заседания (ст. 83,259) и иных документов (ст.84).

Даже такое отличающееся от других видов доказательств, как вещественное доказательство (ст.81), тоже может быть представлено как неразрывное единство формы (предмета или документа) и содержания в виде сведений, которые несут оставленные на объекте следы преступления или иной связи объекта с событием преступления.

Рассматривая содержание и форму доказательства, следует иметь в виду, что любое явление выполняет функцию содержания или формы во взаимодействии с другими явлениями. Поэтому кроме процессуальной формы доказательств существует форма получения доказа-

¹⁵⁸ См., например: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.200,212 и сл.; Шейфер, С.А.Собирание доказательств советском уголовном процессе.Методологические и правовые проблемы/С.А.Шейфер. — Саратов, 1986. — С.28; Орлов, Ю.К.Основы теории доказательств в уголовном процессе. — С.39.

тельств, обеспечивающая их допустимость, а также форма закрепления доказательств, обеспечивающая сохранение и последующее использование сведений, имеющих значение для установления обстоятельств дела. Письменная форма уголовного судопроизводства требует документального удостоверения каждого процессуального действия. Поэтому заключение эксперта — это письменное сообщение о произведенном экспертом исследовании и сделанных на его основе выводах. Сведения об устанавливаемых по уголовному делу обстоятельствах, полученные в ходе следственных действий, обязательно фиксируются в соответствующем протоколе. С учетом сказанного протокол следственного действия является как одним из видов доказательств (например, протокол обыска, осмотра, опознания), так и формой сохранения доказательств (например, показаний).

В научной литературе многозначность процессуальной формы при анализе понятия доказательства учитывается не всегда, что ведет к подмене понятия «форма доказательства» понятием форма «сохранения информации»¹⁵⁹ или «форма собирания доказательств».

В авторитетном учебнике уголовно-процессуального права читаем, что «доказательство по уголовному делу выступает в единстве своего содержания (сведения) и *процессуальной формы получения и фиксации этих сведений*»¹⁶⁰ (курсив мой. — В.Л.). Еще более четко высказался автор одной из последних работ в этой области: «понятие «доказательство» в уголовном процессе следует рассматривать как единство не двух, а трех основных элементов: 1) сведений о фактах, 2) источников сведений о фактах, 3) *способов и порядка собирания, закрепления и проверки сведений о фактах и их источников*»¹⁶¹ (курсив мой. — В.Л.).

Отождествление формы доказательства с процессуальной формой собирания и закрепления полученных сведений имеет своим следствием включение процедуры следственного действия (являющегося, как известно, основным способом собирания доказательств) в понятие доказательства.

¹⁵⁹ «Доказательство по уголовному делу имеет фактическое содержание и процессуальную форму сохранения и воспроизведения необходимой информации» Горский, Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. — С. 108.

¹⁶⁰ См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. — 2004. — С. 227.

¹⁶¹ Балакшин, В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации): автореф. дис... д-ра юрид. наук / В.С. Балакшин — Екатеринбург, 2005. — С. 33.

Ошибочность такого взгляда на форму доказательства заключается в том, что оно основано на смешении двух самостоятельных явлений. Как доказательство, так и способ его собирания имеют собственные форму и содержание. Безусловное наличие связи между процессуальной деятельностью и доказательствами не дает оснований для их отождествления.

Вопрос об источниках доказательств в теории также является дискуссионным. Многие авторы, анализируя перечисленные в ч. 2 ст. 74 УПК РФ (ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР) явления: показания, вещественные доказательства, заключения эксперта и специалиста, документы — называют их также источниками доказательств¹⁶². «Если само доказательство, — пишет, например, М. Шалумов, — это сведения, то источник доказательства — это процессуальная форма, в которой закреплены, изложены данные сведения»¹⁶³.

Не соглашаясь с таким пониманием источника доказательств, В.Я. Дорохов писал, что источником доказательства является его носитель, в то время как показания свидетеля и заключение эксперта — это источники фактических данных¹⁶⁴. Однако и такой подход к понятию источника неудовлетворителен. Ведь под фактическими данными автор понимает именно сведения о преступлении, значит, следователь и суд получают эти сведения из показаний свидетеля и заключений эксперта, что не соответствует действительности. Следователь, дознаватель, а в судебном заседании суд и стороны получают информацию не из показаний свидетеля или потерпевшего, а от самого свидетеля или потерпевшего, которые и являются источниками этих сведений. Показания свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, заключение эксперта или специалиста сами являются доказательствами и не могут быть своим собственным источником¹⁶⁵. Источник какого-либо явления не тождествен самому явлению, он возникает раньше того явления, которое порождает. Источник доказательства, как правильно отмечено в литературе, возникает до начала процесса до-

¹⁶² См.: Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России /И.Л.Петрухин. — М.: Проспект, 2004. Ч.1. — С.155; Орлов, Ю.К. Указ. соч. — С.39.

¹⁶³ Шалумов, М. УПК РФ: вопросы доказательственного права/М. Шалумов// Законность. — 2004. — №4. — С.3.

¹⁶⁴ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 213.

¹⁶⁵ Источник какого-либо явления — это то, что порождает это явление, из чего оно исходит, истекает. См.: Ожегов, С.И. Указ.соч. — С. 255-256.

казывания¹⁶⁶. В этом смысле в качестве источника доказательств, пожалуй, можно было бы рассматривать лишь документы, которые были составлены не в связи с производством по уголовному делу, и зачастую — до его возбуждения. Эти документы действительно становятся источником сведений для лица, осуществляющего производство по уголовному делу, являясь одновременно формой существования этих сведений и видом доказательства.

Неоднозначность понятия источника доказательства, отмеченная многими процессуалистами¹⁶⁷, однако, не лишает его право на существование. Сведения об интересующих следствие и суд обстоятельствах дела, конечно же, имеют свои источники. Такими источниками являются лица, обладающие доказательственной информацией, предметы, сохраняющие на себе следы воздействия преступления, документы, составленные вне производства по уголовному делу и несущие в себе информацию, способную пролить свет на исследуемое событие¹⁶⁸. Но если сведения, исходящие от свидетеля, потерпевшего, эксперта, из материального объекта признаются доказательствами (ч.1 ст.74), то свидетель, потерпевший или эксперт, а также материальные предметы должны быть признаны источниками доказательств¹⁶⁹.

Анализ подходов к определению формы и источников доказательств приводит к выводу, что расхождения во взглядах обусловлены рассмотренным выше разнообразием в понимании самого доказательства.

Показания свидетеля и заключения эксперта не являются источниками доказательств, так как сами являются доказательствами — сведениями об интересующих следствие и суд обстоятельствах дела. Однако картина меняется, если говоря о доказательстве, мы имеем в виду достоверно установленный факт. Источником такого факта, как писал

¹⁶⁶ См. об этом: Шейфер, С.А.Собирание доказательств советском уголовном процессе. — С.28; Он же. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — С.38.

¹⁶⁷ См., например: Григорьев, В.Н. О методологии совершенствования доказательственного права /В.Н.Григорьев, А.В.Победкин // Государство и право — 2003. — №10. — С.55-62.

¹⁶⁸ Свойства источника имеют значение для оценки доказательств, — считает Ю.К.Орлов. См.:Орлов,Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. — С.40.

¹⁶⁹ Противопоставление источника доказательств и источника фактических данных, обнаруживаемое в приведенном выше высказывании В.Я Дорохова, представляется поэтому необоснованным.

в свое время великий и мудрый М.С.Строгович, являются именно «те предусмотренные законом источники, ... посредством которых они эти факты устанавливают»¹⁷⁰. Факты, имеющие значение для дела, устанавливаются показаниями свидетеля и потерпевшего, показаниями подозреваемого и обвиняемого, заключениями и показаниями эксперта и специалиста и т.д. Сами являющиеся доказательствами, показания свидетелей, потерпевших, обвиняемых, заключения экспертов, вещественные доказательства и документы устанавливают существование определенных фактов, которые в свою очередь используются в качестве доказательств события преступления, виновности лица в его совершении, то есть являются их источниками.

При этом одно доказательство может служить источником нескольких фактов. Например, свидетель сообщает не одно, а несколько обстоятельств, имеющих значение для дела. В то же время доказательство-факт может возникать на основании нескольких доказательств-сведений. Ведь чтобы признать какое-либо обстоятельство установленным достоверно, необходимо сопоставить между собой все имеющие к нему отношение сведения. Так, факт наличия у потерпевшего телесных повреждений может быть установлен протоколом освидетельствования. Однако тот факт, что эти повреждения причинены подозреваемым, не может быть установлен каким-то одним доказательством. Для его установления используется уже доказанный факт наличия самих повреждений, а также показания свидетелей, потерпевшего, подозреваемого. Установив этот факт, мы получаем возможность доказывать другие имеющие значение для дела обстоятельства, в частности, наличие вины в форме умысла или неосторожности. Таким образом, доказательства образуют взаимосвязанную и разноуровневую систему, исходным звеном которой, тем не менее, является **информация** как результат первичного отражения события преступления в окружающем нас мире.

В свое время проф. М.С.Строгович создал так называемую двойственную концепцию доказательств. «Понятие доказательства, — писал он, — имеет два значения. Доказательства — это, во-первых, те факты, на основе которых устанавливаются преступление или его отсутствие, виновность или невиновность того или иного лица в его совершении, и иные обстоятельства, от которых зависит степень ответственности этого лица.

¹⁷⁰ Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1. — С.288-289.

Доказательствами являются, во-вторых, те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения об имеющих для дела значение фактах и посредством которых они эти факты устанавливают»¹⁷¹. Подвергнутая авторами «Теории доказательств в советском уголовном процессе» критике¹⁷², эта концепция представляется логически безупречной. Посредством показаний, заключений и протоколов (доказательств-сведений) следователь и суд получают достоверные знания, то есть доказательства-факты. В этом аспекте показания заключения и протоколы (доказательства первого, чувственно-практического уровня в единстве своего содержания и формы) действительно выступают источниками доказательств-фактов (доказательств второго — рационально-логического уровня).

Критикуя позицию М.С.Строговича как за использование термина «факт» применительно к доказательству, так и за удвоение понятия доказательства, авторы «Теории доказательств в советском уголовном процессе» и их последователи неправомерно расчленили его стройную концепцию, что и привело к искажению понятия источника доказательств. Сконструированное для доказательства-факта понятие источника доказательств (ч.2 ст.74) непригодно для доказательств-сведений.

Таким образом, мы можем определять **доказательства как любые сведения, на основе которых субъекты уголовного процесса устанавливают обстоятельства, имеющие значение для дела (информационный аспект), как достоверные сведения (факты), обосновывающие обвинительный приговор (аксеологический и логический аспекты), или как показания свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, заключения и показания эксперта и специалиста, вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий (формально-процессуальный аспект).** При этом мы должны отчетливо понимать, что в природе не существует трех разных видов доказательств, рассмотренное с разных сторон это понятие представляет собой их диалектическое единство. Однако правильное понимание доказательства, его источника, содержания и формы имеет огромное значение для усвоения всех остальных вопросов теории доказательств. Одним из них является вопрос о допустимости доказательств.

¹⁷¹ Строгович, М.С. Там же.

¹⁷² См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С. 219-221.

§2. Понятие, значение и условия допустимости доказательств

Допустимость доказательств в уголовном процессе в отличие от процесса гражданского не исчерпывается простым перечислением видов допускаемых доказательств. Задача получения достоверного знания о виновности лица в совершении преступления обуславливает особые требования к лежащим в основании такого знания доказательствам. Поэтому в течение многих лет в уголовно-процессуальной науке формировалось представление о допустимости доказательств как о гарантии законности принимаемого по делу процессуального решения, а также гарантии прав и законных интересов участников уголовного процесса. УПК РСФСР первоначально не содержал указания на допустимость доказательств, однако это понятие исследовалось весьма активно в науке и признавалось практикой.

Законом РФ от 16.07.1993 года в ст. 69 УПК РСФСР, определяющую понятие доказательства, была включена часть 3, закреплявшая, что доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания обстоятельств, указанных в законе. Статья 50 (ч.2) Конституции РФ провозгласила, что использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона, при осуществлении правосудия РФ не допускается. Аналогичное положение содержит и новый УПК РФ: доказательства, полученные с нарушением требований Уголовно-процессуального кодекса, являются недопустимыми, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 УПК РФ. Исходя из этого, допустимые доказательства – это доказательства, полученные с соблюдением требований Уголовно-процессуального кодекса. Только такие доказательства имеют юридическую силу (т.е. силу доказательств), могут быть положены в основу обвинения и использоваться для доказывания обстоятельств, имеющих значение для дела. Однако конкретных условий допустимости доказательств закон не называет, ограничившись лишь указанием на недопустимость полученных с нарушением права на защиту показаний обвиняемого, не подтвержденных им в судебном заседании, а также показаний, основанных на догадке, предположении, слухе, или при неизвестности источника осведомленности.

В науке сложилось представление о допустимом доказательстве, как о таком доказательстве, которое:

- а) получено надлежащим, т.е. управомоченным, субъектом,
- б) из надежного источника,
- в) в порядке, предусмотренном законом,
- г) облечено в предусмотренную законом форму.

Критериями оценки допустимости доказательства, таким образом, являются: а) управомоченность субъекта, б) надежность источника информации, в) законность способа получения доказательства, г) наличие требуемой по закону формы¹⁷³.

Однако влияние состязательности на рассмотренное выше понятие доказательства вносит свои коррективы и в представления о допустимости доказательств.

Во-первых, в качестве доказательств допускаются любые сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, если они имеют форму (вид) показаний свидетеля, потерпевшего, обвиняемого, подозреваемого, заключений и показаний эксперта и специалиста, вещественных доказательств, протоколов следственных и судебных действий и иных документов.

Во-вторых, круг субъектов, имеющих право представления и собирания доказательств, не ограничивается следователем, дознавателем, прокурором и судом; ими признаются все участники уголовного судопроизводства, наделенные законодателем статусом стороны, то есть потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, подозреваемый, обвиняемый и защитник.

В-третьих, расширен круг допускаемых законом способов собирания доказательств. Получение предметов, документов и иных сведений, опрос лиц с их согласия, истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, признаются законными (т.е. допустимыми) способами собирания доказательств.

С учетом сказанного сведения, собранные защитником, обвиняемым, потерпевшим, признаются доказательствами в той же мере, что и результаты доказательственной деятельности официальных участников процесса. В процессе доказывания допускается использование ре-

¹⁷³ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.231; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации /отв. ред. П.А.Лупинская. — С.230.

зультатов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности (ст.89 УПК). Иные документы допускаются в качестве доказательств, если изложенные в них сведения имеют значение для установления указанных в ст. 73 обстоятельств (ст.84 УПК). Допустимым доказательством признано письменное заключение специалиста, отвечающего на вопросы, поставленные перед ним сторонами (п.3¹ части 2 ст.74, ч.3 ст.80 УПК). Сохраняется ли при таких обстоятельствах значение названных выше условий допустимости доказательств?

Представляется очевидным, что подход к оценке допустимости доказательств, собираемых официальными государственными органами и их должностными лицами и неофициальными участниками процессуальной деятельности, не может быть одинаковым.

Субъекты уголовного процесса, выполняющие действия по собиранию доказательств ex officio, то есть в силу своего служебного статуса, обязаны соблюдать требования уголовно-процессуального закона. Нарушение норм УПК судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств (ч.3 ст.7 УПК). Процессуальные решения этих субъектов (определение суда, постановление судьи, следователя, дознавателя, прокурора) должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч.4 ст.7 УПК).

Деятельность стороны защиты, а равно других неофициальных участников процесса по собиранию доказательств не подчинена правовой регламентации, в связи с чем на них не распространяется требование соблюдения каких-либо процессуальных норм и правил. Представляемые ими в соответствии со ст. 86 УПК предметы и документы получены в свободной от процессуальных предписаний форме, они заведомо не соответствуют и не могут соответствовать предъявляемым к процедуре следственных действий требованиям. Вводя такое регулирование отношений, связанных с представлением доказательств, допуская собирание и представление доказательств стороной защиты, законодатель, мог руководствоваться одним из двух соображений. Либо все представляемые стороной защиты предметы и документы заранее признаются допустимыми (д о п у с к а е м ы м и) доказательствами, либо требование допустимости к доказательствам защиты не предъявляется вовсе.

В пользу первого из вариантов говорит наличие у доказательств защиты достаточных для их использования в процессе доказывания признаков:

- а) они получены указанным в законе субъектом,
- б) одним из предусмотренных законом способов (например, путем истребования документа из государственного учреждения),
- в) имеют предусмотренную законом письменную или вещественную форму (иной документ, заключение специалиста, предмет).

Что касается надежности источника сведений, то она подлежит проверке вне зависимости от того, каким субъектом (официальным или нет) эти предметы и документы получены.

С другой стороны, к доказательствам защиты не могут быть предъявлены требования, в зависимости от которых они допускаются или не допускаются в процесс доказывания, поскольку это означало бы возложение на сторону защиты обязанности доказывания. Представляется, что положение ст. 14 УПК РФ, согласно которому обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, распространяется на любые выдвигаемые им доводы и представляемые аргументы. Такой вывод вытекает и из содержания ч. 4 ст. 235 УПК РФ: при рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты, на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре¹⁷⁴. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство. Но в любом случае к доказательствам, полученным неофициальными субъектами уголовно-процессуальной деятельности, требования, аналогичные предъявляемым к доказательствам, собираемым официальными участниками, не применимы, и это не лишает их значения доказательств как допустимых аргументов в судебном споре.

С учетом сказанного и рассмотрим названные выше условия допустимости доказательств.

1. Полномочность участника уголовного процесса на проведение процессуального действия по собиранию доказательств. Этот критерий допустимости доказательств, хотя и рассматривается, как правило, отдельно от законности процедуры собирания доказательств, но является ее частным случаем. Ненадлежащим субъектом доказывания является следователь или дознаватель, подлежащий отводу или дей-

¹⁷⁴ Представляется ошибкой утверждение о том, что «сторона защиты должна представить доказательства, которые подтверждают, что при получении доказательств был нарушен установленный процессуальный порядок, а поэтому доказательство должно быть признано недопустимым» // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / отв.ред. П.А.Лупинская. – С.251.

ствующий вне пределов своей компетенции, например, проводящий расследование по уголовному делу о преступлении, подследственному другому органу по территориальному, предметному или субъектному признаку; не включенный в установленном порядке в состав следственной группы или не принявший дело к производству.

Дознаватель не вправе производить следственные действия, не являющиеся неотложными, по делам, отнесенным к компетенции органов следствия, а следователь не вправе производить следственные действия по уголовному делу, находящемуся в производстве другого следователя, и в других случаях. Например, если следователь был допрошен в судебном заседании в качестве свидетеля, он не вправе производить следственные действия после возвращения уголовного дела прокурору.

Защитник, представитель потерпевшего, обвиняемый, потерпевший и другие участники не вправе производить действия, отнесенные к компетенции государственных органов и должностных лиц, и применять ради получения информации какие-либо средства принуждения. Однако полученные путем истребования справки, характеристики иные документы, объяснения лиц, полученные с их согласия, а также заключения специалистов отвечают рассматриваемому критерию допустимости и являются доказательствами.

2. Надежность источника доказательственной информации обеспечивается его известностью. Поэтому показания потерпевшего и свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности, не допустимы (п.2 ч. 2 ст.75). Требование известности источника относится и к другим видам доказательств. Документ, автор которого не известен или который не подписан лицом, указанным в нем в качестве автора, не может служить средством доказывания. Нельзя ссылаться как на доказательство на документ или вещественное доказательство, происхождение которого неизвестно. Известность источника обеспечивает возможность его проверки в соответствии с требованиями ст.87 УПК РФ. Непроверяемое в принципе доказательство не является надежным, однако при наличии возможности проверить сообщаемую информацию путем получения сведений из другого источника искомое обстоятельство может быть установлено.

Например, по рассмотренному судом с участием автора делу о причинении потерпевшей С. тяжкого вреда здоровью ненадлежащим оказанием медицинских услуг (клиническая смерть в ходе операции липосакции и, как следствие, состояние комы) суд обоснованно отверг

протокол операции, на который ссылался обвинитель, поскольку подсудимый хирург В. отрицал, что записи в протоколе операции выполнены его рукой. Автор документа мог бы быть установлен с помощью почерковедческой экспертизы, однако она не была назначена по данному делу.

Рассматривая доказательства как достоверно установленные факты, ученые обращают внимание на такое свойство их источника, как его законность. Доказательства-факты могут быть установлены только источниками доказательств-сведений, перечисленных в ч. 2 ст. 74 УПК РФ.

В ряде случаев закон запрещает использовать для получения доказательств даже известный и проверяемый источник. Так, не могут служить надежным источником доказательств показания допрошенного в качестве свидетеля адвоката, а также иного лица, обладающего свидетельским иммунитетом. Не является свидетелем лицо, фактически подозреваемое в совершении преступления, но не имеющее официального статуса подозреваемого.

3. Соответствие закону процедуры получения сведений о подлежащих доказыванию обстоятельствах означает соблюдение как общих, так и частных правил собирания доказательств: принципов уголовного процесса, общих условий предварительного расследования и судебного разбирательства, общих правил производства следственных действий, а также процедуры производства каждого следственного действия. В частности, недопустимо собирание доказательств путем производства следственных действий до возбуждения уголовного дела, за исключением осмотра места происшествия, освидетельствования и назначения экспертизы, или по истечении срока предварительного расследования. Статья 237 запрещает собирание доказательств по делу, направленного судом прокурору для устранения существенных нарушений закона, препятствующих вынесению законного и обоснованного приговора. Полученные в результате описанных действий, а также по истечении установленного законом срока доказательства должны признаваться недопустимыми. Недопустимым является следственное действие, произведенное без санкции прокурора или судебного решения, когда по закону оно обязательно. Безусловно, недопустимо доказательство, полученное с нарушением конституционных гарантий прав граждан на свободу, неприкосновенность жилища, тайну переписки.

4. Последнее условие допустимости связано с той частью следственного действия, в которой происходит закрепление его хода и результатов. Обязательным условием производства следственного действия яв-

ляется составление и удостоверение протокола с соблюдением всех требований ст. 166 УПК.

Как видим, оценка допустимости доказательств зависит от соблюдения в процессе собирания и закрепления доказательств многочисленных требований уголовно-процессуального закона, направленных как на обеспечение прав и свобод участников уголовного процесса при производстве следственных действий, так и на обеспечение полноты и адекватности отражения доказательств в материалах дела. Получение доказательства с отступлением от процедурных требований является частным случаем нарушения принципа законности. Такое доказательство не имеет юридической силы, то есть не может использоваться в процессе обоснования обвинения и других обстоятельств, имеющих значение для дела. Оно не принимается во внимание при оценке совокупности доказательств с точки зрения ее достаточности для обоснования выводов.

§3. Основания, порядок и последствия признания доказательства недопустимым

В теории и практике доказывания постоянно обсуждается вопрос о том, все ли нарушения закона, допущенные при проведении следственного действия, влекут одинаковые последствия в виде признания доказательств недопустимыми. УПК РФ не уточняют, что значит «доказательства, полученные с нарушением закона». Авторами «Теории доказательств в советском уголовном процессе» была сформулирована, а другими учеными воспринята концепция, которую можно обозначить как концепцию неравнозначности процессуальных нарушений. Это означает, что доказательства могут быть признаны недопустимыми лишь в случае существенных нарушений закона. Относительно других нарушений предлагалось учитывать возможность устранения нарушения или нейтрализации его последствий¹⁷⁵.

Новый УПК РФ, однако, не делит нарушения уголовно-процессуальных норм на существенные и несущественные, не делает никаких исключений и оговорок: доказательства, полученные с нарушением требований закона, не имеют юридической силы (ч.1 ст.75). Однако было бы ошибкой сказать, что любое нарушение процессуальных пра-

¹⁷⁵ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.239-242; Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. — С.47-50.

вил при проведении следственных действий автоматически ведет к исключению доказательства.

Например, применительно к процедуре обыска (ч.7 ст.182 УПК) закон говорит о том, что следователь принимает меры (обратим внимание: не обязан принять, а принимает) к тому, чтобы не были оглашены выявленные в ходе обыска обстоятельства частной жизни лица, личная и семейная тайна. В части 15 этой статьи указывается, что копия протокола вручается лицу, в помещении которого произведен обыск. Может ли невыполнение следователем названных действий привести к недопустимости (ничтожности) протокола обыска и обнаруженных в ходе обыска предметов и документов? С абсолютной уверенностью можно предположить, что ни один суд такого решения не примет. В то же время, если следователь нарушит требование ст. 170 УПК об обязательном участии в обыске понятых, можно не сомневаться, что полученные доказательства судом будут признаны не имеющими юридической силы.

Ответ на вопрос о последствиях нарушений требований закона при проведении следственных действий, на наш взгляд, следует искать как в характере, так и в степени категоричности нарушенных правил. Процессуальная регламентация следственного действия включает множество предписаний, в том числе и не связанных прямо с процедурой обнаружения и извлечения сведений о подлежащих доказыванию обстоятельствах из их источника. Так, если правила об участии понятых призваны гарантировать уверенность правоприменителя в том, что именно эти сведения действительно были получены при указанных в протоколе обстоятельствах, то правила об охране личной и семейной тайны, о вручении копии протокола обыска прямой связи с поиском, извлечением и закреплением информации не имеют. Однако требование оценки доказательств в их совокупности может придать больший вес последнему из описанных нарушений в случае, если, например, обыскиваемый заявляет о неучастии при обыске понятых, а в протоколе обыска имеется отметка об их участии и даже подписи понятых, но нет отметки о вручении обыскиваемому копии этого протокола, удостоверенной его подписью. Сомнения в достоверности протокола обыска в этом случае могут оказаться обоснованными, поскольку при описанных обстоятельствах не исключена его фальсификация.

Таким образом, допустимость доказательства не есть его имманентное свойство, изначально принадлежащее доказательству уже в момент его получения и закрепления в материалах дела. Вывод о допустимости есть сформулированный в процессуальном решении резуль-

тат оценки имеющегося доказательства следователем или судом. В соответствии с положениями ст. 17 УПК РФ правила об исключении доказательств, полученных с нарушением закона, сформулированы таким образом, чтобы обеспечить суду право на свободную и не предвзятую оценку доказательств, являющуюся важнейшей гарантией действительной состязательности. Решение о недопустимости доказательств не имеет альтернативы лишь в случаях, указанных в пп. 1 и 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Безусловными основаниями для такого решения служат также нарушение категорических правовых запретов на совершение определенных действий. Суд, следователь, прокурор не вправе применять закон, противоречащий Уголовно-процессуальному кодексу (ст.7), не вправе подвергать участников процесса насилию, пыткам, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению (ст.9), допрашивать перечисленных в ч. 2 ст. 56 УПК лиц и т.д. Доказательства, полученные с нарушением категорического правового запрета, недопустимы. В остальных случаях суд решает вопрос об исключении доказательств с учетом всех обстоятельств дела.

Решение вопроса о возможности использования доказательств, полученных с отступлением от предусмотренных законом процедур, в ряде случаев требует учета той цели, которую преследует законодатель при помощи избранного им метода правового регулирования: гарантировать достоверность полученной информации или обеспечить права и свободы соответствующего участника процесса, оградив их от нарушений¹⁷⁶.

Так, правила об участии адвоката в производстве обыска в жилище лица, запрет на невызываемые необходимостью повреждения имущества, рекомендации о принятии мер к неразглашению обстоятельств частной жизни, личной и семейной тайны лица, в помещении которого произведен обыск, призваны, в первую очередь, гарантировать права этого лица. Требование участия в обыске самого лица, в помещении которого производится обыск, или совершеннолетних членов его семьи, а также понятых направлено также на обеспечение возможности доказать впоследствии факт нахождения в помещении предметов, имеющих отношение к преступлению, то есть обеспечить достоверность отраженных в протоколе обыска сведений. Нарушения всех перечис-

¹⁷⁶ На это справедливо обращено внимание Ю.К.Орловым, Г.М.Резником и др. См.: Орлов, Ю.К.Указ.соч. — С.47; Резник, Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств/Г.М.Резник. — М.: Юридическая литература, 1977. — С.78-80.

ленных правил одинаково недопустимы и должны влечь определенные последствия. Однако нарушение первой группы правил не вызывает таких же очевидных сомнений в достоверности полученных доказательств, как нарушения правил второй группы. В то же время грубое нарушение прав обыскиваемого лица может исказить процессуальную сущность следственного действия и сделать использование его результатов невозможным. Например, в ходе обыска органом расследования совершено умышленное значительное повреждение имущества.

Допустимость доказательств зависит от законности производства по уголовному делу в целом. В случае незаконного возбуждения уголовного дела дефектными являются все совершенные по нему действия и все полученные при этом доказательства. Результаты производства по такому делу юридически ничтожны, поэтому незаконность возбуждения уголовного дела является безусловным основанием к отмене состоявшегося по делу приговора¹⁷⁷. Точно такое же значение имеет совершение процессуальных действий за рамками процессуальных сроков или по приостановленному уголовному делу, хотя бы сами следственные действия были произведены без процедурных нарушений.

Оценка доказательства как недопустимого означает, что оно не может быть положено в основу обвинения, а также использоваться для установления иных имеющих значение для дела обстоятельств. УПК РФ в качестве субъекта оценки доказательств называет суд, прокурора, следователя, дознавателя, которым предоставлено право как по собственной инициативе, так и по ходатайству подозреваемого или обвиняемого признать недопустимым доказательство, полученное с нарушением требований УПК. Если доказательство признано недопустимым органом расследования или прокурором, оно не подлежит вклю-

¹⁷⁷ Отменяя приговор в отношении Селютиной и прекращая уголовное преследование, судебная коллегия Верховного Суда РФ указала, что решение о возбуждении уголовного дела принято не прокурором города, как этого требует закон (п.7 ч.1 ст.447, п.10 ч.1 ст.448 УПК РФ), а следователем прокуратуры города. Требования закона о возбуждении уголовного дела на основании заключения судьи районного суда по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления, выполнены не были. Одновременно судебная коллегия сослалась на то, что собранные по делу доказательства являются недопустимыми, однако представляется, что в данном случае вопрос о допустимости доказательств вообще не обсуждается. См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2005 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2005. — № 12.

чению в обвинительное заключение или обвинительный акт или может быть исключено из него. Статья 88 УПК РФ не требует от следователя и дознавателя составления специального документа о признании доказательств недопустимым, однако анализ положений статей закона, регулирующих взаимоотношения субъектов уголовного процесса, позволяет обнаружить указание на обязательность такого документа в тех случаях, когда соответствующее решение принимается по ходатайству заинтересованного лица.

Так, ст. 122 УПК РФ возлагает на следователя, дознавателя или прокурора обязанность выносить постановление об удовлетворении либо о полном или частичном отказе в удовлетворении ходатайства подозреваемого, обвиняемого, а также защитника или другого участника процесса. Говорит о вынесении постановления и ст. 221, предусматривающая право прокурора внести изменения в список лиц, вызываемых в судебное заседание.

Излишне говорить, что правило о признании органом расследования и прокурором доказательств недопустимыми не распространяется на доказательства, представленные стороной защиты. Какова бы ни была оценка этих доказательств следователем, он не вправе препятствовать стороне защиты в осуществлении ею доказательственной деятельности, а наоборот, должен оказывать ей в этом всяческое содействие. Знакомя обвиняемого с материалами уголовного дела при окончании предварительного следствия, следователь обязан выяснить, какие свидетели, эксперты и специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты. Составляя обвинительное заключение, следователь обязан указать в нем перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты. Утверждая обвинительное заключение, прокурор не вправе сократить список лиц, которые подлежат допросу в качестве свидетелей защиты. Требование указать в обвинительном заключении перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты, независимо от оценки органом расследования и прокурором этих доказательств означает, что все представляемые стороной защиты в ходе досудебного производства предметы и документы должны быть приняты, а все свидетели, о допросе которых заявила сторона защиты, должны быть допрошены. Распоряжаясь обвинительными доказательствами и имея неограниченные возможности исключать из судебного разбирательства те из них, которые были получены с нарушением закона, следователь и прокурор не вправе отвергнуть доказательства, представляемые стороной защиты. Оценку этим доказательствам вправе дать только суд.

Указанные особенности оценки допустимости оправдательных доказательств распространяются и на тех из них, которые были собраны органом расследования: допущенное следователем нарушение закона в процессе получения доказательства, которое свидетельствует в пользу обвиняемого, не может служить основанием для отказа от использования судом этого доказательства¹⁷⁸. Иное означало бы возложение на сторону защиты в лице обвиняемого ответственности за нарушение закона стороной обвинения, что, во-первых, несправедливо, во-вторых, создает опасность умышленного совершения органом расследования процессуальных нарушений в целях опорочить получаемое им доказательство, в-третьих, нарушает известное правило о толковании всех сомнений в пользу обвиняемого.

Процедура исключения доказательств судом, предусмотренная ст. 234, 235 УПК РФ, является частью подготовки дела к судебному разбирательству. Заявление ходатайства об исключении доказательства означает наличие между сторонами правового спора, подлежащего разрешению судом в специально предусмотренной для этого процедуре предварительного слушания. Эта процедура является состязательной, поскольку в ней предусмотрено участие спорящих сторон, что обеспечивает объективность решения судом вопроса об исключении доказательств.

Право заявить ходатайство об исключении любого доказательства из перечня доказательств, предъявленных суду первой инстанции, принадлежит любой из сторон. Это ходатайство должно быть заявлено в письменном виде, содержать указание на доказательство, об исключении которого заявлено, предусмотренные законом основания для его исключения и обстоятельства, которыми обосновывается наличие этих оснований. Копия ходатайства передается другой стороне в день представления ходатайства в суд. При отсутствии возражения против исключения доказательства у второй стороны судья удовлетворяет ходатайство без разбирательства. При наличии таких возражений судья выясняет обоснованность заявленного ходатайства и разрешает возникшие между сторонами по поводу этого ходатайства разногласия.

В соответствии с правилами о распределении бремени доказывания обязанность опровергнуть доводы стороны защиты о том, что доказа-

¹⁷⁸ Два различных подхода к этому вопросу в разное время сформулированы Н.М.Кипнисом. См.: Кипнис, Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве/Н.М.Кипнис. — М.:Юристъ, 1995; Он же. Оценка асимметрии правил о допустимости доказательств// Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность; под ред. В.А.Власихина. — М.:Юристъ, 2000. — С.173-195.

тельство было получено с нарушением требований закона, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство. Таким образом, доказывание допустимости обвинительных доказательств, оспариваемых защитой, и недопустимости представленных ею оправдательных доказательств осуществляет сторона обвинения.

Рассматривая ходатайство об исключении доказательств, суд вправе огласить протоколы соответствующих следственных действий и иные документы, имеющиеся в деле или представленные суду сторонами, и даже допросить свидетеля. Однако предмет доказывания в этой стадии судопроизводства ограничен установлением наличия или отсутствия нарушений уголовно-процессуального закона при получении того или иного доказательства. Суд не входит в обсуждение вопроса о достоверности доказательства, поскольку данная процедура не предусматривает непосредственного исследования всей совокупности доказательств, без чего невозможно оценить достоверность каждого отдельного доказательства.

Допрос свидетеля, допускаемый законом в этой стадии, может касаться только выяснения порядка производства следственного действия, но не содержания полученных при этом сведений, поэтому, признав факт процессуального нарушения, суд исключает доказательство без обсуждения вопроса о его достоверности и значении для определения исхода уголовного дела. Установив факт нарушения закона в ходе, например, обыска, суд исключает из перечня доказательств, которые могут быть исследованы в судебном разбирательстве, не только протокол обыска, но и полученные в его ходе предметы и документы, протоколы их осмотра и заключения исследовавших эти объекты экспертиз (теория «плодов отравленного дерева»). Исключение судом доказательств означает, что эти доказательства признаны не имеющими юридической силы¹⁷⁹, они не могут исследоваться и использоваться в ходе дальнейшего судебного разбирательства.

В ряде случаев решение вопроса о допустимости доказательства в предварительном слушании может быть затруднено невозможностью исследования всей совокупности доказательств. Правильную оценку это доказательство может получить иногда только в условиях судебно-

¹⁷⁹ В части 5 ст. 235 УПК говорится, что признанное недопустимым доказательство теряет юридическую силу. Представляется, однако, что полученное с нарушением закона доказательство изначально не имело юридической силы. Судебное решение лишь официально констатирует этот факт.

го разбирательства. Следовательно, решение по этому вопросу, принятое при назначении судебного заседания, не является окончательным и может быть пересмотрено. В то же время следует признать неверной сложившуюся практику отложения судом разрешения этого вопроса до судебного разбирательства, как заявленного преждевременно. Недопустимые доказательства должны быть исключены из судебного разбирательства до его начала с тем, чтобы исключить возможность их влияния на формирование внутреннего убеждения судьи. Особенно важно это правило для дел, рассматриваемых судом присяжных, поскольку нейтрализовать последствия внушающего воздействия на них со стороны недопустимых доказательств путем указания не принимать их во внимание может оказаться невозможным. Именно поэтому заявление ходатайства об исключении доказательств является основанием для назначения предварительного слушания.

Надо сказать, что ч.7 ст. 235 УПК, предусматривающая возможность повторного рассмотрения вопроса об использовании того или иного доказательства, сформулирована не вполне удачно: при рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым. Если вопрос рассматривается повторно, то он по логике вещей касается не признания исключенного доказательства допустимым, а повторного признания доказательства недопустимым. Если же речь идет о пересмотре принятого решения, то есть об исследовании судом доказательства, признанного недопустимым в ходе предшествующей судебной деятельности, то повторность отсутствует. Представляется, что при рассмотрении дела по существу суд вправе рассмотреть оба вопроса, поэтому ч. 7 ст. 235 следовало бы изложить так:

«При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос об исключении доказательств, а также принять решение об исследовании доказательства, ранее исключенного как недопустимого».

Решение суда о признании доказательства недопустимым и исключении его из судебного разбирательства излагается в постановлении о назначении судебного заседания. Одновременно суд указывает в постановлении, какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в доказывании. Нарушение этого правила может повлечь отмену приговора. Следует заметить, что хотя ст. 235 прямо об этом не говорит, исключение доказательств может привести суд в предварительном слушании и к другим решениям,

в частности, о возвращении уголовного дела прокурору, прекращении уголовного дела.

Так, Сергиевский районный суд Самарской области, исследовав собранные по делу доказательства, пришел к выводу о недоказанности вины К. в совершении преступления, предусмотренного ч.1 ст.222 УК РФ.

К. свою вину в инкриминируемом ему преступлении не признал и показал, что не знает, при каких обстоятельствах у него в квартире оказался патрон от гладкоствольного оружия, так как к нему в квартиру приходили друзья и знакомые, с которыми он распивал спиртное. Об обнаружении патрона он узнал только от сотрудников милиции. Эти доводы К. ничем не опровергнуты. К. в качестве подозреваемого допрошен без защитника, право на его участие ему разъяснено фактически после допроса. В суде он не подтвердил свои показания, данные в ходе дознания, в связи с этим они являются, согласно п.1 ч.2 ст.75 УПК РФ, недопустимыми. Баллистическая экспертиза по найденному у К. патрону назначена и проведена в рамках другого уголовного дела до возбуждения уголовного дела по ч.1 ст.222 УК РФ, поэтому заключение по ней не может служить доказательством обвинения К. в инкриминируемом ему преступлении. Проведение другой аналогичной экспертизы невозможно, так как у К. в квартире обнаружен лишь один патрон, который был использован экспертом. Других доказательств виновности К. в инкриминируемом ему деянии обвинением не представлено, поэтому суд постановил оправдательный приговор¹⁸⁰.

Суд вправе рассмотреть вопрос о допустимости доказательства и в ходе судебного разбирательства. Решение об этом не требует в силу ст. 256 УПК вынесения специального постановления, оно может быть изложено в протоколе судебного заседания. Оценку доказательства как недопустимого суд вправе сделать по окончании исследования всех доказательств в совещательной комнате, куда он удаляется для постановления приговора. В этом случае оценка судом доказательств излагается в приговоре.

Закон не предусматривает возможности обжалования судебного решения о признании доказательства недопустимым или об отказе в этом, избрав другой способ правового регулирования. Сторона, недовольная

¹⁸⁰ См.: Обзор надзорной практики по уголовным делам Президиума Самарского областного суда за апрель-август 2002 года // Судебная практика (Приложение к Информационному бюллетеню управления судебного департамента в Самарской области). — 2002. — № 3(8). — Октябрь.

решением, имеет право повторно поставить этот вопрос на рассмотрение суда.

Итак, выведенная за рамки понятия доказательства процессуальная форма получения фактических данных меняет привычные представления о допустимости доказательств. Допустимость не является свойством самого доказательства, она характеризует процесс, процедуру его получения органом расследования. С учетом этого, возможно, правильнее говорить не о допустимости (недопустимости) доказательств, а допустимости (недопустимости) использования доказательств, полученных с нарушением требований закона.

Отождествление процедуры (формы) собирания доказательств с самими доказательствам как сведениями о доказываемых фактах под видом их процессуальной формы ведет к подмене оценки самого доказательства оценкой формального соответствия закону процедуры произведенного следственного действия. Нарушение процедуры следственного действия способно оказать влияние на достоверность доказательства. Однако законность процедуры не является достаточной гарантией достоверности полученных сведений и не исчерпывает всех условий, при которых возможно использование доказательства. Различия в оценке допустимости и достоверности доказательств состоят в том, что сомнения в достоверности полученной информации могут быть путем их проверки преодолены, в то время как причины, обусловившие сомнения в допустимости доказательств, не устранимы.

Глава 5.

Спорные вопросы допустимости использования отдельных видов доказательств

§1. Доказательственное значение материалов, полученных в стадии возбуждения уголовного дела

Вопрос об использовании в качестве доказательств сведений, полученных в стадии возбуждения уголовного дела, не случаен. Решение начать производство расследования достаточно серьезно, поскольку оно открывает для следователя, дознавателя возможность начать активное преследование лица, на которое указано в сообщении о преступлении, совершать процессуальные действия, ограничивающие права и свободы как этого лица, так и других лиц, применять меры процессуального принуждения. Значимость решения о возбуждении уголовного дела, вызвавшая изменение позиции Конституционного Суда РФ по вопросу о возможности судебного контроля над его законностью в досудебном производстве¹⁸¹, обуславливает распространение на указанное решение требования законности и обоснованности. В силу этого требования ст. 144 УПК РФ возлагает на орган расследования обязанность проверить сообщение о преступлении, то есть собрать достаточные данные, указывающие на признаки преступления. Это означает, что деятельность по собиранию доказательств начинается до возбуждения уголовного дела, а ее результаты служат основанием принятия решения,

¹⁸¹ Отказав гражданам в праве обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела в постановлении от 23 марта 1999 г., позднее Конституционный Суд признал, что с момента возбуждения уголовного дела лицо приобретает статус подозреваемого, в связи с чем может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам. Невозможность обратиться в суд с жалобой на это решение ограничивают для таких лиц возможность защищать в суде свои права и законные интересы, а значит, затрудняет доступ к правосудию. Судебный же контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления их основных прав и свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела. См.: Вестник Конституционного Суда РФ. — 1999. — №4; 2003. — №1.

законность и обоснованность которого зависят от законности примененных на этом этапе познавательных приемов, достоверности и достаточности полученной информации. В то же время отсутствие четко процессуального регулирования доказательственной деятельности органа расследования на этом этапе (проверка производится по общему правилу без производства следственных действий) отличает ее результаты от сведений, полученных в ходе расследования.

По существующему в научной литературе мнению, материалы, полученные до возбуждения уголовного дела, не могут использоваться в качестве доказательств, поскольку способ их получения не соответствует условиям допустимости и не обеспечивает достоверности содержащихся в них сведений¹⁸². Противоположный взгляд на рассматриваемую проблему обосновывается теми соображениями, что возбуждение уголовного дела хотя и выделено в самостоятельный этап предварительного производства, представляет собой процессуальную деятельность, вследствие чего материалы, полученные в соответствии с той процессуальной формой, которая присуща этому этапу, приобретают доказательственное значение¹⁸³.

Надо сказать, мысль о возможности использования в процессуальном доказывании исключительно тех доказательств, которые были получены надлежащим субъектом после официального возбуждения уголовного дела в предписанном ему УПК порядке, сама по себе весьма привлекательна. Однако такое представление о допустимых доказательствах не вполне согласуется с целым рядом вытекающих из уголовно-процессуальных норм правил. В частности, УПК допускает в качестве доказательств иные документы (ст.84), процедура получения которых не имеет строгой регламентации, УПК ничего не говорит и о том, как поступить с теми материалами, которые послужили органу расследования основанием для возбуждения уголовного дела. Материалы, полученные в ходе так называемой доследственной (предпроцессуальной) проверки, широко используются практикой именно как доказательства, поскольку эта проверка предусмотрена нормами УПК и, следо-

¹⁸² См.: Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. — Ч.1. — С. 162.

¹⁸³ См.: Шейфер, С.А. Проблемы допустимости доказательств требуют дальнейшей разработки /С.А.Шейфер //Государство и право. — 2001. — №10. — С.47-54.

¹⁸⁴ Как доказательственную деятельность рассматривают проверку сообщения о преступлении В.Н.Быков и Л.В.Березина — См.: Быков, В.М. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела/В.М.Быков, Л.В.Березина. — Казань: Таг-лимат, 2006.

вательно, является частью уголовного процесса¹⁸⁴. Утверждать при таких обстоятельствах, что сведения, полученные до возбуждения уголовного дела, не являются доказательствами, значит игнорировать действительное положение дел, то есть впасть в идеализм.

Рассматривая этот неоднозначно решаемый исследователями вопрос, следует обратить внимание на то, что сторонники противоположных взглядов едины в своем стремлении исключить использование для обоснования приговора сомнительных с точки зрения достоверности сведений. Так, И.Л. Петрухин полагает, что из общего правила о недопустимости таких материалов могут быть сделаны исключения, «когда документ, полученный (составленный) до возбуждения уголовного дела, не нуждается в процессуальной проверке, *если не возникают сомнения в его достоверности* (курсив мой. — В.Л.)»¹⁸⁵. Аналогичным образом рассуждает и С.А.Шейфер: «Получаемые в этой стадии фактические данные могут обладать достаточной степенью надежности», а критерием допустимости является соблюдение ряда условий, указывающих «на отсутствие разумных сомнений в фальсификации, ином *искажении получаемых фактических данных* (курсив мой. — В.Л.)»¹⁸⁶. Таким образом, аргументы «за» и «против» допустимости использования доказательств, полученных в стадии возбуждения уголовного дела, лежат в плоскости обеспечения достоверности фактических данных.

Подмена допустимости достоверностью¹⁸⁷, затрудняющая поиск путей преодоления возникающих противоречий, основана не только на смешении доказательства и формы его получения, но и, как было сказано ранее, на искаженном представлении о форме доказательства как самой процедуре получения сведений, имеющих значение для дела. Вы-

¹⁸⁵ Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. — Ч.1. — С.162-163.

¹⁸⁶ Шейфер, С.А. Проблемы допустимости доказательств требуют дальнейшей разработки. — С.49.

¹⁸⁷ П.А.Лупинская, в частности, пишет, что материалы, представленные вместе с жалобой о возбуждении уголовного дела, «могут использоваться в качестве доказательств только тогда, когда после возбуждения уголовного дела лица, представившие эти материалы, были допрошены, установлено, кем, когда, где, при каких обстоятельствах были обнаружены представленные вещи, документы или произведена кинофотосъемка». См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник/отв. ред. П.А.Лупинская — С.231. Не трудно заметить, что речь идет исключительно о возможности проверить достоверность доказательства.

ведение способа получения этих сведений за рамки понятия доказательства позволяет признать, что полученные до возбуждения уголовного дела сведения могут обладать всеми необходимыми свойствами доказательства, если они получены уполномоченным на это субъектом уголовного процесса в предусмотренной для этой стадии процедуре. Отсутствие на этой стадии уголовного процесса достаточных гарантий достоверности полученных сведений является одним из многих факторов, влияющих на оценку доказательств, но не может служить основанием исключения их из совокупности доказательств без предварительной проверки и оценки.

Необходимость проверки материалов, полученных в стадии возбуждения уголовного дела (объяснений задержанных и очевидцев, медицинских документов о характере полученных телесных повреждений и т.п.) путем соответствующих процессуальных действий (допроса, назначения экспертизы), признают и сами авторы, отрицающие за этими материалами право считаться доказательствами. Однако в силу ст. 87 УПК РФ проверке подлежат именно доказательства, значит, проверяемые материалы признаются ими не чем иным, как доказательствами.

Проверяя сообщение о преступлении, орган дознания, дознаватель, следователь и прокурор пользуются всеми полномочиями, предоставленными им соответствующими законами (о прокуратуре, о милиции), то есть правом истребовать документы от должностных лиц и различных органов, а также принимать представляемые ими и другими лицами предметы и документы. Если эти материалы рассматриваются в качестве надлежащего основания для принятия процессуального решения о возбуждении уголовного дела, они не могут утрачивать своего значения после принятия этого решения. Не рассматривая их в качестве доказательств, мы фактически ставим под сомнение законность и обоснованность решения о возбуждении уголовного дела.

Так, рассматривая по делу В. и С. ходатайство стороны защиты о признании заключения судебно-медицинской экспертизы недопустимым доказательством на том основании, что история болезни потерпевшей, исследованная экспертами, была получена следователем прокуратуры до возбуждения уголовного дела, суд указал, что прокурор при осуществлении возложенных на него ст. 22 ФЗ «О прокуратуре РФ» функций вправе проверять исполнение законов в связи с поступившей в органы прокуратуры информацией о фактах нарушения закона; требовать от руководителей и других должностных лиц указанных органов представления необходимых документов, материалов, статистических и иных сведений; проведения проверок по поступившим

в органы прокуратуры материалам и вызывать должностных лиц и граждан для объяснений по поводу нарушений законов. В ходе такой проверки и в соответствии с законом следователь прокуратуры истребовал из медицинского учреждения историю болезни потерпевшей С., а содержащиеся в ней сведения послужили основаниями для возбуждения уголовного дела.

Признавая принципиальную возможность получения доказательств в стадии возбуждения, следует сказать и о том, что эти возможности ограничены кругом допускаемых в этой стадии процессуальных действий. Рассмотрим этот вопрос.

1. Часть 4 ст. 146 УПК РФ предусматривает возможность проведения до возбуждения уголовного дела отдельных следственных действий по закреплению следов преступления и установлению лица, его совершившего (осмотр места происшествия, освидетельствование, назначение судебной экспертизы). В ходе этих действий могут быть получены такие доказательства, как протоколы освидетельствования и осмотра места происшествия, обнаруженные в ходе этих следственных действий предметы, изготовленные в ходе осмотра слепки, оттиски, а также материалы фото-, видео- и киносъемки (ч. 6 ст. 164; ч. 2, 5 и 8 ст. 166; ч. 5 ст. 179, ч. 2 ст. 178; ч. 3 ст. 180 УПК РФ). Допустимость этих доказательств зависит от соблюдения требований закона, регулирующего порядок проведения соответствующего следственного действия.

УПК РСФСР предусматривал возможность проведения до возбуждения уголовного дела лишь осмотра места происшествия. Расширение новым УПК круга допускаемых в этой стадии следственных действий представляется обоснованным. Освидетельствование по своей познавательной и процессуальной природе весьма схоже с осмотром, его можно рассматривать как осмотр тела человека в целях обнаружения на нем следов преступления. Как и осмотр, освидетельствование является неотложным следственным действием. Однако указание в ст. 146 УПК на право следователя, дознавателя назначить судебную экспертизу поставило практику в тупик.

Назначение судебной экспертизы требует от органа расследования совершения ряда предусмотренных ст. 195 и 198 УПК РФ действий по обеспечению прав подозреваемого и потерпевшего. Однако выполнить соответствующие предписания в стадии возбуждения уголовного дела следователь не может, поскольку подозреваемый и потерпевший формально (а иногда и фактически) отсутствуют. Между тем орган расследования часто испытывает потребность в специальных знаниях именно до возбуждения уголовного дела, поскольку без проведения специ-

ального исследования, например, изъятого у задержанного вещества, похожего по внешним признакам на наркотическое, решить вопрос о наличии оснований для возбуждения уголовного дела затруднительно. Необходимость решения этой проблемы привела к распространению практики предварительных исследований этих объектов сотрудниками экспертно-криминалистических отделов ОВД. Непредусмотренное УПК и не обеспеченное его процессуальными гарантиями, такое предварительное исследование не может служить надежным способом собирания доказательств. По сути, под видом предварительного исследования производится экспертиза, но заключение эксперта оформляется уже после возбуждения уголовного дела. При этом повторного исследования зачастую уже не производится; эксперт основывает свои выводы на результатах предварительного исследования, о чем и указывает в своем заключении.

Такая практика рождает сразу два порочных доказательства. Отражающая предварительное исследование справка эксперта (или справка специалиста) не обладает гарантиями достоверности, так как составлена лицом, не несущим уголовную ответственность за дачу заведомо ложного заключения, производящий исследование специалист не является экспертом. Заключение эксперта составлено лицом, которое несет такую ответственность, однако в основе выводов эксперта все то же вызывающее сомнение предварительное исследование, изложенное в справке. Исследователи отмечают, что иногда суды в приговоре ссылаются на справку эксперта-химика¹⁸⁸, вместе того чтобы дать оценку имеющемуся в деле заключению эксперта¹⁸⁹.

Решение этой проблемы некоторые авторы видят в возможности не только назначения, но и проведения судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела, когда без экспертизы невозможно установить наличие оснований для возбуждения уголовного дела¹⁹⁰. Обеспечиваемые процессуальной процедурой гарантии достоверности результатов

¹⁸⁸ Речь идет об исследовании наркотического вещества.

¹⁸⁹ См.: Зайцева, Е. К вопросу о заключении специалиста/Е.Зайцева // Уголовное право. — 2006. — №4. — С. 77.

¹⁹⁰ См., например: Орлов, Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном процессе/Ю.К.Орлов. — М.: Институт повышения квалификации Российского федерального центра судебной экспертизы, 2005. — С.104. Аналогичное мнение, опираясь на здравый смысл, высказывает В.Бозров. См.: Бозров, В. Лабиринты первой процессуальной стадии/В.Бозров // Уголовное право. — 2005. — №2. — С.73-74.

(вынесение следователем официального мотивированного постановления, направление материалов эксперту в нераспечатанном после их получения от владельца виде, предупреждение эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения) позволяют с гораздо большим доверием относиться к таким результатам применения специальных знаний по сравнению с предварительными исследованиями¹⁹¹. Как представляется, закону не противоречит и объявление о назначении такой экспертизы лицу, заявившему о причинении ему преступлением вреда, и фактически подозреваемому в совершении преступления, если оно к этому времени установлено. Появление подозреваемого и потерпевшего позже не лишает их права ознакомиться с постановлением о назначении экспертизы и с ее заключением. Думается, что эти предложения новым УПК не восприняты по причинам весьма прозаического свойства: следователи даже по возбужденному уголовному делу не всегда выполняют предусмотренные статьями 195, 198 УПК обязанности по обеспечению прав обвиняемого и потерпевшего, поэтому разрешение производства экспертизы до возбуждения уголовного дела негативно отразится на правах участников процесса.

Рассматриваемая формулировка ст. 146 УПК дает основания полагать, что, предусмотрев обязанность следователя передать прокурору на утверждение постановление о возбуждении уголовного дела с приложением протокола освидетельствования и постановления о назначении судебной экспертизы, законодатель имел в виду, что назначить экспертизу и произвести освидетельствование следователь может хотя и до получения согласия прокурора на возбуждение уголовного дела, но после вынесения такого постановления. Однако и такое толкование вызывает определенные сомнения. Очевидно, законодатель в скором времени должен прояснить свою позицию и в этом вопросе.

2. Часть 1 ст. 144 УПК предусматривает право органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора требовать производства документальных проверок и ревизий и привлекать к их участию специалистов (реvizоров, аудиторов). В результате орган расследования получает акт до-

¹⁹¹ Закрепить процедуру предварительных исследований диагностического характера в качестве проверочного действия в стадии возбуждения уголовного дела предлагает А.В. Кудрявцева, полагающая невозможным назначение в этой стадии экспертизы в силу особой правовой психологии лиц, осуществляющих уголовное преследование. См.: Кудрявцева А.В. Судебная экспертиза в уголовном процессе России: монография /А.В. Кудрявцева. — Челябинск: Изд-во ЮУрГУ, 2001. — С.242.

кументальной проверки, ревизии, допустимость которого определяется соблюдением общих правил, установленных для документов (наличие соответствующих реквизитов, подписи, печати), обеспечивающих надежность источника информации и надлежащую форму ее закрепления.

3. Заявление о преступлении (п.1ч.1 ст.140) может рассматриваться как допустимое доказательство, если оно занесено в соответствующий протокол (ч.3 ст.141), заявитель предупрежден об уголовной ответственности за заведомо ложный донос, о чем в протоколе имеется отметка, удостоверенная подписью заявителя (ч.6 ст.141). Письменное заявление является допустимым поводом для возбуждения уголовного дела, если оно содержит указание на личность заявителя и им подписано; анонимное заявление о преступлении недопустимо (ч.7 ст.141 УПК РФ).

4. Явка с повинной, то есть добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении, может быть рассмотрена в качестве доказательства лишь при условии, что это лицо впоследствии подтвердит свое признание, поскольку при подписании явки с повинной лицу не обеспечивается право на защиту. В судебной практике по вопросу о доказательственном значении явки с повинной допускаются серьезные отступления от принципов уголовного процесса.

Так, вердиктом коллегии присяжных заседателей Б. признан виновным в убийстве К. Адвокат Волкова в кассационной жалобе, поданной в защиту осужденного, просила приговор отменить и направить дело на новое судебное разбирательство, ссылаясь на то, что суд необоснованно не признал явку с повинной Б., написанную после его задержания под диктовку оперативных работников, недопустимым доказательством.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ доводы жалобы адвоката Волковой в этой части признала несостоятельными и указала, что судом проверялись обстоятельства, при которых Б. была сделана явка с повинной, и суд обоснованно признал явку с повинной допустимым доказательством¹⁹².

Аналогичное решение было принято Верховным Судом по другому делу. Явка М. с повинной была признана допустимым доказательством, так как получена она, по мнению суда, с соблюдением норм уголовно-

¹⁹² См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 29 июня 2006 года по делу № 9-006-39сп//Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

процессуального закона. Протокол явки с повинной М., как следует из материалов дела, составлен 25 сентября 2004 года в 16 часов, а согласно протоколу задержания М. был задержан в тот же день в 18 часов 40 минут. С точки зрения Верховного Суда, при подписании протокола явки с повинной М. не являлся подозреваемым по делу¹⁹³.

Оба решения представляются не основанными на законе. Верховный Суд РФ фактически позволил судам использовать в качестве обвинительного доказательства признание обвиняемым своей вины, сделанное в отсутствие предусмотренных законом гарантий права на защиту, при условии подтверждения добровольности признания ими своей вины другими доказательствами¹⁹⁴. Отменяя приговор по делу Ландовского, Верховный Суд указал, что первой инстанцией не дана оценка доводам Ландовского, отрицающего добровольность явки с повинной и сообщившего, что он был задержан 21 января 2004 г. на рабочем месте в связи с подозрением его в убийстве. Из рапорта Писарева, и протокола допроса в качестве свидетеля Мехешидзе следует, что оперативные работники уже 21 января 2004 г. проверяли Ландовского на причастность к убийству Петрова и Спирина. Из показаний Мехешидзе видно, что после того как Ландовский, с которым 21 января была проведена беседа, отказался проехать в Столбовское ПОМ Чеховского ОВД, его задержали в административном порядке. 24 января 2004 г. Ландовский попросил о встрече с одним из руководителей отдела внутренних дел. После проведенной с ним подполковником милиции Гладских беседы Ландовский изъявил желание написать заявление о явке с повинной.

22 января 2004 г. следователь прокуратуры вынес постановление о производстве выемки личных вещей Ландовского, поскольку на них могли быть следы преступления, по месту проживания Ландовского произведена выемка паспорта, джинсов и пустой бутылки из-под пива. Согласно материалам дела Ландовский по постановлению мирового судьи от 23 января 2004 г. привлечен к административной ответственности за правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 19.3 КоАП РФ,

¹⁹³ См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2006 года по делу № 63-о06-4сп//Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». Заметим, что данное судом толкование понятия подозреваемого отличается от конституционного смысла этого понятия, данного в Определении Конституционного суда РФ по делу Маслова.

¹⁹⁴ В Определении № 81-о05-25 от 15.06.2005 г. по делу Л. Верховный Суд счел возможным даже сослаться на показания сотрудника милиции Федорова, засвидетельствовавшего, что Л. написал явку с повинной добровольно.

а протокол явки с повинной Ландовского составлен 24 января 2004 г.

По мнению Верховного Суда РФ, суд первой инстанции не в полной мере выяснил обстоятельства добровольности волеизъявления со стороны Ландовского, не дал оценки всем вышеуказанным обстоятельствам, которые имеют существенное значение для правильного разрешения вопроса о допустимости доказательства, как того требуют ст. 75, 235, 335 УПК РФ¹⁹⁵.

Характерно, что, сославшись в последнем решении на ст. 75 УПК РФ, Верховный Суд дал ей толкование, которое принципиально отличается от содержащегося в этой норме правила. В соответствии со ст. 75 УПК РФ показания (сообщения) обвиняемого в ходе досудебного производства, полученные в отсутствие защитника, не могут использоваться в качестве доказательства при неподтверждении их обвиняемым в судебном заседании. Недопустимость такого доказательства закон не связывает с возможностью проверки с помощью других доказательств добровольности признания обвиняемым своей вины. Более того, даже добровольный отказ обвиняемого от участия в его допросе защитника не влияет на оценку его показаний как недопустимого доказательства.

Обеспеченное ст. 75 УПК РФ право человека хранить молчание служит для защиты свободы выбора подозреваемого — давать показания или хранить молчание во время официального допроса. Это право подрывается использованием органами государственной власти различных уловок для получения признания. Процедуры получения признания в условиях задержания подозреваемого или близких к ним могут рассматриваться как функционально равнозначные допросу, проводившемуся без соблюдения процессуальных гарантий, присущих формальному допросу. Поэтому, несмотря на отсутствие доказательств оказания прямого насилия в отношении лица, подписавшего заявление о признании, последний подвергается психологическому давлению, которое нарушает добровольную природу признания. Информация, добытая благодаря использованию такого инструмента, как явка с повинной, должна рассматриваться как полученная вопреки воле обвиняемого, а принятие ее во внимание в ходе разбирательства дела нарушает право обвиняемого хранить молчание.

Письменное или устное сообщение лицом о совершенном им пре-

¹⁹⁵ См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 15 марта 2005 года по делу № 4-005-23сп // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

ступлении имеет ту же процессуальную природу, что и показания обвиняемого, подозреваемого. Не подтверждение в судебном заседании сообщения, сделанного лицом, в отношении которого фактически осуществляется уголовное преследование, исключает возможность использования явки с повинной для обоснования обвинения.

Иногда Верховный Суд все же признает идентичность правовой природы явки с повинной и показаний о признании обвиняемым своей вины, однако, как следует из его определений, исключительно в тех случаях, когда это вызывается необходимостью обосновать отмену оправдательного приговора тем, что судом первой инстанции явка с повинной не была принята во внимание в качестве доказательства, подтверждающего обвинение¹⁹⁶. Такая позиция Верховного Суда обесценивает предусмотренные УПК РФ гарантии добровольности признания обвиняемым своей вины. Допрос обвиняемого становится ненужным, поскольку он легко может быть заменен полученной вне процессуальной формы явкой с повинной.

Впрочем, практика Верховного Суда в этом отношении весьма противоречива и неоднозначна. Так, отменяя приговор по делу несовершеннолетней В., Президиум Верховного Суда указал, что показания В. в качестве подозреваемой и явка с повинной были получены от нее в отсутствие ее законного представителя, который должен быть допущен к участию в уголовном деле с момента первого допроса несовершеннолетнего в качестве подозреваемого. В. при допросе в качестве обвиняемой и в судебном заседании от всех ранее данных показаний отказалась, «заявив, что убийства К. и А. не совершала. «Признательные показания» и явку с повинной она дала под давлением работников милиции». Суду первой инстанции рекомендовано при повторном рассмотрении дела исследовать вопрос о допустимости показаний В., данных в качестве подозреваемой и при проверке показаний при выходе на место совершения преступления, а также явки с повинной, как того требует ст. 75 УПК РФ, имея в виду, что недопустимые доказательства не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотрен-

¹⁹⁶ В определении по делу Е. Верховный Суд указал, что «дача явки с повинной после возбуждения уголовного дела при соблюдении требований ст. 142 УПК РФ не является основанием для признания ее недопустимым доказательством». См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 2 ноября 2005 г. по делу №81-005-69// Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

¹⁹⁷ См.: Надзорное постановление № 489п2004 от 27.10.2004 г. // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

ренных ст.73 УК РФ¹⁹⁷.

Мнение о недопустимости использования явки с повинной в качестве доказательства обвинения, если подсудимый не подтверждает своего признания в судебном заседании¹⁹⁸, подтверждается и правовой позицией Конституционного Суда РФ.

Конституционный Суд РФ, рассмотрев просьбу В.Р. Подгузова о разъяснении ранее вынесенного по его обращению Определения, пришел к выводу, что ст. 142 УПК Российской Федерации, обозначающая явку с повинной как повод к возбуждению уголовного дела и не регламентирующая порядок и условия использования ее судом в качестве доказательства, не содержит положений, которые ограничивали бы действие норм уголовно-процессуального закона, в том числе ст. 75 УПК Российской Федерации, устанавливающих порядок доказывания по уголовным делам, и отменяли бы обязательность их соблюдения при решении вопроса об оглашении в судебном заседании сделанного в ходе досудебного производства заявления о явке с повинной¹⁹⁹.

5. В стадии возбуждения уголовного дела могут быть получены (представлены потерпевшим) различные, в том числе и медицинские, документы, отражающие, например, факт получения лицом телесных повреждений, фиксирующие их количество, внешние признаки и место расположения, без которых часто впоследствии невозможна судебно-медицинская экспертиза. Эти материалы могут играть роль не только обвинительных доказательств, но и ослаблять обвинение.

По делу Л., обвинявшейся в причинении тяжкого вреда здоровью Г. в виде перелома зубовидного отростка второго шейного позвонка,

¹⁹⁸ В судебной практике одновременно получила распространение и другая ошибка в оценке явки с повинной. Суды не учитывают явку с повинной в качестве смягчающего вину обстоятельства, если признание сделано после задержания подозреваемого. Рассмотренные тенденции свидетельствуют о сохранении судебной практикой одностороннего, обвинительного уклона. Об этом и других подобных фактах см.: Обзор кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда за I полугодие 2006 года // Судебная практика. Приложение к Информационному бюллетеню Управления Судебного департамента в Самарской области. — 2006. — №3 (22). — С.104.

¹⁹⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20.10.2005 № 391-О «Об отказе в принятии к рассмотрению ходатайства гражданина Подгузова Василия Романовича о разъяснении определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 октября 2004 г. № 326-О» // Справочно-правовая система «Консультант Плюс».

в заявлении потерпевшей, поданном спустя два месяца после происшествия, ничего не говорилось о нанесении ей ударов ногами, но впоследствии она дополнила свои показания. Карточка стационарного больного Г. не содержала сведений о наличии каких-либо внешних повреждений на теле потерпевшей, свидетельствующих о множественности нанесенных ударов. Должен ли суд выяснить причины расхождения сведений, исходящих от одного и того же лица? Следует ли суду исследовать карточку стационарного больного, исследованную и экспертами? По мнению И.Л.Петрухина, исследование судом таких материалов следовало бы запретить и даже не прилагать их к материалам уголовного дела²⁰⁰. При этом, однако, не учитывается, что проверка и оценка доказательств, которые получены впоследствии на основе этих первичных материалов (например, заключение эксперта по истории болезни), без учета самих первичных материалов невозможны. Не случайно разработчики нового УПК и авторы его комментария обращают внимание на своеобразие документа как такого источника доказательства, в котором содержится информация, полученная не в ходе следственного или судебного действия, а «за пределами уголовного судопроизводства»²⁰¹.

Аналогичные вопросы возникают и по отношению к материалам, полученным органами милиции при осуществлении ими административной деятельности, если они послужили основанием возбуждения уголовного дела. Критерием допустимости таких материалов, как правильно отмечает С.А.Шейфер, должны стать законность и обоснованность получения доказательства в административном процессе²⁰², однако следует дополнить, что административная процедура законна лишь в том случае, если она изначально не носила притворного характера, то есть не использовалась как прикрытие уголовно-процессуальной деятельности. Не секрет, что сотрудники органов милиции, не успевая принять решение о возбуждении уголовного дела и обеспечить задержанного процессуальными гарантиями, пользуются соответствующими административными процедурами, позволяющими фактически

²⁰⁰ См.: Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. — Ч.1. — С.162.

²⁰¹ Комментарий к УПК РФ/отв.ред. Д.Н.Козак, Е.Б.Мизулина. — М., 2004. — С.246.

²⁰² См.: Шейфер, С.А. Проблемы допустимости доказательств требуют дальнейшей разработки. — С.49.

ки содержать под стражей подозреваемого в совершении преступления. Пример подобного явного злоупотребления правом мы видели в описанном выше деле Ландовского.

Таким образом, поступившие до возбуждения уголовного дела сведения тщательно и всесторонне проверяются с участием обеих сторон в ходе дальнейшего производства по уголовному делу. Наличие любых разумных сомнений в законности действий административных, правоохранительных органов должно исключать возможность использования полученных до возбуждения уголовного дела доказательств. Учитывая различный порядок и различную степень детализации этого порядка на разных этапах досудебного производства, оценка доказательств, полученных на каждом этапе процессуальной деятельности, требует учета разных факторов. Полученное до возбуждения уголовного дела доказательство сопоставляется не с уголовно-процессуальным законом, но с другими законами, нарушение или несоблюдение которых, неправомерное ограничение конституционных прав личности влечет те же последствия, что и нарушение требований УПК.

Один из наиболее важных вопросов стадии возбуждения уголовного дела связан с правом органа расследования произвести задержание подозреваемого до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела. Нас этот вопрос интересует, прежде всего, в связи с необходимостью решения проблемы доказательственного значения предметов, полученных в ходе задержания. Статус задержанного лица имеет значение также для оценки допустимости и результатов его освидетельствования, поскольку освидетельствование свидетеля возможно только с его согласия, а согласием задержанного чаще всего никто не интересуется.

В соответствии со ст. 91 УПК РФ и при наличии указанных в ней оснований подозревать лицо в совершении преступления орган расследования или прокурор вправе произвести задержание этого лица. Протокол задержания должен быть составлен не позднее 3-х часов с момента доставления задержанного в орган дознания, к следователю или прокурору. Подозреваемый может быть подвергнут личному обыску, в ходе которого могут быть обнаружены имеющие значение для дела сведения. Такие сведения могут быть обнаружены и в момент фактического задержания с так называемым поличным. Исходя из того, что задержание подозреваемого не названо в числе действий, которые могут быть произведены до возбуждения уголовного дела, личный обыск подозреваемого до вынесения соответствующего постановления невозможен. Обыскать задержанного можно лишь после возбуждения уголовного дела.

Действия по захвату и доставлению лица в дежурную часть, предшествующие составлению протокола задержания, не регламентируются Уголовно-процессуальным кодексом и осуществляются в административном порядке на основании ФЗ «О милиции» и Устава патрульно-постовой службы. Представляется, что статус допустимых доказательств могут иметь лишь те сведения, которые были получены в ходе законной деятельности по доставлению задержанного в орган дознания или к следователю. Это означает, что если при физическом задержании лица были получены какие-либо предметы, имеющие отношение к делу, они могут быть в дальнейшем приобщены к делу в качестве доказательств. Например, убежавший выбросил на ходу похищенный им предмет или был захвачен с этим предметом в руках. Однако в процессе этой деятельности милиции обыск задержанного не допускается. Лицо может быть подвергнуто лишь наружному досмотру и досмотру находящихся при нем вещей.

ФЗ «О милиции» не раскрывает понятия «досмотр», но, учитывая необремененность процедуры досмотра какими-либо гарантиями личности, она может заключаться лишь в наружном, то есть поверхностном осмотре задержанного и находящихся при нем предметов. Проверить содержимое карманов одежды и иных хранилищ можно при таком действии лишь путем демонстрации их содержимого самим задержанным. Поэтому, если задержанный отказывается выворачивать карманы или открывать портфель, его личный обыск может быть произведен только в момент оформления задержания в процессуальном порядке. Произведенный под видом досмотра обыск должен быть признан недопустимым действием, равно как все изъятое при таком обыске — недопустимыми доказательствами. Личный обыск лица в момент задержания не требует специального постановления, однако, учитывая, что обыск является следственным действием, он правомерен лишь в том случае, если к этому времени вынесено постановление о возбуждении уголовного дела. Очевидно, нельзя требовать, чтобы в этот момент постановление о возбуждении уголовного дела уже было согласовано с прокурором, поэтому к постановлению о возбуждении уголовного дела вместе с другими материалами должен быть приложен и протокол задержания подозреваемого²⁰³. В ч. 4 ст. 146 УПК РФ должно быть внесено соответствующее изменение.

²⁰³ Учитывая множество вопросов, возникающих на практике в связи с задержанием подозреваемого, в науке высказано предложение «развести» задержание фактическое и задержание процессуальное по времени, основаниям, лицам и

УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР, не называет в числе проверочных действий, совершаемых до возбуждения уголовного дела, опрос или получение объяснений от лиц, располагающих какой-либо значимой для принятия решения информацией. Думается, что это не означает, что дознаватель или следователь не вправе получить такие объяснения для того, чтобы проверить сообщение о совершенном или готовящемся преступлении. Однако доказательственная ценность таких объяснений, полученных в свободной форме, после возбуждения уголовного дела близка к нулю. Эти сведения носят ориентирующий характер, позволяют установить круг лиц, подлежащих допросу в качестве свидетелей, потерпевших или подозреваемых.

§2. Доказательственное значение результатов оперативно-розыскной деятельности

Вопрос о возможности использования в качестве доказательств сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, в нашей науке обсуждается достаточно давно. Оперативно-розыскная деятельность представляет собой специфический вид деятельности, осуществляемой оперативными подразделениями государственных органов в пределах полномочий, установленных ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» № 144-ФЗ от 12.08.95 г., посредством применения специальных сил, средств и методов сбора информации внутри преступного мира, выполнения иных оперативно-розыскных мероприятий в целях выявления, предупреждения и раскрытия преступлений, розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда²⁰⁴. Статья 11 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» гласит: «Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий по

порядку оформления. Протокол задержания, составленный лицом, производившим захват и доставку лица в дежурную часть, немедленно по его доставлении, предлагается рассматривать как сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, то есть как повод к возбуждению уголовного дела. Дознаватель или следователь же, возбудив уголовное дело, выносят постановление о кратковременном аресте. См. об этом: Зайцев, О.А. Подозреваемый в уголовном процессе / О.А. Зайцев, П.А. Смирнов. — М.: Экзамен, 2005.

²⁰⁴ См.: Доказательства, доказывания и использование результатов ОРД: учеб. пособие / Н.А. Громов [и др.] М.: Преор-издат, 2006. — С.6 и сл.

выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими сбор, проверку и оценку доказательств.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами».

Статья 89 УПК РФ запрещает использование в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам Уголовно-процессуальным кодексом. Однако результаты оперативно-розыскной деятельности требованиям УПК не могут соответствовать, поскольку УПК не регулирует такой деятельности.

Таким образом, с одной стороны, ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» явно вторгается в сферу уголовно-процессуальных отношений, с другой стороны, мы имеем непоследовательность уголовно-процессуального регулирования. Законодатель, хотя и в завуалированном виде, подтверждает, что результаты оперативно-розыскной деятельности, если они отвечают требованиям, предъявляемым законом к доказательствам, могут быть использованы в процессе доказывания и являются допустимыми.

Однако дискуссионный в теории, этот вопрос в судебной практике не вызывает сомнений: суды оценивают результаты ОРД как доказательства с точки зрения соответствия их требованиям ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

Суд Ростовского областного суда с участием присяжных заседателей 28 июня 2004 г. оправдал Л. за неустановлением события преступления. Председательствующий судья отказал в исследовании протокола расшифровки аудиозаписи разговора между К. и Хоруженко, поскольку аудиокассета «получена с нарушением норм процессуального пра-

ва (требований п. 14 ст. 6, п. 3 ст. 8, ст. 11 Федерального закона от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»), следовательно, протокол ее расшифровки, как производный от аудиозаписи, также является недопустимым доказательством».

Отказывая в удовлетворении ходатайства государственного обвинителя об исследовании фотографии с изображением свидетеля Середина, председательствующий указал, что она была получена с нарушением требований ст. 7 и 11 указанного Федерального закона. В частности, в деле отсутствует постановление о проведении оперативного мероприятия — наблюдения, в результате которого и была получена приобщенная к делу эта фотография²⁰⁵.

Как видим, оценивая материалы, полученные оперативно-розыскными органами, суд использовал ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в качестве источника процессуального права. Указанный закон, закрепляя процессуально-правовой характер оперативно-розыскной деятельности, устанавливает гарантии прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции при проведении оперативно-розыскных мероприятий, то есть устанавливает собственные критерии допустимости оперативно-розыскных действий и полученных при этом сведений²⁰⁶. В науке отмечается, что правовая характеристика результатов ОРД сегодня вполне созвучна аналогичной характеристике уголовно-процессуальных доказательств. Это придает результатам ОРД достаточно высокую гносеологическую и аргументационную потенцию²⁰⁷.

Оперативно-розыскная деятельность изначально нацелена на раскрытие преступления, то есть получение данных, подтверждающих

²⁰⁵ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2006. — №1.

²⁰⁶ Согласно ст. 9 ФЗ об ОРД, каждое оперативно-розыскное мероприятие, влекущее ограничение конституционных прав граждан, может быть проведено только по решению судьи. Соответственно сведения, полученные в ходе несанкционированных судом контроля почтовых отправок, телеграфных и иных сообщений, прослушивания телефонных переговоров, сыскного обследования жилища или наблюдения с проникновением в жилище, сбора образцов в жилище, снятия информации с технических каналов связи, влекущего вторжение в частную жизнь человека, не могут рассматриваться как допустимые доказательства

²⁰⁷ См.: Поляков, М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности/М.П.Поляков. — Нижний Новгород: Изд-во Нижегородской правовой академии, 2001. — С.220.

факт совершения преступления и указывающих на лицо, его совершившее; то есть ее результаты «обладают одним из свойств уголовно-процессуальных доказательств — свойством относимости, ибо указывают на факты, образующие предмет доказывания по уголовному делу»²⁰⁸. Однако, поскольку эти сведения получены непроцессуальным путем, они не отвечают рассмотренным выше критериям допустимости доказательств. В связи с этим теория занялась поиском путей «уголовно-процессуальной легализации», преобразования в доказательства сведений, полученных оперативным путем. Было высказано мнение, что доказательствами являются «не сами по себе оперативные данные, а полученные на их основе или с их помощью сведения, заключенные в процессуальную форму»²⁰⁹.

Рассматривая этот непростой вопрос, следует иметь в виду различный характер как оперативно-розыскных мероприятий, так и полученных в ходе их проведения сведений. Оперативно-розыскная деятельность проводится в двух формах — гласно и негласно. Негласный характер значительной части оперативно-розыскных мероприятий и невозможность разглашения конспиративных сил и средств оперативно-розыскной деятельности обуславливают недопустимость полученной таким путем информации по признаку неизвестности ее происхождения и невозможности проверки надежности источника. Результаты негласных оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в процессе доказывания только в том случае, если полученные сведения и надежность их источника могут быть подвергнуты гласной проверке.

Например, не может служить доказательством письменное или устное сообщение сотрудника оперативного органа о том, что из оперативных источников к нему поступила информация о причастности лица к совершению преступления. Однако показания допрошенного в со-

²⁰⁸ Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — С.53,54.

²⁰⁹ Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. 1. — С.168, а также: Доля, Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности/Е.А.Доля. — М.: Спарк., 1996. — С.66-72; Шейфер, С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу/С.А.Шейфер // Государство и право. — 1997. — №9. — С.57-59; Семенцов, В.А. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве: монография/В.А.Семенцов, В.Ю.Сафонов — Екатеринбург: ЮрГЮА, 2006. — С.86-116.

ответствии с требованиями УПК осведомителя о наблюдаемых им событиях являются показаниями свидетеля, а изготовленные им в процессе наблюдения за этим лицом и представленные органу расследования фотоснимки, звуко и видеозапись могут быть использованы в качестве вещественных доказательств. Орган расследования вправе произвести следственные действия по обнаружению, изъятию, осмотру и исследованию источников информации, на которые укажет ему проводящий оперативную работу орган. В этом случае следователь получает обычным, то есть процессуальным, путем обычные свидетельские показания, вещественные доказательства и документы. Доказательствами здесь, действительно, являются не сами оперативно-розыскные данные, которые указывают лишь на возможный источник получения сведений, а сведения, полученные процессуальным способом процессуальным субъектом. Проверка и оценка допустимости и достоверности этих сведений осуществляются по общим правилам проверки и оценки доказательств.

Разработанная органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и согласованная с Генеральным прокурором РФ Инструкция «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд»²¹⁰ предусматривает, что результаты ОРМ, предоставляемые для использования в доказывании, должны содержать сведения, имеющие значение для установления подлежащих доказыванию обстоятельств, указание на источник получения этих сведений или предмет, который может стать доказательством, а также данные, позволяющие проверить эти сведения. Результаты ОРМ передаются органу дознания, следователю, суду на основании постановления руководителя органа, осуществлявшего оперативно-розыскное мероприятие с приложением подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

²¹⁰ См.: Приказ ФСНП РФ № 175, ФСБ РФ № 226, МВД РФ № 336, ФСО РФ № 201, ФПС РФ № 286, ГТК РФ № 410, СВР РФ № 56 от 13.05.1998 г. «Об утверждении Инструкции о порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 03.09.1998 г. № 1603) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 14.09.1998. — №23. Аналогичная инструкция утверждена Приказом ФС РФ по контролю за оборотом наркотиков 12 мая 2006 г. №147 (зарегистрирована в Минюсте РФ 14.07.2006 г. № 8060) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 24.07.2006. — № 30.

Представляемые материалы должна сопровождать информация о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе ОРМ предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков. При этом должны быть приняты меры по обеспечению сохранности и целостности представляемых материалов. Соблюдением требований инструкции должна обеспечиваться возможность судебной проверки достоверности полученных оперативно-розыскным путем сведений. Суд вправе допросить всех лиц, принимавших участие в оперативном мероприятии, осмотреть и подвергнуть экспертному исследованию представленные материалы, сопоставить с другими имеющимися в деле доказательствами и на этой основе оценить эти материалы с точки зрения относимости, допустимости и достоверности.

Таким образом, возможность использования сведений, полученных непроцессуальным, но законным путем, определяется, главным образом, принципиальной возможностью проверки их достоверности.

Отдельного внимания заслуживают такие мероприятия, как оперативный эксперимент, проверочная закупка, контролируемая поставка, в ходе которых оперативно-розыскное мероприятие на определенном этапе из тайного превращается в гласное. В ходе такого оперативно-розыскного мероприятия происходят выявление, пресечение и раскрытие совершаемого преступления (дача и получение взятки, коммерческий подкуп, сбыт наркотического вещества, приобретение или продажа оружия). Поэтому фиксация результатов ОРМ есть удостоверение факта совершения преступления. Для признания результатов таких оперативно-розыскных действий допустимыми для уголовного дела доказательствами²¹¹ необходимо, чтобы предоставляемый законом «Об оперативно-розыскной деятельности» уровень гарантий прав личности был не меньшим, чем уровень гарантий, предоставляемый Уголовно-процессуальным кодексом. К законности же самой оперативно-розыскной деятельности не могут предъявляться меньшие требования, чем к законности деятельности процессуальной. В противном

²¹¹ Как представляется, результаты такого ОРМ никакому преобразованию не поддаются, они либо принимаются либо не принимаются в зависимости от того, законно или незаконно само проведение оперативно-розыскного мероприятия, соблюден или нет предусмотренный соответствующим законом его правовой режим. Представляется верным в этой части мнение, высказанное М.П.Поляковым: «Результат ОРД есть готовый информационный продукт, нуждающийся не в трансформации, а в интерпретации». См.: Поляков, М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности — С.220.

случае само существование уголовно- процессуального права с его жесткой правовой регламентацией теряет практический смысл.

Обращенное к лицу требование выдать полученные им в ходе, например, оперативного эксперимента денежные купюры означает открытое признание, что в отношении этого лица начато уголовное преследование, в связи с чем оно должно быть обеспечено всеми процессуальными гарантиями, предусмотренными законом для подозреваемого, включая разъяснение принадлежащих лицу прав и процессуального статуса, обеспечение права не свидетельствовать против самого себя. Поскольку с момента объявления лицу о проводимом в отношении него оперативно-розыскном мероприятии оно фактически лишается и свободы передвижения, ему должно быть разъяснено и право на получение квалифицированной юридической помощи. Тем самым обеспечиваются условия, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом в отношении него подозрении или обвинении и, следовательно, эффективно защищаться, а также гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств²¹². Эти разъяснения Конституционного Суда Российской Федерации сохраняют свою силу, а выраженные в них правовые позиции применимы и к ситуации, когда выступающее в официальном качестве должностное лицо в ходе оперативно-розыскного мероприятия, осуществляемого в отношении гражданина, чьи конституционные права на свободу, личную неприкосновенность и свободу передвижения реально ограничены путем административного задержания, проводит его опрос, направленный на выявление фактов и обстоятельств, уличающих данного гражданина в совершении преступления, тем более, если он делает заявление о совершенном им преступлении. С этого момента в отношении него подлежат непосредственному действию нормы Конституции Российской Федерации, обеспечивающие, в том числе, предоставление квалифицированной юридической помощи (ст. 48) и право не свидетельствовать против себя самого (ст. 51, ч. 1)²¹³.

²¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2000г. №11-П по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И.Маслова // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2000. – № 5.

²¹³ См.: Определение Конституционного Суда РФ № 473-О от 20.12.2005 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Корчагина Алексея Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»// Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

Объяснение (протокол опроса) этого лица в отсутствие названных процессуальных гарантий не рассматривается судебной практикой в качестве допустимого доказательства. Сложнее обстоит дело с предметами и документами (наркотики, деньги, ценности), изъятыми сотрудником оперативно-розыскного органа у этого лица из карманов одежды, из сумки или ящика письменного стола. Полагаем, они не могут быть использованы в качестве доказательств, поскольку ни обыск, ни личный обыск к числу оперативно-розыскных мероприятий не относятся. Добровольность выдачи лицом поличного при таких обстоятельствах может вызывать сомнения, если лицу не разъяснено его право не отвечать на вопросы, по крайней мере, до явки адвоката и обеспечения возможности получить квалифицированное разъяснение прав, соответствующих его статусу. Единственно допустимые в такой ситуации следственные действия — осмотр места происшествия, с помощью которого может быть зафиксирован факт нахождения в этом месте предмета взятки, позволяющий зафиксировать наличие следов красящего вещества на руках и предметах одежды взяткополучателя²¹⁴. Никакие сведения не могут быть рассмотрены в качестве доказательств, если они получены путем провокации со стороны сотрудников оперативных служб. Оперативные службы должны раскрывать и пресекать совершаемые преступления, но ни в коем случае не подстрекать к их совершению. Вспомним, что провокация взятки или коммерческого подкупа в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа является преступлением (ст.304 УПК РФ).

Характерным примером в этом отношении является решение Европейского Суда по правам человека по делу «Ваньян против Российской Федерации».

Европейский Суд по правам человека признал, что в деле Ваньяна, осужденного по ст.228 УК РФ, имело место нарушение п. 1 ст. 6 Кон-

²¹⁴ Если лицо, пользуясь своими правами, отказывается добровольно выдать полученный им предмет взятки, следует принять меры к немедленному возбуждению уголовного дела и вынесению постановления о производстве обыска. Это создает определенные сложности практического характера, однако является в рассматриваемой ситуации единственным законным способом зафиксировать факт нахождения предмета взятки в кармане одежды или ящике стола подозреваемого. Сказанное относится и к другим оперативным мероприятиям, сопровождающим совершение преступления.

венции о защите прав человека и основных свобод. Суд установил, что некто О.З., выполняя инструкции милиции, согласилась принять участие в «проверочной закупке» наркотиков, чтобы выявить причастность заявителя к обороту наркотических веществ, и попросила его приобрести для нее наркотики. Однако не было никаких доказательств того, что до вмешательства О.З. у милиции были основания подозревать заявителя (имеется в виду лицо, обратившееся в Европейский Суд) в распространении наркотиков. Простое заявление сотрудников милиции в суде о том, что они располагали информацией о причастности заявителя к распространению наркотиков, которое, судя по всему, не было проверено судом, не может приниматься во внимание. Милиция не ограничилась пассивным расследованием преступной деятельности заявителя, хотя ничто не предполагало, что преступление было бы совершено без вмешательства О.З. Поэтому Европейский Суд сделал обоснованный вывод, что милиция спровоцировала приобретение наркотиков по просьбе О.З. Обвинение заявителя в приобретении и хранении героина в части, касающейся приобретения наркотиков для О.З., было основано, главным образом, на доказательствах, полученных в ходе милицейской операции, в том числе на показаниях О.З. и сотрудников милиции Е.Ф. и М.Б. Европейский Суд указал, что вмешательство со стороны милиции и использование полученных вследствие этого доказательств при рассмотрении уголовного дела против заявителя непоправимо подрывали справедливость судебного разбирательства²¹⁵.

Следует сказать, что в судебной практике при решении вопроса об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности допускается немало ошибок, основанных на достаточно вольном толковании закона. Например, отменяя оправдательный приговор Оренбургского областного суда в отношении Т., Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала следующее:

«Признав недопустимыми доказательствами акты личного досмотра С. и Т., при котором сотрудниками УФСБ РФ были обнаружены и изъяты две купюры по 100 долларов США у С. и две купюры по 100 долларов США у Т., и считая, что ст.74 УПК РФ не предусматривает «акт личного досмотра» как допустимое процессуальное доказательство, суд оставил без оценки факт задержания С. и Т., осуществленно-

²¹⁵ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. — 2006. — № 7.

го сотрудниками УФСБ РФ в рамках проводимого ими оперативного эксперимента. Их действия в данном случае регламентировались не нормами Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, а положениями Федерального закона от 12 августа 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности».

Предъявляя требование о соответствии действий оперативных сотрудников уголовно-процессуальному закону, суд не учел того, что их деятельность на этом этапе регламентируется, кроме вышеназванного Федерального закона, Инструкцией «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденной приказом ФСНП, ФСБ, МВД, ФСО, СВР России от 13 мая 1998 г. Именно с учетом положений данных нормативных актов суду следовало оценивать правильность и законность действий оперативных сотрудников при задержании лиц, осмотре их имущества и их личном досмотре»²¹⁶.

Принимая это решение, Верховный Суд почему-то не учел, что ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» не предусматривает такого оперативно-розыскного мероприятия, как «досмотр» или «личный досмотр». Предусмотренные п. «к» ст. 13 ФЗ «О федеральной службе безопасности» досмотр и личный досмотр разрешаются лишь в связи с осуществлением административного задержания лиц, совершивших правонарушения, связанные с попытками проникновения и проникновением на специально охраняемые территории особорежимных объектов, закрытых административно-территориальных образований и иных охраняемых объектов. Поэтому надо полагать, что сотрудниками УФСБ в рассмотренном деле был произведен незаконный личный обыск, на что указывает упоминание в протоколах досмотра об **изъятии** денежных купюр.

²¹⁶ Информацию о деле см. в Справочно-правовой системе «КонсультантПлюс».

§3. Доказательственное значение материалов, представленных стороной защиты

Принятие нового УПК РФ обострило дискуссию о праве защитника собирать доказательства и о доказательственном значении полученных им материалов. Право всех неофициальных участников уголовного процесса представлять доказательства было известно и прежнему уголовно-процессуальному законодательству, однако в теории сложилось устойчивое мнение о том, что представляемые обвиняемым или потерпевшим предметы и документы не являются доказательствами в собственном смысле слова, так как следователь и суд могут признать представляемые объекты не относящимися к делу и вернуть их владельцу. «Признать представленный объект доказательством, ввести его в дело, т.е. включить в систему уже собранных доказательств, — это исключительная прерогатива органа расследования, прокурора и суда. Принятие решения о приобщении предмета и документа к делу в сущности представляет собой акт закрепления доказательства, завершающий момент собирания (формирования) доказательства. Пока такое решение не принято — доказательства не существует»²¹⁷.

Однако УПК РФ не только сохранил право подозреваемого, обвиняемого и потерпевшего представлять доказательства, но и обеспечил его реализацию закреплением права собирать предметы и документы для приобщения их к делу в качестве доказательств. Еще более широкие возможности закон предоставил защитнику, который в силу ч. 3 ст.86 УПК вправе собирать доказательства путем:

- 1) получения предметов, документов и иных сведений;
- 2) опроса лиц с их согласия;
- 3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии.

²¹⁷ См.: Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовному делу: проблемы теории и правового регулирования. — С.43,44. Аналогичное мнение высказывают и другие авторы. См.: Макридин, С. О праве стороны защиты собирать доказательства/ С.Макридин, Н.Громов, Н. Царева // Адвокатские вести. — 2004. — №10 (48). — С.16-17; Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России. Ч.1. — С.169; Семенов, В.А. Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики): монография/В.А.Семенов. — Екатеринбург: Изд-во ЮрГЮА, 2006. — С.78-79.

Таким образом, новый уголовно-процессуальный закон создает новую правовую реальность, не считаться с которой невозможно. Когда явление, не охватываемое методом, в нашем случае — это собранные защитником доказательства — объявляется наукой несуществующим, это вызывает мысль о ее несостоятельности. Препятствующая стороне защиты в реализации права собирать доказательства, концепция формирования доказательств находится в противоречии с уголовно-процессуальным законом и его принципами.

Собирать (в смысле формировать) доказательства, то есть придавать полученным сведениям форму показаний свидетеля, заключений эксперта, протокола обыска и пр. в стадии предварительного расследования может только дознаватель, следователь и прокурор, то есть лица, осуществляющие в силу прямого указания закона уголовное преследование, выполняющие обвинительную функцию. Ни обвиняемый, ни защитник придать полученным сведениям такую процессуальную форму в силу отсутствия соответствующих полномочий не в состоянии. Поэтому, если сторона защиты имеет в своем распоряжении какую-либо информацию об имеющих значение для дела обстоятельствах, она должна просить (хотя такой долг почему-то называют правом) следователя принять и приобщить ее к материалам дела, а следователь вправе (хотя это «право» должно считаться его долгом) решить, признать ли представленное доказательством.

Отрицание права защитника собирать, а следовательно, и представлять доказательства является свидетельством непринятия новой парадигмы в качестве фундаментального объяснения действительности. По сути, оспаривается закрепленная законом часть правового статуса подозреваемого, обвиняемого, защитника (ст.46,47,53, ч.3 ст.86 УПК РФ), без которой не может быть в полной мере реализовано право обвиняемого на защиту, нарушается общий баланс прав обвинения и защиты в сторону обвинения. Процесс, в котором стороны не обладают равными правами, в котором обвинитель имеет явные преимущества, не может считаться состязательным, а суд, выводы которого основаны на доказательственной деятельности одной из сторон, не может быть признан ни объективным, ни независимым. Концепция формирования доказательств органом расследования и судом, исключая возможность участия стороны защиты в создании доказательственной базы и отрицающая доказательственное значение представленных ею сведений, вступает в непреодолимое противоречие с принципом состязательности.

Чтобы определить, являются ли собираемые и представляемые стороной защиты предметы и документы доказательствами, рассмотрим, о каких именно предметах и документах идет речь.

1. Документы, которые собирает и представляет защитник, это различного рода справки, характеристики, иные документы, полученные как от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций путем истребования, так и от граждан, включая обвиняемого. Это могут быть документы, характеризующие личность обвиняемого, его семейное положение, возраст находящихся на его иждивении детей, состояние здоровья самого обвиняемого и членов его семьи, его имущественное положение; документы, подтверждающие совершение действий по заглаживанию или возмещению причиненного преступлением вреда, состояние беременности обвиняемой или жены обвиняемого, наличие или отсутствие у обвиняемого и членов его семьи определенной собственности и т.п.

Защитник может представить официальные документы или их копии, характеризующие статус личности (свидетельство о заключении брака, о рождении ребенка, об образовании); справки, составленные различными органами на основе других документов (справка ЖЭУ о составе семьи, справка лечащего врача о перенесенных заболеваниях, справка бухгалтерии о среднем заработке); документы, подтверждающие определенные действия или события, составленные не в связи с производством по делу и не в связи с инициативой защитника (кассовый чек, подтверждающий оплату товара, товарная накладная, свидетельствующая о том, что пропавшее имущество передано другому лицу, железнодорожный билет, указывающий на алиби обвиняемого) и т.д. и т.п.. Все эти документы устанавливают определенные имеющие значение для дела обстоятельства, то есть имеют отношение к уголовному делу.

Сведения, которые изложены в этих документах, являются их содержанием. Эти сведения облечены в предусмотренную ч. 2 ст. 74 УПК РФ форму иных документов и обладают свойством допустимости. Они проверяемы, так как содержат сведения об источнике информации. Они получены защитником, то есть лицом, которому законом предоставлено такое право. Эти документы получены одним из способов, предусмотренных законом, — путем простого получения или истребования. Наконец, они имеют письменное закрепление, удостоверены подписью автора документа и/ или печатью выдавшей справку организации. Такого рода документы такими же способами вправе получать

и органы расследования и суд. Не считать их доказательствами на том лишь основании, что они получены защитником, а не должностным лицом, осуществляющим уголовное судопроизводство, нет никаких оснований.

К документам следует отнести и представляемые защитниками заключения специалистов как единственную серьезную альтернативу имеющимся у органа расследования возможностям использования специальных знаний. Не регламентировав процедуры получения заключения специалиста и содержания самого заключения, законодатель фактически узаконил именно такую свободную форму этого вида доказательств и способа его проникновения в материалы уголовного дела. Отсутствие каких-либо установленных законом требований позволяет считать заключение специалиста доказательством, получаемым и представляемым не только обвиняемым и защитником, но и потерпевшим, гражданским истцом и их представителями в свободной форме. Подробнее вопрос о доказательственном значении заключения специалиста будет рассмотрен во второй части работы.

2. Предметы, которые вправе представить защитник, могут быть достаточно разнообразными, но в любом случае это предметы, которые оказались в его правомочном владении. В частности, это могут быть предметы одежды обвиняемого, представляемые для установления наличия или отсутствия на них следов преступления, фотографии, подтверждающие дружеские отношения с потерпевшим, аудио- и видеозапись определенных событий, имеющая, с точки зрения защиты, значение для дела и т.п. По одному из уголовных дел защитник — адвокат Н. представил следователю огнестрельное оружие карабин «Сайга», выстрелом из которого обвиняемый смертельно ранил потерпевшего. Это действие — представление доказательства — являлось актом доброй воли, поскольку подозреваемый в убийстве явился в органы следствия с повинной, однако следователь не нашел другого способа получения представленного ему доказательства, кроме оформления этого факта протоколом выемки оружия у адвоката, что, конечно, не соответствует ни природе взаимоотношений следователя и защитника, ни характеру действий по передаче этого оружия.

Как представляется, и в этом случае нет никаких разумных оснований не считать перечисленные предметы доказательствами по уголовному делу.

3. Иной характер носит опрос защитником лиц с их согласия, он является способом поиска информации, способной подтвердить доводы защиты или опровергнуть версию обвинения. Найдя свидетелей

происшествия или лиц, располагающих иной значимой для защиты информацией, защитник имеет возможность заявить обоснованное ходатайство об их допросе. Однако не опросив предварительно этих лиц, защитник лишен возможности принять такое решение. Поэтому хотя полученная защитником в процессе опроса информация не является еще показаниями свидетелей, сам опрос лиц вполне может быть рассмотрен как поиск и обнаружение источника информации, имеющей доказательственное значение. Говоря об аналогичной деятельности органа расследования, полученные результаты обычно называют ориентирующими доказательствами.

Закон ничего не говорит ни о форме проведения опроса, ни о возможности протоколирования защитником полученных им от лица сведений, в практике же получила распространение письменная форма закрепления полученных сведений²¹⁸. Адвокатскими образованиями разрабатываются бланки опроса лиц, в которых, в частности, отражается факт разъяснения лицу статуса адвоката, которому сообщается информация. Такая практика закону не противоречит, однако и дополнительных гарантий достоверности полученных адвокатом сведений не создает. Доказательственное значение имеют лишь показания, которые даны лицом непосредственно в судебном заседании. Защитнику не требуется и особенно убеждать суд в необходимости допроса свидетеля, так как суд обязан допросить всех свидетелей, явившихся по инициативе стороны.

Продолжая рассуждения на данную тему, можно смоделировать ситуацию, когда лицо, располагающее важной информацией, после опроса его защитником неожиданно умирает. Закон разрешает в порядке исключения из требования непосредственности исследования судом доказательств оглашение показаний ранее допрошенного свидетеля. При этом, если допрос свидетеля производился с нарушением предусмотренной для допроса процедуры, протокол такого допроса должен быть исключен из судебного разбирательства как недопустимое доказательство. Опрос лица защитником в рассматриваемом гипотетическом случае производился в отсутствие условий, удостоверяющих пра-

²¹⁸ О возможности использования таких протоколов см.: Паршуткин, В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия/В.В.Паршуткин// Возможности защиты в рамках нового УПК России: материалы научно-практической конференции. Проведена адвокат. палатой г.Москвы при содействии коллегии адвокатов «Львова и партнеры» 17 апр. 2003 г./под ред Г.М.Резника, Е.Ю.Львовой. – М.:ЛексЭст, 2004. – С.62-84.

вильность зафиксированных защитником сведений. Учитывая отсутствие возможности проверить эти сведения ввиду отсутствия их источника, такой протокол опроса, очевидно, не может быть признан допустимым доказательством²¹⁹.

Рассмотрев виды собираемых защитником доказательств, мы видим, что доказательственная деятельность защитника не противоречит задачам предварительного расследования или судебного разбирательства. Предметы и документы, собираемые защитником, способствуют более полному и всестороннему исследованию обстоятельств дела, обеспечивают стороне защиты минимальные возможности для противостояния более сильной стороне обвинения. Поэтому никто и не отрицает право стороны защиты представлять эти предметы и документы. Суть дискуссии в том, являются ли собранные защитником сведения доказательствами уже в момент их представления органу расследования или суду или же они становятся таковыми после совершения официального акта по принятию этих документов и предметов. Говоря иными словами, собирает ли защитник доказательства или сведения, которые могут стать доказательствами.

Обсуждаемая проблема может показаться не имеющей практического значения. Однако это не так. Если защитник собирает и представляет доказательства, то обязанность следователя и суда — их принять и приобщить к делу. Если защитник представляет лишь сведения (хотя, что такое сведения, если не доказательство?), то следователь или суд вправе не принять эти сведения, оценив их как не имеющие значение для дела или вызывающие сомнения в своей достоверности. Поэтому непринципиальный, с точки зрения здравомыслящего человека, этот вопрос в некоторых условиях может приобрести значение весьма принципиального.

Так, при осуществлении защиты Л. мною в кассационную инстанцию были представлены медицинские документы, подписанные и удо-

²¹⁹ Продолжая фантазировать дальше, единственной возможностью довести до сведения суда утраченную в связи со смертью лица информацию можно считать допрос защитника в качестве свидетеля. Однако при этом, во-первых, защитник утрачивает способность продолжать защиту по данному делу, во-вторых, при оценке такого доказательства будут учтены его производный характер и невозможность проверки путем сопоставления с первоисточником. В то же время, поскольку сохраняется возможность проверки этих свидетельских показаний путем сопоставления с другими независимыми от него доказательствами, такой способ защиты гипотетически правомерен.

стоверенные печатями медицинских учреждений, свидетельствующие о том, что рентгенограмма шейного отдела позвоночника потерпевшей Г., изготовленная на следующий день после совершенного преступления, в ходе которого ей был причинен тяжкий вред здоровью (перелом зубовидного отростка второго шейного позвонка), содержит признаки застарелости перелома, то есть консолидации (сращения) костных тканей. Вопрос о давности перелома в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства не исследовался. С учетом этого имелись все основания для отмены приговора и возвращения уголовного дела на новое рассмотрение в целях проведения дополнительной судебно-медицинской экспертизы. Однако судебная коллегия по уголовным делам Самарского областного суда, отклонив ходатайство защиты, мотивировала это тем, что представленные и оглашенные в судебном заседании документы не являются доказательствами. Прокурор же при обсуждении заявленного ходатайства заявил, что имеющихся доказательств для рассмотрения дела и без того достаточно.

Доказательства, собираемые и представляемые стороной защиты, отличаются от доказательств, собираемых органами расследования, лишь свободной, не связанной процессуальными предписаниями формой. Отвергать их доказательственное значение на этом основании — значит заведомо игнорировать вытекающее из презумпции невиновности правило, согласно которому сторона защиты не обязана ничего доказывать, а потому ее деятельность не может быть связана жесткими процедурными формами. Отвергать доказательственное значение доказательств защиты — значит признавать неравенство обвинительных и оправдательных доказательств, отдавать заведомое предпочтение тем из них, которые получены в урегулированной законом процедуре, то есть доказательствам обвинения. Такой вывод вытекает, в частности, из утверждения о том, что истребованные защитником справки, характеристики станут иными документами, то есть доказательствами, после того как следователь признает их относимыми и допустимыми²²⁰. Приняв эту логику, мы должны признать, что, во-первых, проверка и оценка доказательств защиты предшествует их собиранию, что не соответствует реальному положению дел. Во-вторых, что доказательства, полученные (собранные) следователем, тоже должны пройти проверку на относимость и допустимость, прежде чем они будут приобщены

²²⁰ См.: Шейфер, С.А. Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу/С.А.Шейфер// Государство и право. — 2006. — №7. — С.62.

к материалам уголовного дела. Однако известно, что следователь не только имеет право, но и обязан собрать и приобщить к делу все сведения, связь которых с доказываемыми фактами носит не только достоверный, но и предположительный характер. Иначе он рискует утратить ту часть информации, связь которой с делом ему самому изначально не ясна. Почему же относимость доказательств защиты должна оцениваться по иным правилам? Ведь представляя эти доказательства, защитник исходит из их полезности для аргументации его позиции. Как может противоположная сторона судить, что важно, что полезно для осуществления защиты? Что же касается оценки допустимости полученных следователем доказательств, то она, как известно, осуществляется судом, так как не может быть доверена в целях объективности той стороне, которая и собирала эти доказательства.

Предложение не считать доказательствами предметы и документы, представленные защитником, потому, что решение о приобщении их к делу принимает следователь, а не защитник, продиктовано, как представляется, вовсе не заботой о процессуальной форме. Принятие следователем этого решения ничего к аргументирующей сущности собранных защитником сведений не прибавляет, доказательственной ценности их не усиливает и более допустимыми, чем они уже являются, не делает. Такой подход к доказательствам противоречит не только принципу состязательности и равноправия сторон, но и принципу их свободной, не предустановленной оценки, что в свою очередь чревато возвратом к теории формальных доказательств, свойственной отнюдь не состязательному процессу.

Изложенное в этой главе позволяет подвести некоторые итоги.

Состязательность уголовного судопроизводства, равноправие сторон и принцип свободной оценки судом доказательств закономерным образом расширяют пределы допустимости доказательств и способов их собирания. Форма собирания сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, не является единственным или главным фактором при оценке допустимости доказательств. В качестве доказательств в уголовном судопроизводстве допускаются как сведения, полученные путем производства следственных действий, так и сведения, полученные до возбуждения уголовного дела в процессе совершения оперативно-розыскных действий, а также предметы и документы, полученные в пределах их полномочий защитником, обвиняемым, потерпевшим.

Проверка и оценка всех собранных доказательств осуществляются в соответствии с общими правилами, установленными Уголовно-про-

цессуальным кодексом РФ. Допустимость предметов и документов, полученных до возбуждения уголовного дела в процессе производства административной или оперативно-розыскной деятельности, определяется следующими условиями:

- они должны быть получены в соответствии с правилами, установленными нормативными актами для соответствующего вида непроцессуальной деятельности;

- уровень гарантий конституционных прав личности, предусмотренный законом для такого рода деятельности, не может быть меньшим, чем уровень гарантий аналогичных прав при проведении уголовно-процессуальных действий;

- источники сведений, полученных внепроцессуальным путем, должны быть известны и проверяемы.

ЧАСТЬ 2.

ВИДЫ И КЛАССИФИКАЦИЯ

ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

ГЛАВА 6.

Классификация доказательств

§1. Понятие, значение и основания классификации доказательств

Рассматривая понятие доказательства, мы видели, что оно сложно и многопланово. Доказательства различаются по форме, содержанию, источникам, способу получения, убедительности и т.п. В связи с этим возникает необходимость их научной классификации, то есть группировки по существенным общим признакам, позволяющим выявить объективные различия в классифицируемых явлениях. Такие объективные различия называют основаниями классификации.

Сложность классификации доказательств связана, как отмечают авторы «Теории доказательств в советском уголовном процессе», с многозначностью исторически сложившейся терминологии¹. Доказательствами называют, как мы видели, и сведения об устанавливаемых обстоятельствах дела, и факты, которые установлены на основе этих сведений, и виды доказательств, характеризующих это понятие со стороны его процессуальной формы. Такая многозначность, если не иметь в виду контекста, в котором упоминается рассматриваемое понятие, может стать помехой в усвоении классификации доказательств.

Многоплановость понятия доказательства не позволяет классифицировать их по какому-то одному универсальному признаку. Поэтому классификация доказательств производится одновременно по нескольким основаниям. Соответственно, каждое доказательство относится к нескольким классификационным группам, количество которых зависит от количества объективно существующих оснований классификации.

В науке не выработано единого подхода к количеству и видам оснований классификации доказательств. Так, авторы «Теории доказательств» предложили шесть оснований для группировки доказательств:

¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.257.

1) механизм формирования и использования (личные и вещественные доказательства);

2) вид источника (показания обвиняемого, показания подозреваемого, заключение эксперта, протоколы и т.д.);

3) характер связи вещественного доказательства с событием преступления (орудия преступления, объекты посягательства);

4) наличие или отсутствие промежуточных источников (первоначальные и производные доказательства);

5) структура обоснования доказываемого обстоятельства (прямые и косвенные);

6) доказываемый тезис (обвинительные и оправдательные)².

Деление доказательств на обвинительные и оправдательные, первоначальные и производные, прямые и косвенные признают практически все авторы. Представляется, что есть объективные различия между личными и вещественными доказательствами. Однако включать в число оснований классификации различия, свойственные только одному виду — вещественным доказательствам, представляется не научным, ибо такое деление не охватывает всех классифицируемых явлений. Вид источника информации, на наш взгляд, также не может рассматриваться как основание деления доказательств на группы, поскольку никакой группировки доказательств при этом не происходит. Показания свидетелей, заключения экспертов, вещественные доказательства — это не классификационные группы, а отдельные виды доказательств.

Ф.Н.Фаткуллин предлагал классифицировать доказательства также на доброкачественные и недоброкачественные³. Как представляется, и здесь отсутствует объективное основание деления, поскольку доброкачественность доказательства может иметь разные признаки. Почему бы в таком случае не классифицировать доказательства как допустимые и недопустимые, относимые и неотносимые, правдивые и ложные? Очевидно, что этого сделать нельзя, поскольку в качестве основания такой группировки используется не объективный, а субъективный, оценочный критерий.

Таким образом, приходим к выводу, что в настоящее время имеются такие объективные различия между доказательствами, которые по-

² См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.257-258.

³ См.: Фаткуллин, Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. — С.159.

зволюют классифицировать их на прямые и косвенные, первоначальные и производные, личные и вещественные, обвинительные и оправдательные. В то же время следует помнить, что появление в уголовном процессе по мере его развития новых видов доказательств⁴ может вызвать и новые основания их классификации.

Классифицируя доказательства, необходимо иметь в виду, что классификационные группы не изолированы друг от друга, пересекаются. Любое доказательство может быть классифицировано по всем четырем основаниям и быть одновременно, например, личным, первоначальным, прямым и обвинительным или вещественным, производным, косвенным и оправдательным. Держа в уме все основания классификации, мы не должны допускать их подмены. В частности, первоначальные доказательства не всегда являются прямыми, а производные — косвенными.

Деление доказательств на группы не имеет цели обосновать преимущества одних доказательств перед другими. Теория формальной оценки доказательств, имевшей место до судебной реформы 1864 года, исходила из того, что основания оценки доказательств дает законодатель, определяя лучшие (совершенные) доказательства и ставя в определенную зависимость от них доказательства несовершенные. Доказательства совершенные исключают возможность признания лица невиновным. Одного совершенного доказательства достаточно для осуждения, но его может заменить несколько несовершенных доказательств. Совершенные доказательства — это собственное признание подсудимого, личный осмотр, мнение экспертов, показания двух достоверных свидетелей и очистительная присяга⁵. Как видим, совершенные доказательства — это доказательства, которые мы сегодня назвали бы прямыми и первоначальными. Принцип свободной оценки доказательств судом по своему внутреннему убеждению исключает такую заданность критериев оценки, однако научная классификация доказательств на основании объективно существующих признаков не имеет ничего общего с теорией формальной оценки.

⁴ Научно-технический прогресс уже привел к появлению виртуального пространства и, соответственно, виртуальной информации, что уже сегодня вызывает сложности классификации ее источников.

⁵ Признание обвиняемого, сделанное вне суда, считалось недействительным, но если оно подтверждалось двумя свидетелями, то признавалось доказательством половинным от совершенного. См. подробнее: Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства. — Т.1. — С.182.

Классификация доказательств, то есть деление их на классы (группы, виды), имеет значение как для теории, так и для практики. Каждая классификационная группа доказательств обладает какими-либо только ей присущими свойствами. Эти свойства обуславливают общие для всех входящих в группу явлений особенности собирания, проверки и оценки доказательств. Поэтому отнесение доказательства к определенной классификационной группе дает возможность понять его природу с учетом характеристики, свойственной всей группе, правильно оценить и использовать это доказательство. Классификация позволяет систематизировать вырабатываемые наукой и практикой знания о доказательствах, что, в свою очередь, обеспечивает удобство их изучения.

§2. Доказательства прямые и косвенные

Деление доказательств на прямые и косвенные имеет своим основанием их отношение к устанавливаемому обстоятельству. Прямое доказательство указывает на доказываемое обстоятельство прямо, непосредственно, одноступенчато. Содержание прямого доказательства и есть доказываемый факт. Например, свидетель-очевидец рассказывает об обстоятельствах наблюдавшегося им преступления. Его показания прямо указывают на те события, которые он описывает. Прямое доказательство — это прямое усмотрение факта (или, как раньше говорили, прямое усмотрение истины).

Косвенное доказательство указывает на доказываемое обстоятельство не прямо, не непосредственно, но опосредованно. Оно указывает на какой-то другой факт, который сам по себе не имеет юридического значения, но посредством определенного ряда вытекающих из него выводов косвенное доказательство позволяет подтвердить искомый факт. Если свидетель описывает не само совершение преступления, а его последствия, например, он видел, как подозреваемый уходил (или убежал) с места совершения преступления, из этого может быть сделан вывод о возможности совершения им преступления.

В то же время данный свидетель прямо указывает на факт удаления подозреваемого с места совершения преступления, следовательно, по отношению к этому факту его показания считаются прямым доказательством. Таким образом, любое доказательство одновременно является и прямым, и косвенным. Прямо указывая на какой-либо промежуточный факт, доказательство в то же время является косвенным по отношению к тому главному факту, который может быть установлен с

помощью этого промежуточного факта путем ряда последовательных выводов.

Например, свидетельскими показаниями устанавливается ссора на почве ревности между супругами. Показания свидетеля — прямое доказательство факта ссоры, из которого может быть сделан вывод о наличии мотива к совершению убийства. Наличие ссоры — косвенное доказательство ревности, ревность — косвенное доказательство совершения ревнивцем убийства.

Классификация уголовно-процессуальных доказательств на прямые и косвенные, таким образом, зависит от того, что мы принимаем за точку отсчета, то есть за основание классификации. Однако по вопросу об основаниях этой классификации в теории уголовного судопроизводства единого мнения так и не выработано. Часть ученых считает, что основанием классификации является отношение доказательства к предмету доказывания, другие же полагают, что к главному факту. Отталкиваясь от понятия «обязанность доказывания», сформулированного в статье 14 УПК РФ, можно считать, что предметом доказывания по уголовному делу является виновность лица в совершении преступления. Виновность лица может быть установлена разными способами в зависимости от содержания подтверждающих ее доказательств. Прямое доказательство связывает определенное лицо с фактом совершения преступления. Косвенное доказательство связывает лицо не с фактом совершения преступления, а с каким-либо другим (промежуточным) фактом, из которого можно сделать вывод о совершении обвиняемым преступления⁶. Если за основание классификации мы берем главный факт, понимаемый только как факт совершения лицом преступления, следует признать, что значительная часть доказательств носит характер косвенных или вообще не поддается такой классификации, находится за пределами деления доказательств на прямые и косвенные⁷.

Вряд ли такой подход к классификации доказательств может считаться обоснованным. Поскольку главный факт — это не вся совокупность подлежащих доказыванию обстоятельств, а лишь часть их, то рассматриваемое основание классификации не соответствует одному из условий любой научной классификации, так как не охватывает всех классифицируемых явлений.

⁶См.: Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. — Т.1. — С.377.

⁷Там же. — С.384.

С другой стороны, главный факт состоит не из какого-то одного факта, он включает в себя, как мы видели, множество фактов, образующих в своей совокупности состав преступления. Каким считать доказательство, которое прямо устанавливает место или время совершения преступления⁸? Может ли существовать такое доказательство, которое способно прямо и непосредственно устанавливать весь состав преступления? Размышления над этими вопросами приводят к выводу, что за основание деления доказательств на прямые и косвенные не может быть принят ни предмет доказывания, ни его главный факт. Таким основанием является отношение доказательства к каждому конкретному, единичному доказываемому обстоятельству или, говоря языком логики, к доказываемому тезису.

Деление доказательств на прямые и косвенные обусловлено существованием различных путей установления тех или иных обстоятельств. В целом можно утверждать, что путь прямого доказывания проще и короче, чем путь косвенного доказывания. Связь прямого доказательства с предметом доказывания очевидна, она проста и в дополнительном обосновании не нуждается. «Объективная связь таких фактов с предметом доказывания — это связь части и целого... Здесь задача сводится лишь к установлению достоверности сведений об этом факте», — пишет один из основных исследователей косвенных доказательств А.А.Хмыров⁹. Содержание прямого доказательства — сведения об обстоятельстве, подлежащем доказыванию¹⁰.

⁸ Отвечая на этот вопрос утвердительно, А.И.Трусов привел как пример прямого доказательства показания потерпевшего о том, что его ограбили неизвестные лица. Другие авторы (А.И.Винберг, Г.М.Миньковский, Р.Д.Рахунов) все такие доказательства относили к косвенным. Возражая им, М.С.Строгович обоснованно заявил, что это доказательство не является ни прямым (в нем нет указания на виновное лицо), ни косвенным (в нем нет доказательственного факта). См.: Строгович, М.С. Указ. соч. — С.384.

⁹ См.: Хмыров, А.А. Косвенные доказательства/А.А.Хмыров. — М.: Юридическая литература, 1979. — С.12.

¹⁰ Исходя из двойственного определения понятия доказательства, М.С.Строгович полагал, что деление доказательств на прямые и косвенные касается только доказательств как источников сведений о фактах: прямое доказательство — это источник сведений о главном факте, косвенное — источник сведений о доказательственном факте. Доказательства-факты (доказательственные факты), по мнению ученого, могут быть только косвенными доказательствами. В прямых доказательствах доказательственные факты отсутствуют. — См.: Строгович, М.С. Указ. соч. — С.377.

Путь косвенного доказывания более сложен. Содержанием косвенного доказательства являются сведения о факте, не входящем в предмет доказывания, то есть о промежуточном факте, поэтому связь косвенного доказательства с предметом доказывания не проста, не очевидна, опосредованна. Обнаружив косвенное доказательство и установив достоверность его содержания, следователь может ни на шаг не приблизиться к цели доказывания. Связь косвенного доказательства с делом может оказаться случайной, видимой, маловероятной. Поэтому доказывание на основе косвенных доказательств требует не только установления опосредованной связи их содержания с предметом доказывания и достоверности этого содержания, но и объективной связи между самими косвенными доказательствами.

Итак, основанием деления доказательств на прямые и косвенные служит наличие или отсутствие непосредственной связи между содержанием доказательства и подлежащим доказыванию обстоятельством. **Прямые доказательства** — это доказательства, которые прямо, непосредственно, одноступенчато устанавливают обстоятельства, подлежащие доказыванию. Содержанием прямого доказательства являются сведения об обстоятельствах предмета доказывания. **Косвенные доказательства** — это доказательства, которые устанавливают промежуточные факты, посредством которых путем умозаключений можно прийти к выводу о существовании главного факта¹¹.

Рассмотрим характерные особенности косвенных доказательств.

1. Связь содержания косвенного доказательства с обстоятельствами дела всегда многозначна. Косвенное доказательство не позволяет сделать однозначный, то есть категорический вывод о существовании доказываемого обстоятельства; вытекающий из него вывод всегда носит характер предположения. Так, наличие следов крови на одежде подозреваемого в убийстве еще не означает его виновности в совершении преступления, но правдоподобно объясняет происхождение этих следов.

2. С учетом сказанного одно косвенное доказательство не может служить надежным средством установления какого-либо обстоятельства. Доказывание на основе косвенных доказательств требует, чтобы каждый промежуточный факт был установлен несколькими доказательствами.

3. Доказывание на основе косвенных доказательств в силу многозначности их связи с доказываемым фактом нуждается в гораздо боль-

¹¹ Главный факт здесь понимается как обстоятельство, подлежащее доказыванию.

шей совокупности доказательств, чем при использовании прямых доказательств. Это обусловлено тем, что каждое косвенное доказательство должно быть, во-первых, проверено с точки зрения достоверности его содержания, во-вторых, сопоставлено с другими доказательствами, содержание которых направлено на установление того же факта.

4. Косвенное доказательство способно служить надежным средством доказывания лишь в том случае, если оно находится в определенной взаимосвязи с другими доказательствами. Наличие такой взаимосвязи проявляется в совпадении выводов, вытекающих из косвенных доказательств, полученных из различных источников, и отсутствии возможности сделать иной вывод из имеющейся совокупности доказательств.

5. Относимость косвенного доказательства на начальном этапе доказывания всегда лишь вероятна, поскольку его связь с обстоятельствами дела может быть обнаружена лишь через сопоставление с другими такими же доказательствами. Существующая опасность утраты этой информации вследствие неправильной оценки ее относимости требует внимательного отношения к отбору поступающих органу расследования сведений.

Хотя, как было сказано, прямым или косвенным путем могут устанавливаться любые элементы предмета доказывания, следует признать, что деление доказательств на прямые и косвенные имеет значение исключительно для доказывания виновности. Поэтому даже те ученые, которые называют главный факт в качестве основания классификации доказательств, вынуждены сужать это понятие применительно к рассматриваемому аспекту до факта совершения лицом преступления¹². Для доказывания именно виновности органы расследования привле-

¹² Так, М.С.Строгович, трактующий главный факт достаточно широко, как совокупность А. 1) события преступления и обстоятельств его совершения, 2) совершения преступления обвиняемым, 3) наличия вины, то есть умысла или неосторожности в действиях обвиняемого, 4) обстоятельств, отягчающих и смягчающих ответственность обвиняемого, 5) обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого, а также Б. 1) фактов, опровергающих какой-либо из фактов группы А, и 2) обстоятельств, устраняющих возбуждение или влекущих прекращение уголовного преследования, и называющий основанием деления доказательств на прямые и косвенные их отношение к главному факту, тем не менее пишет, что «прямыми и косвенными доказательствами являются именно те, которые относятся к установлению виновности или невиновности». «Все косвенные доказательства по делу должны приводить к одному-единственному выводу — о виновности обвиняемого — и должны исключать возможность всякого иного вывода». Строгович, М.С. Указ. соч. — С.369,384, 387.

кают огромное количество косвенных доказательств. В целях решения именно этой проблемы наукой была создана специальная теория улик — совокупность научно обоснованных рекомендаций использования косвенных доказательств для обоснования вины¹³. Поэтому мнение о том, что основанием классификации доказательств является характер связи доказательства с фактом совершения преступления (главным фактом), можно с определенными оговорками считать верным.

Рассмотрим использование косвенных доказательств на примере уголовного дела об убийстве пожилой женщины с корыстной целью.

Первоначальное подозрение пало на К. в связи с тем, что он имел судимость и на рукаве его куртки были обнаружены следы крови.

Для изобличения подозреваемого использовались следующие доказательства:

- Показания почтальона, разносившего пенсию, о том, что накануне убийства потерпевшая получила 70 рублей пенсии, в том числе 50 рублей одной купюрой, что являлось достаточно редким для села;

- показания свидетеля, согласно которым подозреваемый накануне убийства просил у него деньги в долг для покупки деревянного сруба в соседней деревне;

- показания другого свидетеля о том, что на следующий день после совершения преступления у подозреваемого он видел 50-рублевую купюру.

Взятые изолированно друг от друга, эти доказательства могли и не иметь связи с преступлением, но в своей совокупности они позволяли сформулировать предположение о совершении подозреваемым этого преступления.

Это предположение подтверждала другая группа полученных доказательств:

- в ходе осмотра с места происшествия изъят стул с мягкой поверхностью;

- согласно заключению эксперта, на мягкой поверхности стула имеются микрочастицы следов наложения посторонних тканей;

- у подозреваемого изъяты брюки, в которые он был одет в день происшествия;

¹³ См. об этом, например: Гродзинский, М.М. Улики в советском уголовном процессе/М.М.Гродзинский //Ученые записки Всесоюзного института юридических наук. — М., 1944; Шаламов, М.П. Теория улик/М.П.Шаламов. — М.: Госюриздат, 1960; Винберг, А.И. Косвенные доказательства в советском уголовном процессе/А.И. Винберг, Г.М. Миньковский, Р.Д. Рахунов. — М.: Госюриздат, 1956.

- сравнительное исследование брюк подозреваемого и микрочастиц следов наложения посторонних предметов на стуле, изъятом в доме потерпевшей, показало их полную идентичность;

- в доме потерпевшей (в частности, на ковше для воды) обнаружены отпечатки пальцев рук подозреваемого.

Еще одна группа доказательств была направлена на опровержение показаний матери подозреваемого о том, что ее сын пришел домой с пастбища в 19-00 и больше не отлучался. Убийство же совершено около 21-00.

- Сожительница подозреваемого показала, что в вечер убийства он приходил к ней и ушел около 20-30;

- изготовленная при осмотре места происшествия схема свидетельствовала, что путь от дома сожительницы к дому матери подозреваемого мог пролегать мимо дома убитой;

- в ходе следственного эксперимента установлено, что время движения от дома сожительницы до дома матери занимает от 20 до 25 минут.

Точно так же последовательно опровергались объяснения самого подозреваемого о том, что он оставил следы в доме потерпевшей за два дня до убийства, поскольку заходил к ней поговорить о ее сыне. В частности, в доме не был обнаружен альбом с фотографиями, который подозреваемый якобы рассматривал вместе с потерпевшей.

Совокупность взаимосвязанных косвенных доказательств вела к одному выводу и не оставила в конечном итоге места для сомнений. К. признан виновным и осужден. Что же касается первоначальной подозрительной улики — следов крови на рукаве куртки, то она, как выяснилось, не принадлежала человеку.

Деление доказательств на прямые и косвенные не является свидетельством превосходства одних перед другими. Прямые доказательства не лучше косвенных, они так же, как и косвенные, подлежат проверке и оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности и достаточности. Переоценка значения прямых доказательств чаще всего и приводит к недостаточности совокупности доказательств. Как верно заметил А.А.Хмыров, «значение прямого доказательства столь же очевидно, сколь очевидны и последствия его недостоверности»¹⁴. Недостоверность косвенного доказательства не имеет таких губительных последствий. Предубеждение части практических работников против

¹⁴ Хмыров, А.А. Косвенные доказательства. — С. 141.

косвенных доказательств как доказательств не вполне надежных, неспособных привести к достоверному выводу, основано на незнании правил обращения с косвенными доказательствами, неумении группировать доказательства и делать логические выводы из комплексов доказательств, желании упростить процесс доказывания путем получения прямого доказательства. Желание иметь прямые доказательства, лучше всего — признание обвиняемым своей вины — отголоски той самой теории формальных доказательств, о которой речь шла выше. Пытаясь противостоять продолжению практики поиска лишь совершенных доказательств, Иван Яковлевич Фойницкий писал, что «деление доказательств на такие, которыми прямо и непосредственно удостоверяется искомое обстоятельство (прямые доказательства), и такие, из которых лишь при помощи умозаключений можно сделать вывод об искомом по связи их с последним (косвенные доказательства), не может быть признано правильным»¹⁵. Ученый обращал внимание на то, что умозаключение от доказательства к доказываемому обстоятельству не свойственно одним только косвенным доказательствам. Прямые доказательства также требуют логической деятельности суда, то есть свободной оценки доказательств. Полностью разделяя это мнение, мы не можем согласиться с отказом от деления доказательств на прямые и косвенные в связи с наличием объективных различий в характере их связи с доказываемым обстоятельством.

Оценка доказательства как прямого или косвенного может меняться в зависимости от содержания предмета доказывания. Например, угроза убийством является косвенным доказательством по делу об убийстве и прямым по делу о вымогательстве, совершенном с угрозой применения насилия. Обнаружение у обвиняемого пистолета — косвенное доказательство по делу об убийстве, но прямое по делу о хранении огнестрельного оружия.

В литературе обсуждается вопрос о доказательственном значении так называемых улик поведения и подобных фактов.

Улики (доказательства) поведения — это такие действия обвиняемого, которые свидетельствуют о знании им обстоятельств преступления или о стремлении уклониться от следствия и суда, а также ввести следствие или суд в заблуждение. Например, обвиняемый уничтожает следы преступления — протирает места возможного нахождения отпечатков своих пальцев, стирает окровавленную одежду, коротко стрижет

¹⁵ Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства. — Том 1. — С.194.

или обгрызает ногти, инструктирует свидетеля или потерпевшего перед допросом и т.д. Такие особенности поведения обвиняемого в целом позволяют выдвинуть предположение о его причастности к преступлению, то есть считать их косвенными доказательствами. Однако нельзя забывать, что психологическим детерминантом такого поведения является стремление избежать не только ответственности за преступление, но и самого обвинения в преступлении. Такое поведение в равной мере характерно для лица как совершившего, так и не совершившего преступление. Поэтому доказательственная ценность улик поведения крайне низка и в определенной мере зависит от времени их проявления — до начала уголовного преследования лица или после. Но в любом случае они не могут подменить собой объективных доказательств совершения преступления.

Тем более не является доказательством (пусть даже косвенным) и не может быть принята во внимание при оценке доказательств манера поведения обвиняемого на допросе, а также его отказ от дачи показаний. Встречающееся в следственной и судебной практике стремление истолковать поведение обвиняемого в связи с производством по уголовному делу как желание уйти от уголовной ответственности следует рассматривать как пережиток прошлого опыта, имеющего явно выраженный обвинительный уклон. Поведение обвиняемого может лишь служить основанием для постановки перед ним дополнительных или проверочных вопросов, ориентирует на более тщательный поиск доказательств. Предотвращая возможную ошибку, ч. 6 ст. 340 УПК РФ обязывает председательствующего обратить внимание коллегии присяжных на то, что отказ подсудимого от дачи показаний или его молчание в суде не имеют юридического значения и не могут быть истолкованы как свидетельство виновности подсудимого.

Подобные факты — это установленное сходство способа совершения нескольких преступлений, использование аналогичных приемов нападения или проникновения в хранилище, выбор места, времени, жертвы преступления, позволяющие сделать предположительный вывод о совершении серии преступлений одним лицом. Подобные факты, являющиеся следствием сформированного динамического стереотипа, играют неоценимую роль в раскрытии преступлений, позволяют предвидеть и предотвратить следующее преступление. Но могут ли они использоваться в качестве доказательств? По мнению Г.М. Миньковского, совпадение способа совершения преступления может рассматриваться в качестве косвенного доказательства, поскольку и все другие косвенные доказательства позволяют высказать лишь предположе-

ние. Однако автор подчеркивает, что только на «подобных фактах», как и «уликах поведения», основывать вывод о виновности недопустимо¹⁶. Например, доказав совершение обвиняемым одного преступления, нельзя осудить его еще за ряд преступлений, совершенных аналогичным способом.

В теории было предложено считать разновидностью косвенных доказательств так называемые вспомогательные доказательства (оценочные и ориентирующие). С этим трудно согласиться. Ни те, ни другие не являются ни прямым, ни косвенным подтверждением факта совершения преступления, но с их помощью прямо или косвенно могут быть установлены другие факты, имеющие значение для дела. Например, факт родственных отношений свидетеля и обвиняемого или факт нахождения свидетеля на месте преступления.

Деление доказательств на прямые и косвенные касается не только обвинительных, но и оправдательных доказательств. Косвенные обвинительные доказательства называются уликами¹⁷, косвенные оправдательные доказательства называют иногда противоуликами¹⁸. Наиболее значимым прямым оправдательным доказательством является алиби (лат. *alibi*), то есть нахождение обвиняемого в момент совершения преступления в другом месте. В то же время само алиби может быть установлено не только путем прямых доказательств (очевидцы свидетельствуют о присутствии обвиняемого в определенное время в определенном месте), но и косвенным путем (свидетели видели не самого обвиняемого, а, например, его машину). Поэтому пока алиби не опровергнуто, обвинение не может считаться доказанным. Круг косвенных оправдательных доказательств может быть достаточно широк. Например, по делу М., обвиняемого в умышленном убийстве двух и более лиц спо-

¹⁶ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.277.

¹⁷ Ранее на основе этимологического значения слова «улика» (от «уличать») было высказано мнение о том, что улика - это любое обвинительное доказательства, то есть как прямое так и косвенное. См. Строгович, М.С. Материальная истина и судебные доказательства в уголовном процессе/М.С.Строгович. — М.,1955. — С.247.

¹⁸ Используемый ранее М.М.Гродзинским (см. Указ соч. — С.102), А.А.Хмыровым (Указ.соч. — С.8), этот термин в наши дни пытается реанимировать И.Н. Макагон. См.:Макагон, И.Н. Обоснование вины обвиняемого и подозреваемого путем построения комплексов улик: дис. ... канд. юрид. наук /И.Н.Макагон. — Самара, 2006.

собом, опасным для жизни многих людей, оправдательными доказательствами являются:

- факт получения его братом телесных повреждений, причинивших вред здоровью средней тяжести, от действий потерпевших;
- факт поступления на телефонный номер обвиняемого звонков с телефонного номера брата в момент его избияния;
- отсутствие какого-либо иного мотива совершения обвиняемым инкриминируемых ему действий;
- беспорядочный и неприцельный характер стрельбы;
- добровольная явка обвиняемого с повинной.

Будучи установленными, эти факты в своей совокупности свидетельствуют о наличии в действиях обвиняемого признаков необходимой обороны.

§3. Доказательства первоначальные и производные

Деление доказательств на первоначальные и производные в своей основе имеет отношение доказательств к источнику сведений или, как говорят авторы «Теории доказательств», наличие или отсутствие промежуточного носителя доказательственной информации. Первоначальными являются доказательства, полученные от (из) первоисточника сведений об обстоятельствах дела. Производные доказательства – это доказательства, полученные от промежуточного носителя информации.

Первоначальными доказательствами являются:

- показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего о совершенных действиях или лично воспринятых обстоятельствах дела. Первоначальные показания свидетеля принято называть показаниями очевидца, что подчеркивает наличие непосредственной связи субъекта и сохраняемой его памятью информации;
- заключение эксперта, заключение специалиста, а также показания эксперта и специалиста, содержащие результаты лично произведенных экспертом исследований, а также ответ специалиста на поставленные перед ним вопросы, требующие специальных знаний;
- вещественные доказательства, образовавшиеся непосредственно в результате совершения преступления;
- протоколы следственных действий и протокол судебного заседания;
- подлинники иных документов, отражающие сведения, непосредственно воспринятые их авторами.

Общим для всех этих видов доказательств является отсутствие опосредующего звена между источником сведений и устанавливаемыми этими сведениями фактами.

К производным доказательствам относятся следующие:

- показания лиц, содержащие сведения, полученные от других лиц или из какого-либо прочитанного ими материала;
- копии документов,
- слепки и оттиски, отображающие материальные следы преступления — отпечатков ног, обуви, протекторов шин, орудий взлома, изготовленные в ходе следственных действий.

В определенной мере производными являются документы, составленные на основе других документов. Такими являются, например, справки о зарплате, болезни, составе семьи. Они составлены на основе ведомости о начислении заработной платы, истории болезни или карточки стационарного/амбулаторного больного и т.п.

Во всех перечисленных случаях между устанавливаемым фактом и источником информации имеются промежуточные звенья. Степень производности такого доказательства может быть различна, например, свидетель получает информацию не от очевидца события, а из вторых или третьих рук. Однако такая производность, конечно же, не может быть бесконечной.

Характерной особенностью образования производного доказательства, как отмечается в теории, является ретрансляция информации, означающая, что производное доказательство формируется: а) позже первоначального, б) на основе первоначального. При этом содержание производного доказательства зависит не только от содержания первоначального, но и от общих закономерностей передачи и восприятия информации, действующих на каждом этапе ретрансляции. Каждый раз при передаче информации происходит ее преобразование как по форме, так и по содержанию. В этом процессе неизбежны утрата определенной части информации и искажение другой ее части. Так, в судебном заседании по делу С. свидетель — врач скорой помощи — говорит: «В комнате никого живых не было». Секретарь судебного заседания старательно записывает: «В комнате никого не было. На диване лежал труп». Очевидно, что полученная от данного свидетеля информация подверглась искажающему воздействию со стороны ранее полученной секретарем информации. И такому искажению информация подвергается на каждом этапе перехода от одного источника к другому. Именно поэтому степень производности доказательства не может

быть слишком большой — велика опасность такого искажения сведений, при котором они перестают соответствовать действительности.

Иногда к производным доказательствам относят так называемые подобные предметы или предметы-аналоги, используемые взамен отсутствующего оригинала. Например, нож или пистолет того же типа для установления групповой принадлежности оставленных оригиналом следов¹⁹. Имеющие значение для установления обстоятельств дела и поиска оригинала, предметы-аналоги не являются производными доказательствами в силу отсутствия *свойства производности*, то есть зависимости его характеристик от характеристик оригинала. Подобные предметы не несут в себе информации о преступлении²⁰. Они несут информацию о собственных свойствах и признаках, имеющих определенное сходство с признаками предмета, который мог бы стать вещественным доказательством в случае его обнаружения. Такие предметы можно рассматривать как материализованное описание или модель объекта, использованного в ходе совершения преступления.

Значение деления доказательств на первоначальные и производные заключается в различной степени убедительности следующих из них выводов.

- Производное доказательство всегда должно вызывать сомнения в своей достоверности в силу уже известных нам особенностей ретрансляции информации.

- Отнесение доказательства к производному требует обязательного поиска первоисточника, обнаружение которого ведет одновременно к проверке как производного, так и первоначального доказательства.

- Производное доказательство может использоваться для проверки, корректировки и оценки первоначального. Сомнения в первоначальном доказательстве могут быть устранены или, напротив, усилены с помощью доказательства производного.

- Производное доказательство используется как средство дополнения первоначального, например, в случае забывания очевидцем каких-либо деталей.

¹⁹ См.: Орлов, Ю.К. Указ. соч. — С.115-116. Еще раньше эта мысль была обоснована А.М.Лариным. См.: Ларин, А.М. Указ. соч. — С.53 и сл.

²⁰ Заметим, что необходимость использования подобных предметов возникает при обнаружении объектов, использовавшихся при совершении преступления, то есть при отсутствии самого вещественного доказательства. Поэтому производного от него доказательства быть не может. Подобный предмет — это своего рода материализованное описание орудия преступления, похищенного имущества и т.п.

- Производное доказательство является средством обнаружения первоначальных. Например, о свидетелях-очевидцах сообщают лица, которым известно о расследуемом событии со слов последних.

- Производное доказательство может использоваться вместо первоначального при невозможности использования последнего (громоздкое вещественное доказательство) или его утрате. Обязательным условием использования таких доказательств является изложенное в ст. 75 УПК РФ требование известности источника первоначальной информации.

Рассмотрим несколько характерных в этом отношении примеров.

Кинельским районным судом Самарской области рассматривалось уголовное дело по обвинению К. в убийстве. К. ссылаясь на алиби, которое полностью подтвердилось. Однако свидетель А. показала, что через несколько дней после обнаружения убийства К. приходил к ее мужу и рассказывал ему не только об обстоятельствах самого преступления, им совершенного, но и о месте, где он спрятал орудие преступления — нож. Проверка показаний этого свидетеля, носящих, безусловно, производный, со слов обвиняемого, характер, привела к обнаружению вещественного доказательства — орудия совершения преступления. С помощью других доказательств было установлено, что нож принадлежит обвиняемому, а обнаруженные на нем следы крови — потерпевшему. Муж свидетельницы на очной ставке с ней подтвердил ее показания.

Самарский областной суд при рассмотрении уголовного дела по обвинению А. и П. в убийстве и разбойном нападении на Б. столкнулся с самооговором со стороны несовершеннолетнего П., который заявил, что удар ножом, от которого умер потерпевший, нанес именно он, а не А., ранее трижды судимый, в том числе и за разбойное нападение с вовлечением в его совершение несовершеннолетнего.

Изобличению А. способствовали показания свидетеля — матери убитого Б. Со слов сына, которого следователь не успел допросить, она описала внешние характеристики напавших на него и указала на одного из них как на лицо, нанесшее удар ножом. Описанные ею признаки полностью совпадали с признаками внешности именно А. (он существенно старше, выше, одет в пиджак), а не пятнадцатилетнего невысокого роста П., на котором в тот день была только рубашка. Особое доверие к показаниям этого свидетеля вызвало то обстоятельство, что указанные признаки внешности она описала до, а не после задержания подозреваемых и именно ее описание послужило основанием их обнаружения и задержания.

Приведенные примеры свидетельствуют о недопустимости пренебрежительного или недоверчивого отношения к производным доказательствам без тщательной их проверки и сопоставления с другими имеющимися в деле доказательствами. Производные доказательства в результате проверки могут иногда оказаться более достоверными, чем первоначальные.

§4. Доказательства обвинительные и оправдательные

В основе деления доказательств на обвинительные и оправдательные лежит их отношение к обвинению. **Обвинительные доказательства** — это доказательства, которые уличают, изобличают обвиняемого в совершении преступления, устанавливают его вину или усиливают его ответственность. **Оправдательные доказательства** — это доказательства, которые опровергают обвинение, устанавливают невиновность или меньшую виновность обвиняемого, а также обстоятельства, смягчающие его ответственность.

Деление доказательств на обвинительные и оправдательные, ранее рассматриваемое как проявление принципа полного, всестороннего и объективного исследования обстоятельств дела, сегодня правомерно считать выражением принципа состязательности уголовного судопроизводства, в силу которого каждая из сторон вправе представлять суду доказательства, подтверждающие ее позицию и опровергающие позицию противоположной стороны. Это не означает, что оправдательные доказательства появляются в уголовном деле только в результате действий стороны защиты, а органы предварительного расследования, выполняющие функцию уголовного преследования, собирают и представляют суду лишь обвинительные доказательства. Статья 73 УПК РФ обязывает их устанавливать обстоятельства, исключаяющие преступность и наказуемость деяния, обстоятельства, смягчающие наказание, а также обстоятельства, которые могут повлечь освобождение от уголовной ответственности и наказания. Доказывание обвинения невозможно без выдвижения, проверки и опровержения противоречащих обвинению версий. Следователь обязан удовлетворить ходатайства стороны защиты о проведении следственных действий, способных привести к выявлению обстоятельств, имеющих значение для дела (ст. 119 УПК), и указать в обвинительном заключении, на какие доказательства ссылаются обвиняемый и его защитник. Состязательность уголовного судопроизводства, таким образом, не отменяет требования все-

стороннего исследования обстоятельств дела, напротив, она служит способом его обеспечения.

Назвав основанием классификации отношение доказательств к обвинению, мы вовсе не имеем в виду, что доказательства, которые непосредственно не связаны с обвинением, не поддаются этой классификации. Обвинительными являются доказательства, подтверждающие само событие преступления или отдельные признаки его объективной стороны, устанавливающие размер вреда, причиненного преступлением, позволяющие квалифицировать деяние как более тяжкое. Оправдательными же являются доказательства, которые свидетельствуют не только о непричастности обвиняемого к совершению преступления, но и об отсутствии общественной опасности совершенного им деяния, об отсутствии требуемых для материального состава преступления последствий, о том, что наступившие последствия не охватывались умыслом обвиняемого, о неспособности лица нести ответственность за содеянное ввиду невменяемости, об истечении срока давности уголовного преследования и т.д. Иными словами, оправдательными являются все те доказательства, которые исключают возможность привлечения лица к уголовной ответственности.

Отношение доказательства к обвинению может не иметь очевидного характера, лишь прямые доказательства в силу своей связи с главным фактом могут быть сразу отнесены к обвинительным или оправдательным. Значение косвенных доказательств проявляется лишь во взаимосвязи с другими доказательствами и по мере их накопления может меняться. Вспомним, в приведенном выше примере обнаружение следов крови на рукаве куртки К. послужило обвинительным доказательством и обусловило возникновение подозрения в отношении этого лица. Впоследствии выяснилось, что кровь не имеет человеческого происхождения и доказательство, таким образом, утратило свой обвинительный характер. Отсутствие на одежде подозреваемого следов крови при определенных обстоятельствах может рассматриваться как оправдательное доказательство. Такой характер имело это обстоятельство в деле С., поскольку его версия о причастности Л. к убийству его жены опровергалась отсутствием следов крови на одежде и в сумочке Л., хотя по обстоятельствам дела возможность их обнаружения при совершении Л. этого преступления была более чем вероятна.

Не всегда сразу можно определить обвинительный или оправдательный характер вспомогательных доказательств. Например, показания свидетеля о наличии на месте совершения преступления других очевидцев или об обстоятельствах производства следственного действия.

На первый взгляд такие доказательства нейтральны, они не изобличают, но и не оправдывают. Однако при оценке этих доказательств в совокупности с другими их объективный характер становится понятен. Если с помощью показаний свидетеля мы обнаруживаем обвинительное доказательство, то и помогающее его найти доказательство представляется ориентированным на обвинение. Доказательства, свидетельствующие о нарушении требований УПК при проведении, например, обыска, объективно являются оправдательными, поскольку уменьшают объем обвинительных доказательств.

Оценивая доказательства, необходимо также учитывать, что одно и то же доказательство может иметь различный характер. Например, место и время совершения преступления по общему правилу относимы к обвинительным, так как устанавливают объективную сторону состава преступления. Однако при заявлении подозреваемого об алиби точные место и время совершения преступления могут играть роль оправдательных доказательств. Мотив преступления — ревность — является не только косвенным обвинительным доказательством совершения преступления, но и оправдательным, поскольку смягчает ответственность обвиняемого, исключает возможность квалификации убийства как совершенного при отягчающих обстоятельствах.

Принимая во внимание, что оправдательные доказательства используются для защиты обвиняемого, правомерно называть их также защитительными доказательствами или доказательствами защиты.

Доказательства защиты имеют в уголовном процессе особый статус, обусловленный общим благоприятствованием стороне защиты как менее сильной по сравнению со стороной обвинения. Следователь обязан выяснить у обвиняемого, имеет ли он ходатайство о дополнении предварительного следствия, а также о том, какие свидетели, эксперты и специалисты подлежат вызову в судебное заседание для подтверждения позиции стороны защиты (ч.4 ст.217), перечислить эти доказательства в обвинительном заключении (п.6 ч.1 ст.220). Прокурор не вправе исключить этих лиц из списка лиц, подлежащих вызову в судебное заседание (п.3 ч.2 ст.221), а суд не вправе отказать в допросе свидетелей и специалистов, явившихся по инициативе стороны защиты (ч.4 ст.271). Обязанность доказывания недопустимости оправдательных доказательств также лежит на стороне обвинения (ч.4 ст.235).

Обвинительные доказательства являются единственным средством установления виновности обвиняемого в совершении преступления. Поэтому к ним предъявляются жесткие требования соответствия закону процедуры их получения и закрепления, то есть допустимости.

Обвинительный приговор может быть основан только на достаточной для обоснования выводов совокупности достоверных обвинительных доказательствах, которые получены законным способом.

§5. Доказательства личные и вещественные

В основе деления доказательств на личные и вещественные лежат особенности информационных процессов при образовании доказательств (механизм их образования) и связанные с этим особенности их собирания и использования в процессе доказывания. В самом общем виде личные доказательства — это информация (сообщение), исходящая от лиц, вещественные доказательства — материальные предметы и документы. Однако по вопросу об основаниях этой классификации в науке также нет единого мнения. Одни авторы, считая что личные доказательства — это сообщения, исходящие от лица, относят к ним показания, заключение эксперта, протоколы следственных действий и иные документы, то есть все виды доказательств, кроме вещественных. Другие же не соглашались с таким мнением, считая, что вещественные доказательства — один из компонентов исходящих от граждан доказательств и что не все протоколы следственных действий и иные документы имеют характер личных доказательств²¹. М.С.Строгович вообще не признавал деления доказательств на личные и вещественные, считая, что это ведет к их противопоставлению²². Так есть ли объективные различия между двумя группами доказательств и в чем они заключаются? Рассмотрим поставленный вопрос путем анализа и сравнения отдельных видов доказательств.

К личным доказательствам, бесспорно, следует отнести все виды предусмотренных УПК РФ показаний — свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, эксперта и специалиста. Своё название эта группа доказательств получила в связи со своим происхождением — сведения об интересующих следствие и суд обстоятельствах исходят от лиц, имеющих эту информацию. Но каким образом эти лица становятся обладателями сведений? Отвечая на этот вопрос, ученые пришли к выводу о наличии объективных различий в самом характере инфор-

²¹ См.: Горский, Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — С.118.

²² См.: Строгович, М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. — С.311.

мации, особенностях ее образования, а соответственно, сохранения и передачи. Доказательство образуется в результате взаимодействия двух систем — события преступления и окружающей его среды — идеальной и материальной²³. Принято считать, что информация, заключенная в памяти людей (свидетелей, потерпевших), носит знаковый характер; она выражена (закодирована) в системе условных знаков — слов, посредством которых эта информация передается от одного субъекта другому. Сообщения, исходящие от людей — продукт их сложной психической деятельности. Образная картина наблюдаемого человеком (отпечатавшегося в его памяти) события не может быть сохранена, воспроизведена и передана в неизменном виде. Она преобразуется сознанием человека в систему знаков, символов, позволяющих это событие описать. С учетом сказанного **личные доказательства** чаще всего определяют как сформулированные людьми сообщения о воспринятых ими событиях, представляющие собой словесно оформленный психический образ этих событий.

Вещественное же доказательство возникает в результате взаимодействия преступления с материальным миром: событие оставляет свои следы на его объектах, например, на проезжей части дороги, ее ограждении, транспортном средстве, предметах одежды пострадавшего и т.п. Информация, заключенная в материальной обстановке, существует в виде физических признаков и свойств и переносится в материалы уголовного дела в своем первоначальном не преобразованном (не перекодированном) виде. Изготовленные со следов преступления слепки и оттиски являются продуктами элементарного, как говорят некоторые авторы, отображения.

Различия в характере идеальных и материальных следов преступления обуславливают приемы извлечения из этих следов информации, способы ее закрепления, сохранения и проверки. Существенные различия имеются в оценке личных и вещественных доказательств. Подробно эти особенности будут рассмотрены позднее на примере отдельных видов доказательств.

К личным доказательствам, кроме показаний, принято относить также составленные людьми документы. Документ тоже представляет собой результат психической деятельности человека, выраженной и зафиксированной в знаковой форме. Например, такой документ, как

²³ Подробно о доказывании как отражательном и информационном процессе см.: указанные ранее работы Р.С. Белкина, А.И. Винберга, В.Д. Арсеньева, В.Я. Дорохова, А.Р. Ратинова, А.И. Трусова, И.М. Лузгина и других авторов.

характеристика личности обвиняемого, есть сложный результат психической деятельности автора характеристики, отражающий субъективное восприятие личности, поступков обвиняемого как самим автором, так и другими лицами. Признаками личных доказательств, безусловно, обладают и протоколы следственных действий (обыска, осмотра, следственного эксперимента, предъявления для опознания и т.п.), в которых в знаковой форме зафиксированы результаты непосредственного восприятия следователем, дознавателем, прокурором наглядно-образной и предметно-пространственной информации. В знаковой же форме выражена информация, выявленная, исследованная и истолкованная экспертом. В этом смысле заключение эксперта — тоже личное доказательство.

Возражения против разделения личных и вещественных доказательств основаны на том, что рассмотренные виды информации не существуют изолированно друг от друга. В процессе доказывания информация постоянно подвергается преобразованию из одного вида в другой.

Рассмотрим с этих позиций вещественные доказательства. **Вещественное доказательство** представляет собой материальный объект (предмет или документ), сохраняющий в себе следы преступления в виде определенных физических признаков, свойств, характеристик. Например, орудие преступления — пистолет со следами недавнего выстрела в его стволовой части или отпечатками пальцев рук на поверхности, обнаруженный в машине подозреваемого. Его доказательственное значение, заключающееся в названных физических признаках (следы выстрела, отпечатки пальцев, место обнаружения), может быть выявлено лишь путем обнаружения и закрепления этой информации экспертом и следователем в протоколе обыска, в ходе которого обнаружен пистолет, в протоколе его осмотра, заключении эксперта. Однако и протоколы следственных действий, и заключение эксперта сохраняют информацию путем ее описания в знаковой форме, в связи с чем они отнесены к личным доказательствам.

В свою очередь, личные доказательства имеют признаки, сближающие их с вещественными доказательствами. Заключение эксперта часто основано на восприятии им предметной информации — того же орудия преступления, предметов, сохраняющих на себе следы преступления. Путем описания в знаковой форме эксперт лишь обеспечивает возможность получения субъектами уголовного процесса той информации, которая не может быть воспринята ими непосредственно без преобразования ее с помощью применения специальных знаний, методов и инструментов. Первичная информация, отраженная в заключении эксперта, таким образом, имеет не знаковый, а физический,

материальный характер. То же самое можно сказать о протоколе следственного действия. В протоколе осмотра места происшествия в знаковой форме зафиксирована предметно-пространственная информация. Показания потерпевшего могут сопровождаться рисунками, изготовлением планов, схем, чертежей. Такой способ передачи воспринятой информации отличается от ее словесного описания.

Таким образом, между личными и вещественными доказательствами нет четкой непроходимой границы. Содержащаяся в следах преступления информация передается органу расследования и суду многократно преобразованной по форме, что не может не влиять на ее содержание и должно учитываться при оценке доказательств. Однако деление доказательств на личные и вещественные все же имеет объективные основания в виде механизма первичного воздействия преступления на идеальную и материальную отражающие среды. С учетом различий этого механизма практикой выработаны, наукой истолкованы и обоснованы, а законодателем закреплены различные способы обнаружения, извлечения, закрепления, сохранения, проверки и оценки различных видов доказательств. В этом и проявляется значение рассмотренной классификации.

При желании классификация доказательств может быть продолжена. Личные доказательства существенно отличаются друг от друга механизмом их образования. Среди них могут быть выделены такие группы доказательств, как: а) показания участников процесса, б) заключения эксперта и специалиста, в) протоколы следственных действий, г) иные документы. В свою очередь, показания делятся на виды с учетом различий в статусе и особенностях восприятия информации обвиняемым, подозреваемым, потерпевшим, свидетелем. Не одинакова природа доказательств, основанных на использовании специальных знаний (заключение эксперта и заключение специалиста) и способе передачи ими информации (заключения и показания). Имеются объективные различия между протоколами следственных действий как доказательствами (протокол осмотра), способами отражения факта получения доказательств (протокол выемки) и способами сохранения информации (протоколы допроса).

Имеют деление на более мелкие группы и вещественные доказательства, среди которых выделяют следующие: а) орудия преступления, б) предметы, которые сохранили на себе следы преступления, в) объекты, на которые были направлены преступные действия, г) деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, д) иные предметы, на которые были направлены преступные действия.

ГЛАВА 7. Показания

§1. Показания подозреваемого

Показания подозреваемого, как гласит ст. 76 УПК, — это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства в соответствии с требованиями ст. 187-190 УПК РФ. Таким образом, показания подозреваемого представляют собой один из видов личных доказательств, обладающих всеми присущими этим доказательствам свойствами.

В то же время показания подозреваемого существенно отличаются от других личных доказательств. Своеобразие этого вида доказательств объясняется особенностями субъекта показаний: подозреваемый — это лицо, в отношении которого начато и осуществляется уголовное преследование. Поэтому в науке принято считать, что показания подозреваемого так же, как и показания обвиняемого, имеют двойственную юридическую природу. С одной стороны, показания подозреваемого — один из видов доказательств, с другой — средство защиты подозреваемого от возникшего подозрения. Поскольку в силу конституционных положений о презумпции невиновности и праве на защиту никто не обязан свидетельствовать против самого себя, дача подозреваемым показаний является его правом, но не является обязанностью. Сказанное означает, что подозреваемый вправе отказаться от дачи показаний вообще или от ответа на какие-либо конкретные вопросы. Он не может быть принужден каким-либо образом к даче показаний и не несет уголовной ответственности за дачу показаний, заведомо для него являющихся ложными. В связи с этим весьма важно определить **круг лиц, на которых распространяется указанная гарантия.**

В соответствии со ст. 46 УПК РФ, подозреваемым является лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело; которое задержано по подозрению в совершении преступления и к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения. Однако рассмотренный ранее конституционно-правовой смысл понятия подозреваемого позволяет учитывать не только формальное процессуальное, но и факти-

ческое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование.

Руководствуясь приведенным выше толкованием понятия подозреваемого, во всех спорных ситуациях, связанных с определением объема предоставляемых процессуальных прав и гарантий, в том числе в процессе дачи показаний, следует исходить не из формального понятия подозреваемого, а из его конституционно-правового смысла. Поэтому в качестве показаний подозреваемого следует рассматривать показания не только лица, в отношении которого возбуждено уголовное дело, которое задержано по подозрению в совершении преступления, к которому применена одна из мер пресечения, но и в отношении которого соответствующими органами совершены предусмотренные законом действия, направленные на установление факта совершения им преступления. Показания такого лица должны рассматриваться как показания подозреваемого независимо от того, в каком качестве это лицо было фактически допрошено. Оценка допустимости показаний этого лица зависит от того, были ли предоставлены этому лицу надлежащие процессуальные гарантии права на молчание: имело ли это лицо должное представление о своем процессуальном статусе и было ли обеспечено ему гарантированное Конституцией РФ право на получение помощи адвоката-защитника.

Ранее уже отмечалась нечеткость законодательного регулирования вопроса о моменте приобретения лицом статуса подозреваемого. Но не менее сложен и момент окончания пребывания лица в этом статусе. Так, вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого лица, к которому до предъявления обвинения была применена мера пресечения, создает своеобразную коллизию процессуальных статусов. Лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого, формально уже не является подозреваемым, но фактически остается таковым до предъявления ему обвинения, и этот срок в соответствии со ст. 172 УПК РФ может длиться до 3 суток. Если в 10-дневный срок с момента применения меры пресечения обвинение не предъявлено, эта мера, как следует из ч. 1 ст. 100 УПК РФ, немедленно отменяется. Применение этого правила не вызывает затруднений, если речь идет о заключении под стражу: суд, прокурор, следователь, орган дознания, дознаватель обязаны немедленно освободить всякого содержащегося под стражей свыше установленного законом срока (ч. 2 ст. 10 УПК РФ). Однако в иных случаях необходимости в специальном постановлении об отмене меры пресечения может и не возникнуть. Такие меры пресечения, как подписка о невыезде, залог,

личное поручительство, просто перестают действовать. Очевидно, поэтому в следственной практике обнаруживаются неотменные до окончания расследования постановления о применении меры пресечения, что является грубой ошибкой. Если окажется, что подозреваемый по истечении 10-дневного срока уехал с места постоянного или временного жительства, это не может быть расценено как сокрытие или воспрепятствование производству по делу. На личного поручителя не может быть наложено денежное взыскание, а залог не может быть обращен в доход государства и подлежит возврату залогодателю. В то же время истечение срока действия меры пресечения не лишает лицо процессуальных гарантий, вытекающих из статуса подозреваемого, при возникновении необходимости его допроса.

Предмет показаний подозреваемого определяется целями, которые преследуют при допросе как следователь (дознатель), так и сам подозреваемый. Основная цель допроса подозреваемого с точки зрения органа расследования состоит в проверке правильности возникшего подозрения и восполнении пробелов в доказательствах, препятствующих предъявлению обвинения. Цель дачи показаний подозреваемым может быть различна: снять с себя возникшее подозрение, уменьшить его объем, объяснить мотивы своих действий, облегчить душу чистосердечным признанием. С учетом сказанного предмет показаний подозреваемого не исчерпывается обстоятельствами расследуемого преступления. Показания подозреваемого — это не только доказательство в собственном смысле слова, но и средство защиты подозреваемого. Поэтому еще до начала допроса подозреваемому должно быть разъяснено, в совершении какого преступления он подозревается. Это вытекает из обязанности органа расследования разъяснить задержанному (ч.1 ст.92) его права, предусмотренные ст. 46 УПК РФ, вручить подозреваемому копию постановления о возбуждении в отношении него уголовного дела либо копию протокола задержания или постановления о применении меры пресечения.

В предмет показаний подозреваемого входят все обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст.73), а также обстоятельства, послужившие основанием для подозрения (ст. 91,97), однако по сравнению с показаниями обвиняемого предмет показаний подозреваемого не столь широк. С одной стороны, к моменту его допроса обстоятельства, подлежащие доказыванию, еще не вполне ясны, поскольку допрос следует почти немедленно после возбуждения уголовного дела или задержания подозреваемого. С другой стороны, самому

подозреваемому не ясен предмет его показаний, поскольку обвинение еще не сформулировано и тактика защиты окончательно не определена. Поэтому допрос подозреваемого часто носит общий, не слишком конкретизированный характер. Вопросы органа расследования и показания подозреваемого сосредоточены, главным образом, на обстоятельствах, послуживших основаниями задержания подозреваемого (ст.91 УПК РФ), возбуждения уголовного дела (ст.140) или применения меры пресечения (ст.97).

В то же время подозреваемый вправе включить в предмет своих показаний объяснения по поводу любых обстоятельств, которые считает имеющими значение для защиты своих интересов. Он вправе выдвигать и аргументировать собственные версии, предлагать следователю произвести те или иные следственные действия, указывать на документы, содержащие важную с его точки зрения информацию, сообщать о месте нахождения орудий преступления или объектов преступной деятельности, месте захоронения трупа и т.п. Защищая себя, подозреваемый вправе указать следователю на других лиц, предположительно причастных к совершению преступления. Он вправе высказывать собственную оценку тем доказательствам, на которых основано возникшее против него подозрение. Орган расследования не вправе отказать подозреваемому в возможности дать показания обо всем, что подозреваемый считает нужным сообщить. Пункт 6 ст.190 УПК предусматривает, что ходатайство допрошенного о дополнении протокола допроса подлежит обязательному удовлетворению.

Надо сказать, что УПК РФ не предусматривает право подозреваемого собственноручно записать свои показания в протоколе допроса после того, как следователь составит протокол, хотя прежнему УПК такое правило было известно. Право собственноручной записи своих показаний является важной гарантией того, что все, имеющее с точки зрения подозреваемого (обвиняемого) значение для дела, будет зафиксировано в его материалах. Поэтому отсутствие указания на возможность собственноручной записи показаний не может быть истолковано как прямой запрет.

Право подозреваемого (обвиняемого) давать показания означает обязанность следователя обеспечить реализацию этого права. Не случайно ч.5 ст.190 предусматривает право подозреваемого изготавливать собственноручно схемы, чертежи, рисунки, диаграммы, подлежащие приобщению к протоколу. Что же касается исходящей от лица знаковой информации, законодатель посчитал достаточной гарантией тре-

бование, по возможности, дословной ее записи в протоколе (ч.2 ст. 190). Отказ следователя дословно (исключая ненормативную лексику) записать показания подозреваемого (обвиняемого) может повлечь отказ подозреваемого от дачи показаний. Кроме того, подозреваемый (обвиняемый) вправе приложить к протоколу допроса (к материалам уголовного дела) собственноручно написанное изложение своих объяснений. Собственноручная запись подозреваемым своих показаний в протоколе допроса, как видим, не противоречит другим положениям Уголовно-процессуального кодекса.

Итак, **показания подозреваемого** можно определить как устное сообщение, сделанное на допросе лицом, в отношении которого возбуждено уголовное дело, задержанным по подозрению в совершении преступления, лицом, к которому применена мера пресечения или в отношении которого совершены действия, направленные на установление причастности его к совершению преступления, об обстоятельствах, вызвавших подозрение и послуживших основанием для применения указанных мер, а также обо всех обстоятельствах, имеющих значение для разрешения уголовного дела.

Значение показаний подозреваемого состоит в том, что они позволяют органу расследования проверить правильность возникшего подозрения о причастности лица к совершению преступления, получить дополнительное доказательство, которое в совокупности с другими доказательствами может быть использовано для формулирования обвинения. Показания подозреваемого являются одной из важнейших форм реализации права на защиту, пользуясь которой подозреваемый рассеивает возникшее подозрение, уменьшает степень и объем общественной опасности деяния, в котором он подозревается, оказывает влияние на дальнейшее направление расследования. Значение этого вида доказательства состоит в том, что информация о расследуемом преступлении исходит от его непосредственного (действительного или предполагаемого) участника, располагающего первоначальной и чаще всего полной информацией о событии преступления и всех сопутствующих ему обстоятельствах.

Особое значение показания подозреваемого имеют по уголовным делам о преступлениях, расследуемых в форме дознания. В этом случае показания подозреваемого — это единственное доказательство, исходящее от лица, совершившего, по версии дознавателя, преступление.

§ 2. Показания обвиняемого

Показания обвиняемого — это сведения, сообщенные лицом, привлеченным в качестве обвиняемого, на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями ст. 173, 174, 187 — 190 и 275 УПК РФ. Показания подсудимого, таким образом, в самостоятельный вид доказательств не выделяются.

Специфика показаний обвиняемого (как и подозреваемого) определяется особенностями субъекта, отвечающего по предъявленному обвинению, т.е. защищающегося от него. Обвиняемым является лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого или вынесен обвинительный акт. Во втором случае показания обвиняемого появляются, как правило, лишь в судебном разбирательстве, поскольку вынесение обвинительного акта означает и появление в деле обвиняемого, и окончание предварительного расследования в форме дознания. Лишь в исключительных случаях, когда к подозреваемому применена мера пресечения — содержание под стражей, а в десятидневный срок обвинительный акт не составлен, дознаватель может предъявить ему обвинение и допросить в качестве обвиняемого в общем порядке, предусмотренном главой 23 УПК РФ (ч.3 ст.224).

Показания обвиняемого, как и показания подозреваемого, имеют двойственную юридическую природу: они являются и видом доказательств, и средством защиты от предъявленного лицу обвинения. В свое время в теории была высказана мысль о необходимости различать показания обвиняемого как сообщение о фактах и объяснения как средство защиты²⁴. Однако эта идея не была воспринята большинством авторов. Разграничение показаний и объяснений весьма условно, поскольку сообщения обвиняемого о фактах тесно переплетаются с его объяснением этих фактов, а средством защиты являются не только объяснения обвиняемого (включая оценочные суждения), но и сообщения о фактических обстоятельствах дела²⁵. Сообщения обвиняемого о подлежащих доказыванию обстоятельствах и его объяснения (интерпретация) этих обстоятельств — две стороны, две грани одного и того же явления.

²⁴ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.599.

²⁵ См.: Строгович, М.С Курс советского уголовного процесса. — Т I. — С.414.

Предмет показаний обвиняемого обусловлен содержанием постановления о привлечении его в качестве обвиняемого. Обвиняемый в первую очередь дает показания по поводу предъявленного ему обвинения, поэтому предъявление обвинения всегда предшествует допросу обвиняемого, в том числе и в суде: согласно ст. 273, судебное следствие начинается с изложения государственным обвинителем предъявленного подсудимому обвинения, а по делам частного обвинения — с изложения заявления частным обвинителем. Это не исключает права обвиняемого давать показания обо всех подлежащих доказыванию и имеющих, с его точки зрения, значение для дела обстоятельствах, высказывать свои версии и предположения, оценивать имеющиеся в деле доказательства.

Центральной частью показаний обвиняемого является вопрос о том, признает ли он себя виновным, с которого начинается допрос обвиняемого (ч.2 ст.173, ч.2 ст.273). С учетом ответа на этот вопрос показания обвиняемого принято делить на признание вины (подтверждение предъявленного обвинения, согласие с ним) и отрицание вины, то есть несогласие с предъявленным обвинением. Практика уголовного судопроизводства свидетельствует о недопустимости одностороннего подхода к оценке показаний обвиняемого. Признание обвиняемым вины не является доказательством его виновности, а отрицание вины не свидетельствует о том, что он не виновен, однако ошибки в оценке показаний обвиняемого продолжают иметь место.

Переоценка доказательственного значения этого вида доказательств уходит корнями в далекое инквизиционное прошлое, когда в период господства теории формальных доказательств признание вины рассматривалось как лучшее, совершенное доказательство, «царица доказательств». Под влиянием таких воззрений находились и правоохранительные органы СССР в период массовых репрессий²⁶.

²⁶ В своей «Теории судебных доказательств» А.Я.Вышинский после пространных рассуждений о том, что обвиняемый не должен рассматриваться как единственный и самый достоверный источник истины, признал, что в судебных процессах о заговорах, преступных сообществах, антисоветских, контрреволюционных организациях и группах объяснения обвиняемого «неизбежно приобретают характер и значение основных доказательств, важнейших, решающих доказательств». Вышинский, А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве /А. Я. Вышинский. — М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1946. — С.298, 209.

Учитывая достаточно распространенные до сих пор ошибки, состоящие в переоценке доказательственного значения признания обвиняемым своей вины, законодатель сформулировал известное правило о том, что признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств (ч.2 ст.77 УПК РФ).

При этом само признание вины должно быть получено в условиях, исключающих любые сомнения в его добровольности. Учитывая, что дача показаний для обвиняемого является его правом, а не обязанностью, п.3 ч.4 ст.47 УПК РФ предусматривает, что при согласии обвиняемого дать показания он должен быть предупрежден, что его показания могут быть использованы в качестве доказательства по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного п.1 ч.2 ст.75 УПК РФ. Гарантией добровольности признания закон считает участие в допросе обвиняемого защитника, поскольку оно означает, что лицо давало показания, будучи знакомым со своими правами, в том числе с правом отказаться от дачи показаний без каких-либо неблагоприятных юридических последствий. Никакие показания обвиняемого, полученные в отсутствие защитника, даже когда обвиняемый отказался от помощи защитника, не могут рассматриваться в качестве допустимого доказательства, если обвиняемый впоследствии откажется их подтвердить. Эта формулировка закона многими практическими работниками встречена с большим неодобрением.

«И показания, данные обвиняемым на досудебной стадии, и отличные от них показания, данные им в суде, не должны иметь для суда заранее установленной силы. Те и другие показания надо оценивать прежде всего по их содержанию, а не с точки зрения того, в каком месте они получены: в кабинете следователя или в зале судебных заседаний», — пишет старший следователь ФСБ С.А.Новиков²⁷, странным образом не замечая, что дело вовсе не в месте, а в процедуре получения показаний: судебная процедура в отличие от несудебной гарантирует свободу обвиняемого в распоряжении своими правами, включая право на дачу показаний.

В практике распространено стремление к расследованию с наименьшими затратами процессуальных средств, сил и знаний. Самый

²⁷ Новиков, С.А. Показания обвиняемого в современном уголовном процессе России/С.А.Новиков. — СПб: Издательский Дом СПб ГУ, 2004. — С.129.

простой способ раскрытия преступления — получение прямого обвинительного доказательства, т.е. признания обвиняемого в совершении преступления. Ради достижения этой цели органы расследования изобретают различные ухищрения, не останавливаясь порой перед нарушением закона. Одним из наиболее распространенных нарушений в недалеком прошлом был допрос подозреваемого, обвиняемого в отсутствие защитника под предлогом отказа этого лица от юридической помощи. Причем отказ зачастую являлся следствием неосведомленности подозреваемого, обвиняемого о своих правах, то есть был вынужденным. Теперь такие нарушения исключены, ибо они обесмыслены²⁸.

Кроме того, закон дополнительно предусмотрел гарантию самого права подозреваемого, обвиняемого отказаться от дачи показаний. В случае отказа обвиняемого от показаний он может быть повторно допрошен лишь по его просьбе (ч.4 ст.173), чем исключаются повторные допросы в целях заставить обвиняемого признать вину²⁹.

Устанавливая эти правила, законодатель последовательно проводит в жизнь постулат, известный и УПК РСФСР 1960 года: «никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы», в том числе не имеют заранее установленной силы и показания обвиняемого

²⁸ Надо сказать, что практика подтверждает старое мудрое изречение: благими намерениями вымощена дорога в ад. Отказ законодателя от использования показаний обвиняемого, полученных в отсутствие защитника, замышлявшийся как гарантия права на защиту, превращен практикой в свою противоположность. Следователь и дознаватель отказываются от допроса подозреваемого, обвиняемого в отсутствие защитника даже при наличии ясно выраженного отказа от его участия со стороны подозреваемого или обвиняемого, и принимают меры к тому, чтобы любой ценой обеспечить участие в допросе адвоката. Такая практика вызывает множество юридических и этических проблем, рассмотрение которых далеко выходит за рамки темы настоящего исследования. Однако понятно, что принудительное навязывание защиты не имеет ничего общего с действительными гарантиями этого права и продиктовано пресловутым стремлением «закрепить признание вины».

²⁹ Практика не избавилась от этого порока окончательно. Так, следователи считают возможным при отказе подозреваемого или обвиняемого от дачи показаний прибегать к такому средству давления на них, как очная ставка, цель которой — заставить обвиняемого выслушать уличающие его показания. В ходе этого следственного действия, несмотря на изначальный отказ обвиняемого от дачи показаний, следователь упорно продолжает задавать ему вопросы и, записывая их в протоколе очной ставки, многократно фиксировать желание обвиняемого воспользоваться ст.51 Конституции РФ.

независимо от того, признает ли он свою вину. Обвиняемый считается невиновным, пока его вина не будет установлена вступившим в законную силу обвинительным приговором суда, обязанность доказывания его вины лежит на обвинителе. Обвинение должно быть обосновано достаточными и достоверными доказательствами независимо от того, какие показания дает сам обвиняемый. Вводя такие правила, новый закон ставит перед обвинительной властью **задачу научиться доказывать обвинение, не прибегая к помощи обвиняемого.**

Отказ от придания показаниям обвиняемого особого значения продиктован также возможностью самооговора, под которым понимается ложное признание вины. Самооговор имеет множество причин, обусловленных сложностью человеческой личности и человеческих взаимоотношений. Так, по описанному в разделе о классификации доказательств уголовному делу по обвинению А. и П. в разбойном нападении и умышленном убийстве автору, принимавшему в этом деле участие в качестве государственного обвинителя, пришлось защищать 15-летнего П. от него самого и доказывать, что признание им вины в убийстве является ложным, что он был вовлечен в разбойное нападение неоднократно судимым за аналогичные преступления и признанным особо опасным рецидивистом А. и оговаривает себя ради спасения последнего от смертной казни. В другом деле о групповом изнасиловании и умышленном убийстве несовершеннолетний В. аналогичным путем пытался защитить более взрослого организатора преступления Р., поскольку тот собирался вступить в брак с сестрой В.

Рассматривая показания обвиняемого, необходимо учитывать, что доказательственное значение имеет не сам факт признания или отрицания обвиняемым своей вины, а та конкретная информация об обстоятельствах, имеющих значение для дела, располагать которой может лишь лицо, причастное к его совершению, осведомленное о нем. В то же время причастность к преступлению не означает еще виновного совершения лицом этого преступления.

Отрицание обвиняемым своей вины далеко не всегда свидетельствует лишь о желании избежать уголовной ответственности или смягчить грозящее ему наказание. Обвиняемый может отрицать юридическую оценку своих действий как преступных, однако фактически подтверждать совершение тех действий, которые образуют состав преступления. И наоборот, обвиняемый может признавать себя виновным, хотя совершенные им действия не образуют состава преступления. Увлеченный единственной обвинительной версией, следователь зачастую не видит, что она явно противоречит не только показаниям обвиняемого, но и другим имеющимся в деле доказательствам.

Характерным в этом отношении является уголовное дело по обвинению М.

В декабре 2004 года М. был похищен группой лиц с целью получения выкупа и более 3 недель содержался в качестве заложника. В связи с достигнутым между братьями М. и представителем похитителей С. соглашением о размере выкупа М. был освобожден, после чего он обратился в правоохранительные органы с заявлением о привлечении виновных лиц к уголовной ответственности. Следствием была установлена причастность С. к похищению и вымогательству, в связи с чем ему было предъявлено обвинение. 16 марта 2005 года, когда С. после очной ставки с М. подъехал к своему дому, неизвестным лицом на него и водителя его автомашины было совершено покушение с применением огнестрельного оружия, в результате которого С. и водитель получили огнестрельные ранения, причинившие тяжкий вред здоровью. Неоднократно допрошенный уже в качестве потерпевшего С. категорически отрицал предположение о возможной причастности М. к покушению на его жизнь.

В начале августа 2005 года М. был задержан по подозрению в другом преступлении. В тот же день С. меняет свои показания и утверждает, что узнал в стрелявшем в него человеке М., однако боялся сообщить об этом, пока М. оставался на свободе. Аналогичным образом изменили свои показания и другие свидетели происшествия, проживавшие в доме С. в качестве обслуживающего персонала и являющиеся его дальними родственниками. На основании этих показаний следователь объединил два уголовных дела в одно производство и предъявил М. обвинение не только в событиях, имевших место в августе 2005 года, но и в покушении на убийство С. и его водителя.

При рассмотрении уголовного дела судом показания С. и упомянутых выше свидетелей не нашли своего подтверждения. В суде было установлено бесспорное алиби М. на тот момент, когда произошло покушение на убийство С., и прокурор отказался от обвинения М. в этой части. Важно, однако, отметить, что никаких новых доказательств, подтверждающих непричастность М. к покушению на С., в судебном заседании получено не было. Обвиняемый на одном из самых первых допросов назвал всех лиц, с которыми он находился в момент покушения на убийство С., все они были допрошены и подтвердили алиби М. еще на предварительном следствии. Очевидной была и сомнительность показаний потерпевшего, использовавшихся им для оказания давления на М. в целях изменения им показаний в деле о его похищении.

Расследуя второй эпизод, имевший место в августе 2005 года, следователь также проигнорировал показания обвиняемого М. о том, что он произвел несколько неприцельных выстрелов в сторону неизвестных лиц с целью защиты старшего брата А., находясь в состоянии сильного душевного волнения, вызванного полученной по телефону информацией об избиении брата неизвестными лицами, которые, как он полагал, были причастны к его похищению. Следствие предъявило М. обвинение в умышленном убийстве М-на, совершенном общеопасным способом, а также в покушении на убийство общеопасным способом двух и более лиц – П. и С., которым был причинен вред здоровью средней тяжести. Между тем собранными по делу доказательствами подтверждалось, что выстрелы, произведенные М., угрозы другим лицам не создавали, желания причинить смерть кому-либо из потерпевших обвиняемый не имел.

Оценив эти доказательства, суд квалифицировал действия М. по ч. 1 ст. 105 (убийство без отягчающих обстоятельств) и пункту «а» ч. 2 ст. 112 (причинение вреда здоровью средней тяжести). Однако обвинение в покушениях на умышленное убийство 4 лиц, совершенных при отягчающих обстоятельствах, с которым уголовное дело поступило на рассмотрение суда, создавало ошибочное впечатление об обвиняемом как об опасном и жестоком преступнике, что не могло не оказать своего влияния на приговор, вынесенный судом по единственному признанному им доказанным эпизоду³⁰.

С учетом сказанного имеет смысл напомнить о том, что ни одно доказательство не имеет для суда ни заранее установленной силы, ни преимуществ перед другими доказательствами. Показания любого лица – обвиняемого, потерпевшего, свидетеля – являются не более чем одним из доказательств, подлежащим тщательной и всесторонней проверке и оценке в совокупности со всеми другими сведениями, полученными при производстве по уголовному делу.

³⁰ Приговором Самарского областного суда от 1 августа 2006 года М. назначено наказание в виде 11 лет лишения свободы, он признан виновным в умышленном убийстве М-на и причинении вреда здоровью средней тяжести С. и П., хотя обвинялся органами предварительного расследования в покушении и на их убийство тоже. Определением Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 10.11.2006 года приговор отменен ввиду несоответствия выводов суда установленным им обстоятельствам дела, свидетельствующим о наличии в действиях М. признаков необходимой обороны. В настоящее время дело находится в стадии повторного рассмотрения судом первой инстанции.

Показания обвиняемого, подозреваемого, данные при производстве предварительного следствия, могут быть оглашены и исследованы в судебном заседании лишь в строго ограниченных законом случаях. Это возможно, в частности, когда уголовное дело рассматривается в отсутствие подсудимого в соответствии с ч.4 и 5 ст.247 УПК РФ. В отсутствие подсудимого суд вправе рассмотреть уголовное дело лишь по ходатайству самого подсудимого по делу о преступлении небольшой и средней тяжести (ч.4). В исключительных случаях возможно заочное рассмотрение уголовного дела о тяжких и особо тяжких преступлениях, если подсудимый находится за пределами территории Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к уголовной ответственности на территории иностранного государства³¹. При этом участие защитника является обязательным, а приговор, вынесенный судом заочно, может быть отменен по ходатайству осужденного или его защитника в порядке, предусмотренном главой 48 УПК РФ, то есть в порядке надзора. Эта процедура вызывает множество вопросов, ответ на которые позволит дать только практика.

Показания подозреваемого, обвиняемого могут быть оглашены в судебном заседании также в случае отказа обвиняемого от дачи показаний в суде и при обнаружившихся существенных противоречиях между показаниями, данными в судебном заседании и на предварительном следствии. Однако во всех случаях оглашение ранее данных показаний допускается лишь при условии, что показания подсудимого на предварительном следствии были получены с соблюдением всех установленных для его допроса правил.

Значение показаний обвиняемого многогранно. Показания обвиняемого являются важнейшим средством защиты от обвинения, используя которое обвиняемый не только опровергает версию обвинения, но и излагает свою интерпретацию события, сообщает о внутренних побуждениях (мотивах) к совершению тех или иных действий. Его показания облегчают установление субъективной стороны состава преступления, выяснение формы вины, содержания и направленности умысла, характера неосторожности.

Обвиняемый вправе выдвигать свою версию события, излагать оценку других доказательств, давать иное объяснение установленным фактам. Поэтому они неопределимы как средство проверки версии обвине-

³¹ Заочное рассмотрение уголовного дела введено законом РФ от 27 июля 2006 года.

ния. Отрицание обвиняемым своей вины является стимулом к поиску доказательств, а признание способствует обнаружению других доказательств, изобличению других лиц, раскрытию других преступлений.

Признание вины, выразившееся в явке с повинной, активном содействии раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску имущества, добытого в результате преступления, является юридически значимым обстоятельством, оно смягчает ответственность и учитывается судом при назначении наказания (п. «и» ч.1 ст.61, ст. 62 УК РФ).

В ряде случаев закон предусматривает согласие обвиняемого в качестве условия принятия того или иного решения. Например, прекращение уголовного дела по так называемым нереабилитирующим основаниям (истечение давности, примирение с потерпевшим, деятельное раскаяние) невозможно без согласия на то обвиняемого. Рассмотрение уголовного дела в особом, предусмотренном главой 40 УПК порядке требует согласия обвиняемого с предъявленным ему обвинением. Некоторые авторы склонны рассматривать такое согласие как признание вины³².

УК РСФСР придавал правовое значение такому виду показаний обвиняемого, как оговор заведомо невиновного, который рассматривался как отягчающее вину обстоятельство. Новым УК РФ такое отягчающее обстоятельство не предусмотрено, очевидно, с учетом того, что обвиняемый не несет уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, а оценить заведомую ложность его показаний можно лишь в приговоре, основанном на анализе всех обстоятельств дела, да и то не всегда. Вспомним описанное в начале работы уголовное дело по обвинению К. и Е. в умышленном убийстве путем удушения потерпевшей с целью сокрытия факта ее изнасилования. Из показаний обвиняемого К. следовало, что он видел, как Е., сидя на потерпевшей, сдавливал ее шею руками. По показаниям Е., душил потерпевшую именно К., а он, то есть Е., лишь имитировал удушение. Показания каждого из обвиняемых, защищающихся от предъявленного им обвинения, могут быть оговором, однако не исключено, что один из них или оба говорят правду. Поэтому обвиняемый не несет уголовной ответственности за не соответствующие действительности показания об обстоятельствах, составляющих предмет предъявленного ему обвинения.

³² См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник /отв. ред. П.А.Лупинская. – С.265.

В то же время следует согласиться, что ложные показания обвиняемого по тем фактам, которые не входят в предъявленное ему обвинение, в отношении которых он не подозревается, в том числе и по другому уголовному делу, могут повлечь уголовную ответственность³³. Однако вопрос этот не так прост, поскольку обвиняемому может быть не ясно отсутствие связи между обвинением и другими выясняемыми следователем обстоятельствами.

§3. Показания свидетеля и потерпевшего

Показания свидетеля — наиболее распространенный вид доказательств, без которого не обходится ни одно уголовное дело. Во многих делах свидетельские показания являются единственной возможностью узнать обстоятельства исследуемого события, установить совершившее преступление лицо, поэтому они имеют в уголовном процессе исключительно важное значение.

Статья 79 УПК РФ определяет показания свидетеля как сведения, сообщенные им на допросе в ходе досудебного производства и в суде в соответствии с требованиями ст.187-191 и 278 УПК РФ. Свидетель может быть допрошен о любых относящихся к уголовному делу обстоятельствах, в том числе о личности обвиняемого, потерпевшего и своих взаимоотношениях с ними и другими свидетелями. Таким образом, **показания свидетеля** — это устное сообщение, сделанное свидетелем на допросе об известных ему обстоятельствах, имеющих значение для дела. Показания свидетеля — это личное доказательство; оно является результатом отражения сознанием свидетеля непосредственно воспринятых им обстоятельств, чем и объясняется ценность этого вида доказательств.

Свидетель — это лицо, не причастное к совершению преступления, то есть предположительно не имеющее интереса к сокрытию обстоятельств дела. В связи с этим перед свидетелем не могут быть поставлены вопросы, уличающие его самого в совершении преступления. Показания свидетеля о совершенных им неправомερных действиях, полученные в условиях отсутствия у лица должного представления о своем статусе, включающем право не отвечать ни на какие вопросы, являются недопустимым доказательством. Право свидетеля не отвечать на

³³ Там же. — С.268.

вопросы уличающего характера носит название «привилегии против самообвинения».

В качестве свидетелей не могут быть допрошены также лица, обладающие конфиденциальной информацией в силу своей профессиональной деятельности. Свидетельский иммунитет, то есть свободу от обязанности свидетельствовать по уголовному делу, имеют:

- судья и присяжный заседатель; они не могут быть допрошены об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу;

- священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди;

- член Совета Федерации, депутат Государственной Думы — без их согласия об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий;

- адвокат, в том числе защитник подозреваемого, обвиняемого, который не может быть допрошен об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

В последнее время в судебной практике наметилась определенная тенденция к использованию адвокатов в качестве источников доказательственной информации. Учитывая исключительную важность этого вопроса, представляется полезным проанализировать соответствующие положения Уголовно-процессуального кодекса, ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ», Кодекса профессиональной этики адвоката и высказать некоторые практические рекомендации.

Адвокат призван оказывать лицу юридическую помощь и осуществлять защиту его прав и законных интересов при производстве по уголовному делу. Являясь самостоятельным участником уголовного процесса, адвокат вправе самостоятельно определять тактику защиты, выбирать средства и методы защиты, однако не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора. Адвокат не вправе делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает. Пункт 6 ст.6 Кодекса профессиональной этики адвоката, принятого Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 года, запрещает адвокату давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей.

Освобождение адвоката от обязанности свидетельствовать служит обеспечению права каждого на неприкосновенность частной жизни,

личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ч.1 ст.23 Конституции Российской Федерации) и является гарантией того, что информация, конфиденциально доверенная лицом в целях собственной защиты только адвокату, не будет вопреки воле этого лица использована в иных целях, в том числе против него самого (ч.1 ст.24, ст.51 Конституции Российской Федерации).

Тем не менее допросы адвокатов в качестве свидетелей не такая уж редкость.

Адвокат Н. была допрошена судьей Жигулевского городского суда Самарской области в связи с тем, что подсудимый А. в судебном заседании отказался подтвердить показания, данные им на предварительном следствии в присутствии адвоката Н. Подсудимый заявил о своей непричастности к совершенному преступлению – умышленному убийству, а также о том, что он давал показания в стадии предварительного расследования под давлением со стороны органов следствия. Допрошенная по ходатайству адвоката С., осуществлявшей защиту А. в судебном заседании, адвокат Н. пояснила суду, что А. в ходе предварительной беседы перед его допросом в качестве подозреваемого заявил о своей непричастности к преступлению, но выразил намерение признать вину, так как боится, что работники ОВД задержат его сожительницу К. за якобы совершенную ею кражу. Адвокат Н. также пояснила суду, что, исполняя свой профессиональный долг, разъяснила А. право отказа от дачи показаний и нецелесообразность избранной линии поведения. Мотивируя выводы о достоверности признания А. своей вины в ходе допроса в качестве подозреваемого, суд указал, что, поскольку адвокат Н. разъяснила А. его право отказа от дачи показаний, показания последнего следует считать осознанными и добровольными.

В другом деле адвокат была допрошена судом по ходатайству государственного обвинителя в связи с необходимостью проверки заявления подсудимого о том, что его допрос в качестве подозреваемого был произведен с нарушением права на защиту. Показания подсудимого подтверждались отсутствием подписи защитника в протоколе допроса подозреваемого. Адвокат же, несмотря на разъяснение ему судом права отказаться от дачи показаний, не подтвердила заявление подсудимого, тем самым придала опровергаемым им показаниям свойство допустимости.

В обоих случаях показания адвокатов объективно способствовали изобличению подсудимых, хотя конфиденциальной информации ни тот, ни другой формально не разгласили. В связи с этим следует констатировать: каковы бы ни были субъективные намерения адвоката,

решение о даче показаний в качестве свидетеля может войти в объективное противоречие с законными интересами лица, обратившегося за оказанием юридической помощи (п. 1 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики), а потому не соответствовать предъявляемому к адвокатской деятельности требованию разумности (п. 1 ч. 1 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»).

Толкование положения ч. 3 ст. 56 УПК РФ, как ограничивающего запрет допрашивать адвокатов исключительно обстоятельствами, ставшими им известными в связи с оказанием юридической помощи от доверителя, представляется в связи со сказанным неверным. Допущение самой возможности допроса адвоката о каких-то иных обстоятельствах, ставших ему известными не от доверителя, дает органам уголовного преследования возможность устранять из дела нежелательного, то есть «слишком» настойчивого, принципиального адвоката, активно осуществляющего защиту своего доверителя. Достаточно найти формальный предлог для допроса адвоката о якобы известных ему не от доверителя событиях.

По делу о совершении Гончаровым и Поляковым преступления, предусмотренного пп. «а», «б» ч. 3 ст. 159 УК РФ (г. Санкт-Петербург), адвокату Т., осуществлявшему защиту Полякова, следователем был заявлен отвод. Основанием для отвода послужило то обстоятельство, что названный адвокат ранее по этому же уголовному делу осуществлял защиту Гончарова, интересы которого противоречат интересам Полякова, а также, как указано в постановлении об отводе адвоката, *необходимость допроса адвоката Т. в качестве свидетеля по фактам, которые стали ему известны не в связи с осуществлением защиты*³⁴.

Аналогичная ситуация возникла по известному юридической общественности делу адвоката Московской областной коллегии адвокатов В.В. Паршуткина, привлеченного к уголовной ответственности по обвинению в совершении преступления, предусмотренного ст. 152 УК РФ «Торговля несовершеннолетними». В.В. Паршуткин обратился к адвокату Е.Ю. Львовой, ранее консультировавшей В.В. Паршуткина в связи с его участием в качестве представителя стороны при рассмотрении гражданского дела об усыновлении ребенка, с просьбой о защите своих интересов. Несмотря на представленные соглашение и ордер, следователь не допустил адвоката Е.Ю. Львову к участию в деле в качестве защитника В.В. Паршуткина, *сославшись на необходимость ее доп-*

³⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2002. — № 1.

роса в качестве свидетеля о являющихся предметом расследования по этому уголовному делу обстоятельствах оказания ею юридической помощи В.В. Паршуткину в ходе их совместной работы.

По мнению прокуратуры города Москвы и Генеральной прокуратуры Российской Федерации, куда названные адвокаты обратились с жалобами, статус свидетеля является обстоятельством, исключающим участие Е.Ю. Львовой в том же деле в качестве защитника, а предусмотренная *конфиденциальности информации, полученной защитником обвиняемого, распространяется лишь на те сведения, которые стали известны ему именно в качестве защитника*, что не исключает возможность его допроса об обстоятельствах, ставших ему известными ранее, в том числе в связи с оказанием иной юридической помощи.

Определением от 6 июля 2000 г. Конституционный Суд Российской Федерации отказал в принятии жалобы гражданина В.В.Паршуткина к рассмотрению, указав, что действующее законодательство не препятствует защите прав В.В. Паршуткина, поскольку определено исходит из невозможности совмещения процессуальных функций защитника с обязанностью давать свидетельские показания по тому же делу. При этом в силу прямого указания закона участие адвоката в деле исключается, *только если ранее он допрашивался по данному делу в качестве свидетеля*. Однако поскольку адвокат Е.Ю. Львова к тому моменту, когда она оформила поручение и приняла на себя защиту В.В. Паршуткина, как свидетель не допрашивалась, названное основание для отказа ей в допуске к участию в деле или отстранения ее от защиты отсутствовало³⁵.

В другом случае судья Челябинского областного суда и судебная коллегия Верховного Суда РФ усмотрели нарушение уголовно-процессуального закона в действиях следователя, который допросил адвоката в качестве свидетеля, что повлекло его отстранение от участия в деле и нарушение права обвиняемого на защиту, настаивавшего на продолжении участия адвоката в качестве его защитника.

Оспаривая обвинение в совершении умышленного убийства в составе организованной группы по предварительному сговору на проселочной дороге в Аргаяшском районе Челябинской области, Виньков неоднократно заявлял об алиби, утверждая, что 7 февраля 1999 г., когда было совершено убийство, он якобы имел встречу с адвокатом Ти-

³⁵ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. – 2001. – № 1.

хоновым. Такие же показания давали и родственники Винькова.

Президиум Верховного Суда РФ, отменяя приговор, указал, что в соответствии с действующим законодательством *адвокат, как и любое лицо, может быть допрошен по любым обстоятельствам, за исключением тех, которые стали ему известны в связи с осуществлением защиты, т.е. со слов подзащитного или из других источников*. В данном случае адвокат Тихонов был допрошен о фактах, имевших место задолго до возбуждения дела, и, естественно, в это время ни он, ни Виньков участниками процесса не являлись. Тихонов не допрашивался по поводу сведений, полученных от обвиняемого Винькова, но только он сам мог подтвердить либо опровергнуть показания обвиняемого о якобы происшедшей встрече с ним. Таким образом, оснований считать, что эти сведения стали известны Тихонову в связи с осуществлением им защиты, суд не усмотрел.

На первый взгляд может показаться, что допрос адвоката в качестве свидетеля в рассмотренном случае соответствует интересам доверителя. Однако так дело обстоит действительно лишь на первый взгляд.

Показания адвоката теоретически могут соответствовать интересам подзащитного только в том случае, если он подтверждает заявление последнего об алиби, или, как в вышеописанных случаях, о собственном отсутствии при допросе, или о незаконном воздействии на подзащитного со стороны работников правоохранительных органов. Однако и в этом случае возникают некоторые неразрешимые, на наш взгляд, вопросы.

Допрашиваемый в качестве свидетеля адвокат должен быть предупрежден об уголовной ответственности не только за отказ, но и за дачу заведомо ложных показаний. Профессиональная же этика адвоката, которую он обязан соблюдать в силу ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», запрещает адвокату действовать вопреки законным интересам лица, обратившегося к нему за юридической помощью, занимать по делу позицию и действовать вопреки воле доверителя. Адвокат, поставленный на свидетельское место, неизбежно должен сделать выбор между гражданским долгом и профессиональной этикой, что представляется недопустимым. Какую бы позицию ни занял адвокат, его положение остается двусмысленным, а показания — сомнительными.

Подтверждение адвокатом заявления обвиняемого не может не вызывать сомнений в силу того, что адвокат в любом случае рассматривается как лицо заинтересованное. Адвокат не обязан быть объективным в оценке обстоятельств дела и поведения подсудимого, так как он не

вправе допускать высказывания, противоречащие воле доверителя. Показания адвоката, опровергающие заявление доверителя, невозможны в принципе, поскольку это нарушает право обвиняемого на защиту. Освобождение адвоката от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах и сведениях, которые ему стали известны или были доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит гарантией против такой двусмысленности, направлено на то, чтобы избежать ситуации выбора между двумя равновеликими ценностями. Вынуждать адвоката к такому выбору и безнравственно, и незаконно.

Адвокат связан обязательствами перед доверителем не только в период оказания ему юридической помощи, но и при обращении к нему за такой помощью, даже если она им не была оказана, и после завершения работы по конкретному делу. Именно поэтому в ст.56 УПК РФ речь идет не только об информации, сообщенной адвокату его доверителем, но *обо всех обстоятельствах, которые стали известны адвокату в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием*. Иное истолкование положений УПК противоречит конституционно-правовому смыслу института обеспечения обвиняемому права на защиту, включая право пользоваться помощью адвоката (защитника).

Таким образом, из всего изложенного вывод следует категорический и однозначный: *никто не вправе допрашивать адвоката об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением за любой юридической помощью любого лица или в связи с ее оказанием вне зависимости от времени, когда эта информация стала ему известна. В содержание информации, связанной с оказанием юридической помощи, включаются обстоятельства участия адвоката в процессуальных действиях*.

Вызванный кем бы то ни было для допроса, адвокат должен отказаться от дачи показаний, ссылаясь на свой свидетельский иммунитет. В сложных ситуациях даже при наличии какого-либо давления адвокат всегда может сослаться на то, что ответ на заданный ему вопрос требует разглашения информации, ставшей ему известной в связи с обращением к нему за юридической помощью. Адвокат не вправе называть даже фамилии лица, обратившегося к нему за юридической помощью, ибо и эта информация может быть использована против интересов такого лица. Адвокат при этом может быть абсолютно уверен в том, что уголовная ответственность за отказ от дачи показаний ему не грозит, если только он сам не был свидетелем какого-либо преступления.

Единственным основанием, дающим адвокату право дать свидетельские показания, является желание его доверителя предать огласке обстоятельства, связанные с получением им юридической помощи. Юридический анализ такой ситуации дан Конституционным Судом РФ в Определении от 6 марта 2003 г. в связи с жалобой гражданина Г.В.Цицкишвили.

В жалобе сообщалось о том, что ч.3 ст.56 УПК Российской Федерации была использована Перовским районным судом города Москвы в качестве основания отказа в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве свидетеля адвоката Т.В. Иргашевой для подтверждения факта фальсификации следователем материалов уголовного дела. Рассматривая жалобу, Конституционный Суд определил, что норма, содержащаяся в п.2 ч.3 ст. 56 УПК Российской Федерации (как и корреспондирующая ей норма п.2 ст.8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), направлена на защиту конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату при выполнении им профессиональных функций. Каких-либо иных целей, кроме создания условий для получения обвиняемым квалифицированной юридической помощи и обеспечения адвокатской тайны, законодатель в данном случае не преследовал.

Предусмотренное п.2 ч.3 ст.56 УПК Российской Федерации освобождение защитника от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению интересов обвиняемого и является гарантией беспрепятственного выполнения защитником возложенных на него функций; в этом заключаются смысл и предназначение указанной нормы. Освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, п.2 ч.3 ст.56 УПК вместе с тем не исключает его право дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма также не служит для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию.

В подобных случаях суды, как указал Конституционный Суд, не вправе отказывать в даче свидетельских показаний лицам, перечисленным в части третьей статьи 56 УПК Российской Федерации (в том числе защитникам обвиняемого и подозреваемого), при заявлении ими

соответствующего ходатайства. Невозможность допроса указанных лиц — при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные адвокатом сведения, — приводила бы к нарушению конституционного права на судебную защиту и искажала бы само существо данного права³⁶.

Этот же вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ и в связи с проверкой конституционности ч.8 ст.234 УПК Российской Федерации, согласно которой при рассмотрении ходатайства об исключении недопустимых доказательств в качестве свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом. Конституционный Суд РФ отметил, что установленный законом запрет обязывать лицо, обладающее свидетельским иммунитетом, давать показания относительно обстоятельств досудебного производства не исключает право такого лица дать соответствующие показания в случае, если оно согласно на это, при условии, что ему как свидетелю разъясняется возможность использования показаний в качестве доказательств по уголовному делу³⁷.

Таким образом, допрос адвоката в качестве свидетеля обусловлен наличием волеизъявления его доверителя и собственным согласием адвоката. Однако и в этом случае адвокат должен учесть возможные неблагоприятные последствия своего решения о даче свидетельских показаний, в частности, прекращение его функционирования в данном деле в качестве защитника.

Правом отказаться от дачи свидетельских показаний обладает также любое лицо, если требуемая органами расследования и судом информация касается его супруга или близких родственников, круг которых определен законом (п.4 ст.5 УПК). Однако если такой свидетель желает дать показания, ему должно быть разъяснено, что его показания могут быть использованы в качестве доказательства по уголовному делу, в том числе и в случае последующего отказа от этих показаний.

³⁶ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. — 2003. — № 4.

³⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 года №13-П //Вестник Конституционного Суда РФ. — 2004. — №4.

Вызванный на допрос свидетель обязан явиться и правдиво ответить на все поставленные ему вопросы. Свидетель не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или суда. В случае уклонения от явки без уважительных причин свидетель может быть подвергнут принудительному доставлению — приводу. Свидетель не вправе давать ложные показания либо отказываться от дачи показаний, за такое поведение свидетель несет уголовную ответственность в соответствии со ст. 307 и 308 УК РФ. Уголовная ответственность свидетеля за отказ от дачи показаний обусловлена тем, что свидетель **незаменим** в качестве источника информации о преступлении: он создается объективным ходом события. Незаменимость свидетеля означает приоритет его процессуального статуса перед другими статусами: если свидетелем преступления в силу стечения обстоятельств стал субъект уголовно-процессуальной деятельности, он не вправе осуществлять процессуальные действия. Следователь, дознаватель, судья, прокурор, специалист, эксперт, понятой, переводчик, секретарь судебного заседания подлежат отводу, если являлись свидетелями преступления, независимо оттого, были ли они уже допрошены в качестве свидетеля. Произведенные ими следственные действия должны признаваться незаконными, а полученные при этом доказательства — недопустимыми.

В практике достаточно часто возникает вопрос о правомерности производства следственных действий сотрудниками органов дознания, осуществлявшими оперативно-розыскную деятельность. Закон не допускает возложения полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному делу оперативно-розыскное мероприятие (ч.2 ст.41 УПК), однако такое лицо может быть допрошено в качестве свидетеля о наблюдаемых им при проведении оперативно-розыскного мероприятия обстоятельствах. Несмотря на это, Верховный Суд РФ в течение многих лет дает неправильную, на наш взгляд, оценку подобным ситуациям. Так, в судебном заседании по делу И., рассмотренному с участием присяжных заседателей, были допрошены в качестве свидетелей А.А.Переходенко, М.С. Сафонов, О.В.Кобозов, О.Б.Четырин, которые являются сотрудниками отдела по борьбе с организованной преступностью. В присутствии присяжных заседателей они были допрошены об обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий, участия в некоторых следственных действиях, задержания И. и получения от него информации о причастности к убийству З. и покушению на убийство Г. Как следует из кассационного определения А.А.Переходенко, кроме того, проводил по данному делу

осмотр места происшествия. Отменяя приговор, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала не на недопустимость производства этими свидетелями следственных действий, а рекомендовала суду первой инстанции решить вопрос, являются ли А.А.Переходенко, М.С.Сафонов, О.В.Кобозов и О.Б.Четырин свидетелями фактических обстоятельств дела и могут ли они быть допрошены в присутствии присяжных заседателей³⁸.

В практике также давно обсуждается вопрос о возможности использования в качестве источника доказательственной информации субъектов уголовно-процессуальной деятельности.

Как разъяснил Конституционный Суд РФ в уже упоминавшемся Постановлении от 29 июня 2004 года №13-П, положения ч.5 ст.246 и ч.3 ст.278 УПК Российской Федерации, предоставляющие государственному обвинителю право ходатайствовать о вызове в суд свидетелей и допрашивать их, и ч.3 ст.56 данного Кодекса, определяющая круг лиц, которые не могут быть допрошены в качестве свидетелей, не исключают возможности допроса дознавателя и следователя, проводивших предварительное расследование по уголовному делу, в качестве свидетелей, в том числе об обстоятельствах производства отдельных следственных и иных процессуальных действий.

Вместе с тем эти положения, подлежащие применению в системной связи с другими нормами уголовно-процессуального законодательства, не дают оснований рассматривать их как позволяющие суду допрашивать дознавателя и следователя о содержании показаний, данных в ходе досудебного производства подозреваемым или обвиняемым, и как допускающие возможность восстановления содержания этих показаний вопреки закреплённому в п.1 ч.2 ст.75 УПК Российской Федерации правилу, согласно которому показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде, относятся к недопустимым. Тем самым закон, исходя из предписания ст.50 (ч.2) Конституции Российской Федерации, исключает возможность любого, прямого или опосредованного, использования содержащихся в них сведений³⁹.

³⁸ Информацию о деле см. в справочно-правовой системе «КонсультантПлюс». Похожее (но, разумеется, не единственное с тех пор) решение Верховным Судом СССР было принято по делу Гагарина в 1959 году. См.: сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1962. — М., 1964. — С.169-170. Как видим, ничего не изменилось.

³⁹ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. — 2004. — №4.

Представляется, что указанные ограничения на допрос следователя и дознавателя распространяются на любую информацию, для удостоверения которой закон предусматривает специальные правила. Допрос следователя (дознателя) не может быть превращен в средство дополнения, уточнения или исправления протокола следственного действия. Поэтому если следователь и может быть допрошен в суде в качестве свидетеля, то лишь об обстоятельствах, выходящих за рамки познавательной сущности следственного действия, для проверки и разрешения возникших сомнений в тех обстоятельствах его производства, которые не могут быть преодолены иным путем.

В качестве свидетелей об обстоятельствах производства следственных действий, в которых они принимали участие, могут быть допрошены понятые, специалисты, переводчики, статисты.

Судья, секретарь судебного заседания могут быть допрошены при расследовании и рассмотрении уголовных дел о преступлениях против правосудия, а также при расследовании вновь открывшихся обстоятельств, являющихся основанием пересмотра приговора, вступившего в законную силу. При этом они допрашиваются не об обстоятельствах уголовного дела, в рассмотрении которого принимали участие в качестве судьи или секретаря судебного заседания, а о действиях и событиях, имевших место при их рассмотрении.

Круг возможных свидетелей говорит о чрезвычайно широком **предмете свидетельских показаний**. Определить исчерпывающий перечень обстоятельств, которые могут оказаться имеющими значение для правильного разрешения уголовного дела, невозможно. Свидетель может быть допрошен о любых обстоятельствах, входящих в предмет доказывания, а его показания могут служить средством установления как главного факта, так и промежуточных фактов, использоваться для проверки, подтверждения, опровержения других доказательств. Показания свидетеля могут носить как обвинительный, так и оправдательный характер, быть прямыми или косвенными, первоначальными или производными. Однако в любом случае познание обстоятельств совершенного преступления с помощью свидетельских показаний является опосредованным познанием, поэтому свидетельские показания могут быть использованы для доказывания того или иного обстоятельства лишь в совокупности с другими доказательствами.

Показания потерпевшего — это устное сообщение об обстоятельствах, имеющих значение, сделанное на допросе лицом, которому преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред. Потерпевший так же, как и свидетель, сообщает следователю и суду

о тех обстоятельствах, которые он лично воспринимал с помощью своих органов чувств. Поэтому все сказанное о показаниях свидетеля в равной мере применимо и к этому виду доказательств.

В то же время закон не случайно выделяет показания потерпевшего в самостоятельный вид доказательств. Как представляется, это обусловлено особым статусом потерпевшего как участника уголовного процесса. Потерпевший является, с одной стороны, источником доказательственной информации, то есть свидетелем преступления, с другой — он равноправный субъект доказывания, наделенный для реализации своего статуса достаточно широким набором процессуальных возможностей. Показания потерпевшего, таким образом, имеют двойственную юридическую природу: они являются не только доказательством по уголовному делу, но и средством защиты потерпевшим своих прав, одним из способов осуществления им доказывания.

С учетом особенностей процессуального статуса потерпевшего дача показаний для него одновременно является и правом, и обязанностью, за ненадлежащее выполнение которой потерпевший может быть привлечен к уголовной ответственности в соответствии со ст. 307, 308 УПК РФ, наравне со свидетелем. Право потерпевшего давать показания обусловлено его личной заинтересованностью в исходе уголовного дела, обязанность — значимостью известной ему информации для установления обстоятельств преступления и разрешения уголовного дела.

Статус потерпевшего отражается на **предмете его показаний**. Потерпевший вправе не только сообщить органу расследования и суду интересующую их информацию, но и обращать их внимание на существенные с его точки зрения обстоятельства, выдвигать и высказывать свои предположения о возможности совершения преступления определенным лицом, давать собственную оценку имеющимся в деле доказательствам. Поэтому, оценивая показания потерпевшего, следует различать сообщения о фактических обстоятельствах дела, воспринятых потерпевшим, и его выводы, умозаключения, предположения и оценочные суждения, не имеющие самостоятельной доказательственной ценности, но важные как для обеспечения прав потерпевшего, так и для определения направлений расследования.

Являясь непосредственным участником события преступления, потерпевший, как правило, лучше, чем кто бы то ни было, осведомлен о его обстоятельствах, о начале, последовательности и завершении события, о причинах, которые обусловили совершение преступления. Иногда только потерпевший может описать похищенное у него иму-

шество или пережитые страдания, внешность преступника, охарактеризовать исходящий от преступника запах и т.п. Значение показаний потерпевшего как доказательства в связи с этим трудно переоценить. Однако нельзя не принимать во внимание и оборотную сторону этого явления: потерпевший — это лицо, пострадавшее от неправомерных действий. Им движут естественные чувства обиды, гнева, ненависти к причинителю вреда, возможно, желание мести. Перенесенные страдания и утраты, испытанные при совершении преступления эмоции, такие как страх, испуг, способны исказить результаты восприятия обстоятельств происшествия, преувеличить опасность совершенного на него нападения и степень угрозы его интересам. Нередко потерпевший своими неправомерными или аморальными действиями провоцирует совершение преступления, поэтому в процессе дачи показаний он может стараться скрыть это обстоятельство. Часто потерпевшими становятся родственники обвиняемых, что также налагает на показания потерпевшего свой отпечаток.

На показания потерпевшего оказывают влияние принадлежащие ему как субъекту доказывания права. Так, потерпевший еще до окончания предварительного расследования знакомится с некоторыми заключениями эксперта, показаниями подозреваемого, обвиняемого в ходе очной ставки с ними, вещественными доказательствами, предъявляемыми ему для опознания. Значительную часть информации о ходе расследования потерпевший получает также в ходе общения со следователем, участия в проводимых им следственных действиях, в судебной процедуре рассмотрения жалоб на действия и решения органа расследования. Эта информация не может не оказать определенного (как положительного, так и отрицательного) влияния на собственные воспоминания потерпевшего. Нельзя исключать также и стремления отдельных лиц добиться реализации собственных, в том числе противоправных, целей, используя механизм дачи показаний, как было показано выше на примере уголовного дела по обвинению М.⁴⁰

⁴⁰ Рассмотренные в предшествующем параграфе обстоятельства уголовного дела по обвинению М. свидетельствуют о том, что потерпевший С. использовал ложные показания для оказания давления на М. в целях изменения им показаний в деле по обвинению самого С. Однако приговором суда он признан виновным в полном объеме инкриминируемых ему действий и приговорен к 14 годам лишения свободы. Приговор вступил в законную силу.

§4. Получение и проверка показаний подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего

Основным способом получения показаний подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего, как следует из ст.76-79, является допрос, проведенный в соответствии с требованиями ст.173,174, 187-191, 275, 277, 278 УПК РФ. Однако подозреваемый, обвиняемый, свидетель и потерпевший сообщают сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, не только на допросе, но и в ходе некоторых других следственных действий. Так, вполне очевидно, что показания могут быть получены на очной ставке, хотя основанная ее цель – не получение новых доказательств, а выяснение причин существенных противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц. На это указывает ч.5 ст.192: «показания допрашиваемых лиц записываются в той очередности, в которой они допрашивались. Каждое из допрашиваемых лиц подписывает свои показания...».

В определенной мере содержит показания протокол предъявления для опознания, поскольку в соответствии с ч.7 ст.193 УПК, если опознающий указал на одно из предъявленных ему лиц или один из предметов, то ему предлагается объяснить, по каким приметам или особенностям он опознал данное лицо или предмет. Эти объяснения, по возможности, дословно излагаются в протоколе (ч.9 ст.193) и являются весьма важной частью показаний свидетеля или потерпевшего. Элементы допроса содержит и проверка показаний на месте (ст.194 УПК РФ), включающая в себя свободный рассказ лица, чьи показания проверяются, и ответ на заданные вопросы.

Принято считать, что процедура допроса (и других следственных действий, направленных на получение показаний) призвана обеспечить полноту и достоверность показаний⁴¹, однако в действительности эти правила способны лишь обеспечить допустимость полученного доказательства, а предусмотренный законом порядок протоколирования хода допроса обеспечивает сохранение показаний в целях их дальнейшего использования, в чем легко убедиться, ознакомившись со ст.173,174, 189 и 199 УПК РФ. Содержащийся в них порядок проведения допроса и закрепления его хода и результатов обеспечивает законность формальной стороны этого следственного действия. Ст.174, 189 и применяемая ко всем следственным действиям ст.164 УПК РФ со-

⁴¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.577.

держат общие правила проведения допроса, призванные обеспечить, главным образом, права его участников. Перед допросом следователь должен убедиться в личности допрашиваемого, разъяснить ему процессуальный статус, цель и порядок предстоящего следственного действия, обеспечить в случае необходимости участие переводчика. На допросе может присутствовать защитник подозреваемого, обвиняемого, адвокат свидетеля или адвокат — представитель потерпевшего, а в предусмотренных законом случаях также педагог и законный представитель несовершеннолетнего. Следователь обязан предупредить участников следственного действия о применении фото-, видеосъемки и звукозаписи. Допрашиваемый вправе пользоваться своими записями и документами.

Детально урегулирована законом и процедура фиксации показаний в протоколе допроса и удостоверения их участниками следственного действия. Однако соблюдение всех этих правил обеспечивает лишь точное и полное отражение в протоколе как действий следователя, то есть хода допроса, так и содержания полученного сообщения. Никакая самая совершенная процедура не гарантирует получения от подозреваемого, обвиняемого, свидетеля или потерпевшего полной, исчерпывающей, правдивой и соответствующей действительности информации. Возможно, поэтому саму процедуру допроса, то есть расспроса с целью получения сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, закон оставляет свободной. Следователь свободен в выборе тактики допроса, зависящей от слишком многих обстоятельств, но ему запрещено задавать наводящие вопросы, под которыми понимаются вопросы, прямо или косвенно содержащие в себе подсказку, то есть желаемый ответ. Следователь также не вправе принуждать подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего к даче показаний путем применения насилия, угроз, шантажа, иных незаконных действий, подвергать его насилию, издевательствам или пыткам (ст.9 УПК, ст.302 УК РФ).

Помня о том, что допрос — это способ опосредованного познания обстоятельств преступления, закон требует, чтобы показания обвиняемых, свидетелей и потерпевших были заслушаны судом. Уменьшая до максимально возможного предела количество опосредований, закон предусматривает, что полученные в ходе досудебного производства показания свидетеля и потерпевшего могут быть оглашены лишь в исключительных случаях. Такими являются смерть свидетеля или потерпевшего, тяжелая болезнь, препятствующая явке в суд, отказ потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином,

явиться в суд, а также стихийное бедствие или иные чрезвычайные обстоятельства, препятствующие явке в суд (ч.2 ст.281). В иных случаях огласить показания неявившегося свидетеля и воспроизвести изготовленные в ходе допроса аудио- и (или) видеозаписи, кино съемку, исследовать сделанные в ходе допроса фотоснимки и диапозитивы можно только с согласия обеих сторон.

Требование непосредственного выслушивания судом показаний свидетелей и потерпевших чрезвычайно важно для оценки правдивости свидетеля и потерпевшего. Оно, кроме того, позволяет избежать сомнений в том, что свидетель или потерпевший, чьи показания записаны органом расследования, действительно существует, гарантирует право обвиняемого «допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены» (Конвенция о защите прав человека и основных свобод, ст.6, ч.3, п.d).

В то же время возможности оглашения в суде показаний явившихся свидетелей и потерпевших гораздо более широки. Суд вправе по ходатайству лишь одной из сторон принять решение об оглашении ранее данных показаний при наличии существенных противоречий между ними и показаниями, данными в суде. Отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний в суде не препятствует оглашению его показаний, если они были получены в соответствии с ч. 2 ст. 11 УПК РФ, то есть если свидетель, имеющий право на свидетельский иммунитет, был осведомлен о своем праве, а также предупрежден перед началом допроса о том, что его показания будут использованы в качестве доказательства даже при условии последующего отказа от них.

Таким образом, четкая процедура допроса на предварительном следствии, детальная запись показаний допрошенного лица в протоколе, использование технических средств фиксации хода допроса и содержания полученных показаний имеют целью обезопасить процедуру уголовного судопроизводства от попыток недобросовестных лиц отказаться от данных следователю показаний, изменить их или избежать процедуры судебного допроса. Практика свидетельствует о том, что в борьбе за свидетельские показания обе стороны (обвинения и защиты) проявляют порой одинаковую активность. Преступный мир использует разнообразные незаконные средства воздействия на свидетельские показания (от уговоров и подкупа до угрозы прямого физического устранения), что, естественно, требует противодействия. Однако и органы предварительного расследования позволяют себе запугивать психологически нестойкого свидетеля настойчивым предупреждением об уголовной ответственности за изменение показаний, кор-

ректируют показания допрошенного лица в протоколе, пренебрегая требованием о дословной записи и пр. Поэтому непосредственное восприятие судом показаний свидетелей и потерпевших, сопоставление их с запротоколированными следователем показаниями, широкое применение и исследование в суде аудио-, видеозаписи, киносъемки показаний в комплексе позволяет выявить действительное содержание информации, отраженной сознанием свидетеля или потерпевшего.

Гарантируя безопасность свидетеля, потерпевшего, его близких родственников, родственников и близких лиц, новый УПК РФ предусмотрел возможность допроса без оглашения данных о допрашиваемом и в условиях, исключающих его визуальное наблюдение другими участниками судебного разбирательства. О применении такой процедуры суд выносит определение или постановление. Аналогичное правило предусмотрено и для допроса свидетеля и потерпевшего в стадии предварительного расследования. Следователь вправе в целях безопасности этих лиц не приводить в протоколе следственного действия данные об их личности. В этом случае следователь с согласия прокурора выносит постановление, в котором излагает мотивы принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывает псевдоним участника следственного действия и приводит образец подписи, которой лицо будет пользоваться для подписания протоколов следственных действий, проводимых с его участием. Постановление помещается в печатаемый конверт, который приобщается к уголовному делу (ч.9 ст.166 УПК РФ). В целях обеспечения безопасности участника уголовного процесса также допускается проведение опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым (ч.8 ст.193 УПК РФ). Однако в соответствии с ч.6 ст.278 УПК РФ в случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями

Государственная программа обеспечения безопасности свидетелей, потерпевших и иных участников уголовного судопроизводства на 2006-2008 гг., утвержденная Постановлением Правительства РФ от 10 апреля 2006 года №200 в соответствии с Федеральным законом «О государственной защите свидетелей, потерпевших и иных участников уголовного судопроизводства» от 20 августа 2004 года, предусматривает, что по решению органа, осуществляющего меры безопасности, может быть наложен запрет на выдачу сведений о защищаемом лице из государ-

ственных и иных информационно-справочных фондов, изменены номера его телефонов и государственные регистрационные знаки используемых им или принадлежащих ему транспортных средств.

В исключительных случаях, связанных с производством по уголовному либо гражданскому делу, сведения о защищаемом лице могут быть представлены в органы предварительного расследования, прокуратуру или суд на основании письменного запроса прокурора или суда (судьи) с разрешения органа, принявшего решение об осуществлении государственной защиты. Однако право следователя и суда предоставить сторонам возможность ознакомиться с этими сведениями, как предусмотрено ч.6 ст.278 УПК РФ, вызывает большие сомнения, поскольку в этом случае примененная к лицу мера безопасности вряд ли может считаться эффективной.

Вопрос этот был уже предметом обращения в Конституционный Суд РФ. По мнению гражданина М.Б.Ермакова, сохранение в тайне данных о личности свидетеля не позволяет проверить правдивость его показаний, а проведение процессуальных действий в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками уголовного процесса, не гарантирует обвиняемому его права на защиту, в том числе в случаях использования оборудования с низкокачественными техническими характеристиками⁴², чем ставит сторону обвинения в преимущественное положение по отношению к стороне защиты, допускает возможность злоупотреблений со стороны лиц, осуществляющих предварительное расследование, и нарушает его конституционное право на равенство перед законом и судом. Позиция Конституционного Суда, отказавшего в принятии жалобы к рассмотрению, заключается в том, что обжалуемые положения ч.5 ст.278 УПК Российской Федерации не содержат каких-либо изъятий из установленных уголовно-процессуальным законодательством общих правил использования, проверки и оценки доказательств. Предусмотренные ими особенности получения доказательств не лишают суд и участников уголовного судопроизводства, выступающих на стороне обвинения или защиты и обладающих в состязательном процессе равными правами, возможности проведения проверки получаемого таким способом доказательства, в частности, путем постановки перед свидетелем вопро-

⁴² Речь идет об отсутствии у следственных и судебных органов специального оборудования, позволяющего полноценно произвести следственные действия в рассматриваемых условиях.

сов, заявления ходатайств о проведении процессуальных действий, представления доказательств, опровергающих или ставящих под сомнение достоверность этого доказательства (ч.3 ст.278, гл.15 и ст.86 УПК РФ). Подсудимый и его защитник не лишены также права заявить ходатайство о раскрытии подлинных сведений о дающем показания лице, а равно о признании этих показаний недопустимым доказательством в случае нарушения закона (ч.6 ст.278 и ст.75 УПК РФ). В уголовно-процессуальном законе, нормы и институты которого применяются в их единстве и взаимосвязи, наряду с перечисленными содержатся иные механизмы проверки и устранения доказательств, а также способы обеспечения и защиты прав подсудимого⁴³.

Допрос является одновременно и способом получения, и способом проверки показаний свидетеля и потерпевшего, поскольку по ходу допроса проверяется ранее сообщенная лицом информация. Проверочный характер этого следственного действия наиболее отчетливо виден в суде, где стороны подвергают обвиняемого, свидетеля и потерпевшего перекрестному допросу⁴⁴, основная цель которого – проверка правдивости свидетеля, выявление личной заинтересованности и степени ее влияния на показания. Однако проверка показаний может осуществляться также путем проведения очной ставки, проверки показаний на месте, предъявления для опознания, следственного эксперимента. Проверить показания можно также путем проведения других следственных действий – осмотра места происшествия, обыска, контроля и записи телефонных переговоров. В целях проверки показаний свидетеля и потерпевшего может быть назначена судебная экспертиза, например, для установления способности лица правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела (п.4 ст.196). Для проверки достоверности свидетельских показаний может быть произведено освидетельствование (ч.1 ст.179).

В науке в течение многих лет обсуждается вопрос о возможности использования для проверки достоверности показаний различных

⁴³ Определение Конституционного Суда РФ от 21.04.2005 № 240-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ермакова Михаила Борисовича на нарушение его конституционных прав частью девятой статьи 199, частью пятой статьи 193 и частью пятой статьи 278 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» см. в справочно-правовой системе «КонсультантПлюс».

⁴⁴ О способах ведения перекрестного допроса см.: Александров, А.С. Перекрестный допрос: учебно-практическое пособие /А.С.Александров, С.П.Гришин. – М.: Проспект, 2005.

средств диагностирования правдивости свидетеля, потерпевшего, обвиняемого, так называемых полиграфов или детекторов лжи. Не вдаваясь в историю и географию этого вопроса, отметим, что использование таких приборов сталкивается со множеством проблем нравственного, этического порядка, поэтому всерьез возможности внедрения этого способа проверки доказательств в практику уголовного судопроизводства пока не обсуждаются⁴⁵.

Основной способ проверки показаний свидетеля и потерпевшего — тщательное исследование механизма восприятия им обстоятельств, имеющих значение для дела, а также характера взаимоотношений свидетеля и потерпевшего с другими участниками уголовного процесса⁴⁶. При существенном изменении обвиняемым, свидетелем или потерпевшим показаний необходимо выяснить возможные причины такого поведения. В случае необходимости следует допросить об этом лиц из ближайшего окружения свидетеля или потерпевшего. Однако основное правило неизменно — все доказательства оцениваются в их совокупности. Если изменение одним из свидетелей, потерпевшим или обвиняемым показаний ставит под сомнение обоснованность обвинения, это значит, что обвинение не опирается на достаточную совокупность доказательств, то есть сомнительно, а все сомнения, которые не могли быть в ходе судебного разбирательства устранены, как известно, толкуются в пользу обвиняемого.

⁴⁵ Ю.В. Корневский при этом полагает возможным использование полиграфа в рамках психофизиологического тестирования и в качестве источника ориентирующей информации. См.: Корневский, Ю.В. Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Ю.В. Корневский [и др.]; под ред. В.А. Влашихина. — М.: Юрист, 2000. — С. 94.

⁴⁶ Подробнее об этом см.: Ратинов, А.Р. Судебная психология для следователей / А.Р. Ратинов. — М.: Юрлитинформ, 2001.

ГЛАВА 8.

Заключения и показания эксперта и специалиста

§1. Понятие и значение заключения эксперта

Заключение эксперта имеет существенные отличия от всех других, как рассмотренных, так и нерассмотренных еще, видов доказательств. ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» (ст.9) определяет судебную экспертизу как процессуальное действие, состоящее из проведения исследования и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем или прокурором в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Таким образом, экспертиза проводится органом расследования и судом в тех случаях, когда для установления имеющих значение для дела обстоятельств требуются какие-либо специальные знания, без применения которых содержащаяся в следах преступления информация не может быть обнаружена

В ст.80 УПК РФ заключение эксперта определяется как представленное в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу или сторонами. Аналогично определение этого вида доказательств в указанном федеральном законе: заключение эксперта — письменный документ, отражающий ход и результаты исследований, проведенных экспертом. Однако такое определение не дает четкого понимания того, в чем состоит доказательственная ценность заключения эксперта. Чтобы ответить на этот вопрос, следует выявить существенные признаки этого доказательства.

Наиболее существенная особенность заключения эксперта состоит в том, что оно отражает информацию, недоступную непосредственно-му чувственному восприятию следователя, дознавателя, прокурора или судьи. Эта информация существует в скрытом виде, познать (выявить и истолковать) ее можно только путем применения специального ин-

струментария (специальных знаний, методов, технических средств). Поэтому, в отличие от других видов доказательственной информации, эта информация первоначально выявляется, воспринимается, осмысливается и интерпретируется специальным субъектом (экспертом), производящим исследование представленных ему объектов. Познавательная деятельность эксперта, таким образом, позволяет обнаружить и интерпретировать недоступные органу расследования и суду следы преступления. Заключение эксперта опосредует познавательную деятельность следователя и суда и расширяет ее возможности.

Рассмотрим содержание заключения эксперта.

Согласно ст.204 УПК РФ, заключение эксперта, кроме вводной части, в которой отражаются сведения о дате, месте, времени и основаниях производства экспертизы, лице, назначившем экспертизу, экспертном учреждении, в котором она проводится, и эксперте, вопросы, поставленные на его разрешение и объекты исследования, имеет также исследовательскую часть и выводы.

Основная часть заключения эксперта — это содержание и результаты исследований, произведенных экспертом, в ходе которых и происходит выявление информации, имеющей значение для дела. На основе выявленной информации эксперт получает новое **выводное** знание. Доказательствами по уголовному делу в связи с этим являются, во-первых, установленные в ходе этих исследований сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Во-вторых, доказательствами являются те факты, которые вытекают из этих сведений, то есть выводы эксперта. Эксперт может установить, например, факт тождества или различия, факт групповой принадлежности, наличие или отсутствие микрочастиц или органических изменений тканей.

Каким путем эксперт получает новые сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела? Эксперт получает эти сведения путем применения имеющихся у него специальных знаний, позволяющих использовать специальные приемы, методы и технические средства для исследования представленных ему объектов. Таким образом, наиболее существенные характеристики заключения эксперта — это наличие специального субъекта исследования, обладающего специальными знаниями, и проведение исследования представленных на экспертизу объектов.

Сама экспертная деятельность выходит за рамки уголовного судопроизводства, имеет самостоятельный характер и регулируется специальными нормативными актами. Решение вопроса о способе производства экспертизы входит в специальную компетенцию эксперта.

Следователь и суд не вправе вмешиваться в производимые экспертом исследования. При производстве судебной экспертизы эксперт независим не только от сторон и других лиц, заинтересованных в исходе дела, но и от органа или лица, назначивших судебную экспертизу, воздействие которых на эксперта в целях получения определенного рода заключения недопустимо (ст. 7 ФЗ «О государственной экспертной деятельности»).

В связи с этим следует отметить неточность определения экспертизы как процессуального или следственного действия⁴⁷. Не совсем точно называть следственным действием и производство экспертизы, хотя именно так названа глава 27 УПК РФ. «Следственным действием, — как замечает С.А.Шейфер, — надлежит считать не экспертизу в целом, а лишь комплекс действий следователя, определяющих программу исследования, создающих для этого необходимые условия, контролирующими объективность и полноту его проведения»⁴⁸, по сути, назначение экспертизы и обеспечение прав участников уголовного судопроизводства.

Согласно ст. 57 УПК РФ, **эксперт** — это лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в установленном УПК порядке для производства судебной экспертизы и дачи заключения. Но что такое специальные знания, потребность в которых является общим основанием назначения экспертизы?

Самый простой ответ состоит в том, что это знания, которыми не обладает назначающее экспертизу лицо. Однако такой ответ был бы неверным. Следователь может (и должен) обладать широкими научными познаниями хотя бы для того, чтобы ориентироваться в возможности той или иной экспертизы, правильно сформулировать вопросы, выбрать экспертное учреждение и оценить полученное заключение эксперта. Однако даже наличие у него глубоких познаний в той или иной области не может заменить проведение экспертизы, поскольку неочевидность обнаруживаемой в ходе последней информации требует независимости субъекта ее обнаружения и интерпретации от органов уголовного преследования и судопроизводства.

⁴⁷ «Судебная экспертиза является одним из процессуальных (следственных) действий. производимых по уголовному делу», — пишет, в частности, Ю.К.Орлов: Орлов, Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. — С.10.

⁴⁸ Шейфер, С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма / С.А.Шейфер. — М.: Юрлитинформ, 2001. — С.79.

А.А.Эйсман определил специальные знания как такие, которые не относятся к числу общеизвестных, общедоступных, имеющих массовое распространение. Специальные знания — это те, которыми профессионально владеет узкий круг специалистов⁴⁹. Для установления некоторых обстоятельств применение специальных знаний является обязательным (причем перечень, содержащийся в ст.196 УПК, не является исчерпывающим). Принято также считать, что специальные знания носят научный характер в том смысле, что они опираются на научно обоснованные методы исследования.

Специальные знания ограничивают пределы компетенции эксперта; он вправе отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы специальных знаний (п.6 ч.3 ст.57 УПК). К числу последних традиционно относят правовые вопросы. В частности, эксперт не вправе квалифицировать насильственную смерть как убийство или самоубийство, высказываться об особой жестокости или жестоком обращении, поскольку эти вопросы касаются юридической оценки деяния. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 года «О судебной экспертизе по уголовным делам» сформулировало правило, не потерявшее и сегодня своей актуальности: «Вопросы, поставленные перед экспертом, и его заключение по ним не могут выходить за пределы специальных познаний. Суды не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов, как не входящих в его компетенцию».

Следует согласиться с учеными в том, что понятие «правового» (или «неправового») вопроса в институте судебной экспертизы является условным⁵⁰. В практике нередко возникают вопросы о допустимости использования заключений ученых по сложным вопросам уголовного и уголовно-процессуального, гражданского, финансового, налогового права (о разъяснении, например, таких понятий, как «предпринимательская деятельность», «доход от предпринимательской деятельности», «имущество»). Обращение следователей, судей, защитников и прокуроров при возникновении сложных вопросов о квалификации деяния к узким специалистам в области права не запрещается. Однако

⁴⁹ См.: Эйсман, А.А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование)/ А.А.Эйсман. — М: Юридическая литература, 1967. — С.91.

⁵⁰ См: Кудрявцева, А. Доказательственное значение правовых экспертиз в уголовном процессе/ А.Кудрявцева, Ю. Лившиц // Российская юстиция. — 2003. — №1.

полученная информация не имеет характера доказательства, ибо не отражает обстоятельств преступления.

Правовыми экспертизами также называют экспертизы, предметом которых являются ответы на вопросы о соответствии или несоответствии действий должностного лица определенным правилам, закрепленным в нормативно-правовых актах, регламентирующих производственную, организационно-хозяйственную деятельность. Экспертизы, которые по своей форме носят правовой, а по содержанию – специальный (технический) характер, нельзя считать правовыми. Это относится к экспертизам, проводимым по делам о нарушении правил техники безопасности в различных областях и видах работ⁵¹. Давая заключение, эксперт свои исследования и выводы строит на использовании специальных (т.е. неправовых) познаний. Но в любом случае, даже отвечая на вопрос правового характера, эксперт не должен осуществлять уголовно-правовой квалификации деяния.

Следует различать эксперта как работника государственного экспертного учреждения и как лица, назначенного для производства экспертизы. Во-первых, производство экспертизы может быть поручено не только государственному судебному эксперту, но и иному лицу, обладающему специальными знаниями (ч.2 ст.195 УПК РФ). Во-вторых, эксперт – это лицо, не только обладающее специальными знаниями, но и назначенное для производства экспертизы и дачи заключения (ст.57). Поэтому независимо от того, проводится судебная экспертиза в экспертном учреждении или вне его, лицо обретает уголовно-процессуальный статус эксперта лишь с момента назначения экспертизы и поручения ее производства конкретному лицу.

Чаще всего экспертиза поручается специалистам из числа государственных судебных экспертов – аттестованных работников государственного судебно-экспертного учреждения, для которых производство экспертизы является исполнением ими должностных обязанностей. Чтобы получить аттестацию в качестве государственного судебного эксперта и иметь возможность самостоятельно проводить судебную экспертизу, лицо должно обязательно иметь высшее профессиональное образование, пройти последующую подготовку по конкретной экспертной специальности. Причем уровень профессиональной подготов-

⁵¹ См.: Петрухин, И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе /И.Л.Петрухин. – М.: Госюриздат, 1964. – С.124-127; Орлов, Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. – С.16.

ки экспертов подлежит периодическому пересмотру специальными экспертно-квалификационными комиссиями (ст.12,13 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ»).

Объектами экспертных исследований в соответствии со ст.10 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» являются: 1) вещественные доказательства, документы, предметы, не имеющие статуса вещественных доказательств, животные, трупы и их части, образцы для сравнительного исследования, т.е. материальные объекты, 2) материалы дела, по которому производится судебная экспертиза, 3) живые лица. Однако исследованию может быть подвергнут и нематериальный объект – психика лица, в том числе умершего. В этом случае принято говорить о заочном исследовании живого лица (посмертная судебно-психиатрическая или судебно-психологическая экспертиза).

Вопрос о возможности использования экспертом материалов уголовного дела (то есть личных доказательств) длительное время относился к числу дискуссионных, хотя ст.82 УПК РСФСР предоставляла эксперту право знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы. По мнению М.С.Строговича, если эксперт в основу своих выводов кладет не только результаты исследований соответствующего объекта на основе применения специальных знаний, но и показания свидетелей, он занимается оценкой показаний, то есть выходит за пределы своей компетенции⁵².

Однако некоторые экспертизы без изучения экспертом материалов дела невозможны, например, исследование психического состояния лица в момент совершения преступления в целях ответа на вопрос о том, находилось ли лицо в состоянии аффекта, стресса или фрустрации. Иногда для правильного ответа на вопрос необходимо знать механизм имевшего место в прошлом события, получить информацию о котором можно только с помощью других доказательств. При этом следует помнить, что достоверность выводов эксперта, использовавшего материалы уголовного дела, зависит от достоверности доказательств, на которых они основаны.

Значение заключения эксперта в системе средств уголовно-процессуального доказывания очень велико. С помощью узких специальных знаний эксперта и применяемых им методик орган расследования и суд получают возможность прочтения скрытой, недоступной не-

⁵² См.: Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т.1. – С.441.

посредственному восприятию информации, устанавливают существенные обстоятельства дела, в том числе влияющие на уголовно-правовую оценку деяния, предопределяющие саму возможность применения уголовной ответственности (например, причину смерти, вменяемость, относимость вещества к наркотическим). Однако заключение эксперта не может рассматриваться как лучшее по отношению к другим доказательство. Известное выражение Л.Е.Владимирова о том, что заключение эксперта — это научный приговор, и судьям остается только следовать авторитетному указанию экспертов, как слепцу за поводом⁵³, давно отвергнуто наукой. Ошибки, недобросовестность, а то и заведомая ложность выводов в экспертной практике, к сожалению, имеют место.

От судебной экспертизы следует отличать иные формы использования специальных знаний при производстве по уголовному делу. И хотя результат применения специальных знаний может иметь аналогичное название, то есть заключение эксперта, его процессуальная сущность носит иной характер.

В первую очередь речь идет о разного рода несудебных государственных (ведомственных) экспертизах, порядок проведения которых регламентирован каким-либо ведомственным нормативным актом — инструкцией, положением, правилами. Например, санитарно-эпидемиологическая экспертиза продуктов, техническая экспертиза транспортного средства для решения вопроса о выплате страхового возмещения по договору страхования и др. Проводимая вне рамок уголовного процесса и без предусмотренной УПК процедуры такая экспертиза не является судебной, а ее заключение может использоваться в уголовном процессе лишь в качестве иного документа. Учитывая, что такая экспертиза проводится компетентными специалистами, применяющими те же методики исследования, что и судебные эксперты, в литературе высказывается здравая мысль, что при наличии такого заключения назначение и проведение судебной экспертизы (повторное производство, по сути, тех же исследований) могут не потребоваться, если только не возникает каких-либо препятствий процессуального характера, например, обнаружится заинтересованность эксперта⁵⁴.

⁵³ См.: Владимирова, Л.Е. Учение об уголовных доказательствах /Л.Е.Владимирова. — Тула: Автограф,2000. — С.236.

⁵⁴ См.: Орлов, Ю.К. Указ. соч. — С.42.

Кроме государственной несудебной экспертизы в практике встречается так называемая независимая (частная) экспертиза, проводимая в экспертном учреждении, но не на основании постановления органа расследования или определения суда, а на договорной основе с частными лицами, в том числе участниками уголовного процесса. Такое заключение в уголовном процессе может рассматриваться лишь как заключение специалиста. Оно может использоваться как основание для возбуждения уголовного дела и назначения судебной экспертизы, а также для проверки и оценки заключения эксперта, но заключением эксперта в процессуальном смысле не является.

Иногда в материалы уголовного дела попадают копии заключений судебных экспертиз, проводившихся по другим уголовным или гражданским делам, и хотя по своей природе и уровню процессуальных гарантий (включая предупреждение эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения) такие исследования являются судебной экспертизой, полученное в результате заключение не может использоваться в качестве заключения эксперта по уголовному делу и тоже является иным документом.

§2. Виды экспертиз.

Особенности оценки заключения эксперта

Заключения эксперта принято классифицировать по степени определенности выводов, субъектному составу и последовательности исследования.

По степени определенности выводов заключение эксперта может быть категорическим или вероятным. Отказ от дачи заключения в случае недостаточности предоставленных материалов или постановки вопросов, выходящих за пределы компетенции эксперта, вряд ли следует рассматривать как особый вид заключения, поскольку ни выводов, ни исследования соответствующее письменное сообщение эксперта не содержит (п.6 ч.3 ст.57 УПК). В то же время мотивировка отказа от дачи заключения может иметь значение для оценки доказательств, поэтому в ряде случаев письменное сообщение о причинах невозможности дать заключение рассматривается в практике как мнение (заключение) специалиста.

Вопрос о правомерности вероятного заключения вызвал в свое время дискуссию. По мнению М.С. Строговича и ряда других авторов, при невозможности дать категорическое (однозначное) заключение эксперт должен сообщить лицу, назначившему экспертизу, о невозможности

дать заключение⁵⁵. Для такой постановки вопроса есть определенные основания: вероятное заключение эксперта — это не более чем предположение, а обвинительный приговор не может быть основан на предположениях. Поэтому Верховный Суд СССР в уже называвшемся Постановлении от 16 марта 1971 года «О судебной экспертизе по уголовным делам» разъяснял судам, что вероятное заключение эксперта не может быть ими положено в основу приговора. Но значит ли это, что такие заключения не имеют никакого доказательственного значения?

Для ответа на поставленный вопрос вспомним содержание этого вида доказательств. Заключение эксперта — это не только его выводы, но и (главным образом) содержание произведенного исследования и полученные при этом результаты. Описательно-мотивировочная часть заключения отражает многочисленные факты, достоверно, категорически (однозначно) установленные в ходе экспертного исследования. Именно эти факты и являются доказательствами по уголовному делу. Например, эксперт устанавливает групповую принадлежность крови потерпевшего и пятен крови, обнаруженных на одежде обвиняемого, факт совпадения этих групп крови, наличие у обвиняемого признаков психического расстройства или повышенную эмоциональную возбудимость. Эти обстоятельства, будучи недостаточными для идентификации или для вывода о состоянии невменяемости, сами по себе являются достоверно установленными доказательственными фактами. Оценку этих фактов в совокупности с другими доказательствами, подтверждающими или опровергающими то или иное обстоятельство, произведет суд. Требовать от эксперта категорического заключения во всех случаях означает преувеличивать доказательственное значение этого заключения как «научного приговора».

По субъектному составу заключения экспертов делят на единоличные и комиссионные. Комиссионная экспертиза производится не менее чем двумя экспертами одной специальности, а комиссионная судебно-психиатрическая экспертиза в соответствии с Инструкцией о производстве судебно-психиатрической экспертизы в СССР от 27 октября 1970 года и Положением об амбулаторной судебно-психиатрической экспертной комиссии от 5 декабря 1985 года производится, как правило, комиссией из трех экспертов.

⁵⁵ См., например: Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. — Т.1. — С.452.

В соответствии со ст.21 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» комиссионный характер экспертизы определяется не только лицом, назначившим экспертизу, но и руководителем экспертного учреждения, который организует ее производство. Комиссионная экспертиза может быть произведена экспертами нескольких государственных экспертных учреждений. При комиссионной экспертизе каждый эксперт проводит исследования, оценивает полученные им и другими экспертами результаты и формулирует выводы самостоятельно и независимо. Один из экспертов может при этом выполнять функции эксперта-организатора.

Комиссионная экспертиза повышает надежность заключения экспертов, однако требует персонализации ответственности экспертов. Поэтому если мнения экспертов, совместно производивших исследования, не совпадают, то по вопросам, вызвавшим разногласия, каждый из экспертов дает отдельное заключение (ч.2 ст.200 УПК, ч.2 ст.22 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ»). В остальных случаях комиссия экспертов подписывает общее заключение.

Сложнее решается вопрос при проведении **комплексной экспертизы**, когда в состав комиссии входят эксперты разных специальностей, при этом один или несколько экспертов используют для своих выводов результаты исследовательской деятельности другого или других экспертов и не обладают при этом достаточными знаниями для оценки этих результатов. Ошибка одного эксперта может повлечь ошибку и соответственно ответственность другого. УПК РСФСР комплексной экспертизы не предусматривал. Однако на практике потребность в таких экспертизах постоянно возникала и возрастала. В связи с этим Пленум Верховного Суда СССР сформулировал правила, которые в настоящее время закреплены в ст.201 УПК РФ и ст.23 Федерального закона. Эти правила состоят в том, что при производстве комиссионной экспертизы экспертами разных специальностей каждый из них проводит исследования в пределах своих специальных знаний, а в заключении экспертов указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. В связи с этим заключение комплексной экспертизы состоит из нескольких частей, каждая из которых содержит описание проведенных каждым экспертом исследований и сделанные им выводы. Каждый эксперт подписывает свою часть заключения и несет за нее ответственность. После описания всех видов исследований обычно излагается так

называемая синтезирующая часть, в которой дается общий анализ итогов исследования и обосновываются общие выводы.

Федеральный закон (ч.2 ст.23) добавляет, что общий вывод делают лишь эксперты, компетентные в оценке полученных результатов и формулировании данного вывода. Если основанием общего вывода являются факты, установленные одним или несколькими экспертами, это должно быть указано в заключении. В случае возникновения разногласий каждый эксперт вправе дать отдельное заключение.

Сформулированные правила весьма важны, поскольку усложнение и увеличение экспертных методик вызывают все более узкую специализацию экспертов. В то же время комплексность экспертного исследования значительно расширяет возможности судебной экспертизы, а ее значение для практики очень высоко. Применение разных методов исследования повышает и надежность выводов экспертов. С комплексной экспертизой не следует путать комплексное исследование, которое проводит эксперт, обладающий специальными знаниями в различных областях науки или искусства.

По последовательности исследования экспертиза может быть первоначальной и повторной, а по объему исследования — основной и дополнительной. Различие в повторной и дополнительной экспертизах отражено в законе (ст.207 УПК, ст.20 ФЗ) и не вызывает затруднений. Однако в теории и практике существует вопрос о характере экспертизы, назначаемой и проводимой в судебном заседании.

Широко распространенное мнение о том, что любая экспертиза, проведенная в судебном заседании, является первоначальной⁵⁶, не может быть признано верным. Оно ведет к выводу о недействительности заключения, полученного в досудебном производстве. Надо полагать, что характер экспертизы как первоначальной или повторной, основной или дополнительной зависит от того, проводилась ли экспертиза в досудебном производстве. Если в судебном заседании экспертиза назначается в связи с возникновением сомнений в обоснованности имеющегося заключения или при наличии противоречий в выводах эксперта или экспертов, то назначаемая экспертиза носит характер повторной. Она поручается другому эксперту или другим экспертам, на разрешение которых могут быть поставлены как те же, так и дополнительные вопросы.

⁵⁶ Анализ взглядов по этому вопросу см.: Черкасова, Н.Ю. Исследование доказательств в суде первой инстанции: дис. ... канд. юрид. наук /Н.Ю.Черкасова. — Самара, 1993. — С.111-114.

Если необходимость в назначении судебной экспертизы обусловлена недостаточной ясностью или полнотой имеющегося заключения, то эта экспертиза является дополнительной. Такая экспертиза в суде может быть назначена по инициативе обвиняемого или потерпевшего, не имевших ранее возможности поставить свои вопросы в отношении исследовавшихся обстоятельств, а также по инициативе суда.

Если же в суде возникает необходимость исследования ранее не исследовавшихся обстоятельств, например, в стадии расследования не проверялся вопрос о психическом состоянии обвиняемого или стороны представили суду новые доказательства, требующие исследования и проверки, назначаемая экспертиза является первоначальной и основной. Следовательно, в отношении этих новых обстоятельств и доказательств в суде возможны как дополнительная, так и повторная экспертизы.

К таким выводам ведет последовательность расположения правил о допросе эксперта (ст.282) и о производстве экспертизы в суде (ст.283 УПК РФ).

В случае возникновения у сторон или суда вопросов, относящихся к уже проведенной экспертизе, суд вправе вызвать для допроса эксперта. Но прежде чем ему могут быть заданы вопросы, данное им заключение подлежит оглашению. Таким образом, допрос эксперта в суде представляет собой исследование его заключения. Если после допроса эксперта возникла необходимость в дополнительных или повторных исследованиях, то применяется ст.283 УПК, то есть назначается первоначальная, повторная или дополнительная экспертиза. Количество дополнительных и повторных экспертиз законом не ограничено.

Различают также экспертизы, проводимые в государственном экспертном учреждении и вне его (**основание классификации – место проведения экспертизы**), а также амбулаторные и стационарные экспертизы живых лиц (**основание классификации – место нахождения лица, являющегося объектом экспертизы**). Некоторые авторы различают также экспертизы, назначаемые в судебном заседании, по месту их проведения в суде и вне суда⁵⁷.

Заключение эксперта – один из видов доказательств, который в силу прямого указания ст.17 УПК РФ не имеет никаких преимуществ перед другими. Однако, в действительности заключение эксперта, как правило, оценивается именно как доказательство, имеющее значительно

⁵⁷ См.: Сахнова, Т.В. Судебная экспертиза / Т.В.Сахнова. – М., 2000. – С.202.

большую силу. Имеющая исторические корни, эта тенденция основана на авторитете научных знаний, без которых на многие вопросы вообще не может быть получено ответа. Отсутствие у следователей, прокуроров и судей таких знаний обуславливает повышенное доверие к выводам экспертов, имеющих эти знания. Однако, как представляется, именно в этом повышенном доверии и таится основная угроза возможной ошибки, поскольку уверенность эксперта в том, что ни следователь, ни суд не усомнятся в обоснованности его заключения, способна привести к негативным последствиям. Исследователи отмечают, что «ошибки и разногласия в оценке и интерпретации экспертных выводов стали явлением вполне заурядным»⁵⁸. Заключение эксперта в связи с этим должно быть подвергнуто такому же строгому и придирчивому анализу, как и все другие доказательства.

Как представляется, именно такой подход к оценке заключения эксперта нашел свое отражение в УПК РФ. В прежнем кодексе (ч.3 ст.80 УПК РСФСР) содержалось правило: «заключение эксперта не является обязательным для лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда, однако несогласие их с заключением должно быть мотивировано». Такая формулировка, по сути, и служила правовым основанием для постановки вопроса об особом доказательственном значении заключения эксперта. В УПК РФ нет особых правил для оценки этого вида доказательств, чем подтверждается основное правило оценки: ни одно доказательств не имеет преимуществ перед другими.

Рассмотрим, какие обстоятельства должны быть учтены при оценке заключения эксперта.

В первую очередь, при оценке заключения эксперта необходимо обратить внимание на соблюдение тех требований уголовно-процессуального закона, которые обеспечивают допустимость этого вида доказательств. Речь идет о процедуре назначения судебной экспертизы. Порядок назначения экспертизы определен в ст.195 УПК РФ, которая предусматривает не только содержание постановления о назначении экспертизы, но и обязанность ознакомления с этим постановлением подозреваемого, обвиняемого, защитника, а также потерпевшего в случаях, когда экспертиза проводится в отношении него, и разъяснение принадлежащих им в соответствии со ст.198 УПК прав.

⁵⁸ Орлов, Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. – С.130.

Нарушение порядка назначения экспертизы может привести к признанию заключения эксперта недопустимым доказательством. По мнению Ю.К.Орлова, недопустимым должно быть признано также заключение эксперта по специальности, имеющейся в государственном экспертном учреждении, но данное иным специалистом, не являющимся судебным экспертом⁵⁹. Это суждение требует небольшого комментария. Закон не делает различий между государственными судебными экспертами и иными экспертами (ч.2 ст.195 УПК). Основным критерий выбора эксперта — наличие у него специальных знаний, то есть обладание необходимой для производства экспертизы компетенцией. Нельзя исключить возможности обладания более высокой компетенцией лицом, не являющимся государственным судебным экспертом. Поэтому рекомендация отдавать предпочтение государственному экспертному учреждению может быть учтена при оценке обоснованности заключения эксперта, но не является обязательной. Допустим, экспертиза проведена вне государственного экспертного учреждения, поскольку единственный работающий в нем специалист в соответствующей области знания подлежит отводу.

Поручение производства экспертизы лицу, подлежащему отводу в соответствии со ст.70 УПК, является основанием для решения о признании заключения недопустимым. Это нарушение может быть допущено, в частности, в связи с тем, что обвиняемому не было обеспечено право заявить эксперту отвод, поскольку ему не было объявлено о назначении экспертизы. Такое нарушение, например, было допущено при назначении повторной комиссионной психолого-психиатрической экспертизы в отношении обвиняемого в убийстве и покушениях на убийство М. С постановлением о назначении такой экспертизы следователь ознакомил только защитника обвиняемого адвоката Н.

По этому же уголовному делу после назначения экспертизы и объявления об этом защитнику следователь составил другое постановление, расширив его мотивировочную часть⁶⁰. С этим постановлением, которое и было направлено в экспертное учреждение, ни обвиняемый, ни защитник ознакомлены не были. По сути, следователь совершил подлог, однако суд не принял во внимание доводы защиты о незаконных методах ведения следствия и нарушении прав обвиняемого.

⁵⁹ См.: Орлов, Ю.К. Указ. соч. — С.135.

⁶⁰ Копия первого постановления, с которым был ознакомлен адвокат Н., была выдана ему и представлена в суд.

Недопустимость заключения эксперта может быть обусловлена также недопустимостью представленных на экспертизу объектов вследствие нарушения закона при получении вещественных доказательств (теория плодов отравленного дерева), нарушением порядка оформления заключения. Например, отсутствие подписи эксперта, в том числе, удостоверяющей, что он предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения. Следует отметить наличие противоречия между положениями ст. 14 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» и 119 УПК РФ. Согласно последней, об уголовной ответственности эксперта предупреждает руководитель экспертного учреждения, за исключением руководителя государственного экспертного учреждения. В таком исключении нет какого-либо смысла, поскольку обязанность «по поручению органа или лица, назначившего экспертизу, предупредить эксперта об уголовной ответственности, взять у него соответствующую подписку и направить ее вместе с заключением эксперта в орган или лицу, которые назначили судебную экспертизу», возложена на руководителя государственного экспертного учреждения ст. 14 вышеуказанного Федерального закона.

Оценивая заключение эксперта, следует обратить внимание на соблюдение экспертом пределов своей компетенции и принадлежащих ему прав. Эксперту, в частности, запрещено самостоятельно собирать относящиеся к предмету экспертизы доказательства, уничтожать объекты исследования или существенно изменять их свойства без разрешения лица или органа, назначившего экспертизу, сообщать кому-либо о результатах судебной экспертизы (ст. 16 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ»). Поясним важность этих правил на примере.

По уголовному делу по обвинению Л. в незаконном хранении огнестрельного оружия — пистолета Макарова, якобы извлеченного в ходе досмотра из-под сиденья принадлежащей Л. автомашины, экспертом ЭКО Сызранского РУВД Самарской области были обнаружены два пальцевых отпечатка, идентичные экспериментально полученным отпечаткам пальцев руки Л. В нарушение правил о порядке производства экспертизы эксперт произвел не фотографирование отпечатков пальцев руки, обнаруженных на кожух-затворе указанного пистолета, в целях использования при последующей идентификации, а перенес их на следокопировальную пленку, фотоснимки с которой и поместил в фототаблицу, приложенную к его заключению. Вещественное доказательство, по сути, было уничтожено. В ходе повторной комиссионной судебной экспертизы эксперты, потребовавшие представления

дополнительных материалов — самого пистолета Макарова, пришли к выводу, что один из представленных им на дактилоскопической пленке отпечатков пальцев руки не пригоден для сравнительного исследования вследствие низкого качества (смазан). Второй отпечаток пальца по своим размерам превышает размеры поверхности кожух-затвора пистолета Макарова, с которой он якобы был снят в ходе предыдущей экспертизы. Проще говоря, первое заключение эксперта было сфальсифицировано.

Оценка достоверности заключения эксперта зависит от многих факторов. Следователь и суд должны принять во внимание степень научной компетенции эксперта именно в этой области знания, соответствие примененных им методик современным научным разработкам, полноту исследования представленных ему материалов, ясность ответов на поставленные вопросы, соответствие выводов исследовательской части. Сомнения в полноте или обоснованности выводов эксперта являются основанием для назначения дополнительной или повторной экспертизы. В то же время следует учитывать, что назначение повторной экспертизы не всегда приводит к устранению сомнений: вследствие повторной экспертизы в уголовном деле могут возникнуть взаимоисключающие заключения, оценку которым придется давать с учетом всей совокупности доказательств, относящихся к предмету экспертизы.

В уголовном деле по обвинению М. по вопросу о его вменяемости в момент совершения преступления были проведены 3 комиссионные психолого-психиатрические судебные экспертизы. Первая — амбулаторная — высказала сомнения в способности М. осознавать значение своих действий и руководить ими. Вторая — стационарная — пришла к выводу о невменяемости М., а в ходе третьей он признан вменяемым. При наличии взаимоисключающих выводов специалистов в области психиатрии, основанных на изучении одних и тех же материалов дела и использовании одинаковых методов клинко-психопатологического исследования, суд отдал немотивированное предпочтение последнему заключению, отказав при этом защите в вызове и допросе экспертов в судебном заседании и оставив без внимания другие материалы уголовного дела, свидетельствующие о развитии и нарастании у М. посттравматического стрессового расстройства в связи с ранее совершенными на его жизнь двумя покушениями и похищением с целью получения выкупа. Отменяя приговор, Верховный Суд РФ обратил внимание суда на необходимость при повторном рассмотрении дела тщательнее исследовать психическое состояние обвиняемого, а при необходимости — допросить экспертов.

§3. Заключение и показания специалиста

4 июля 2003 г. в новый Уголовно-процессуальный кодекс РФ были внесены дополнения, вследствие которых в науке и практике уголовного судопроизводства появилось ранее не известное понятие «заключение специалиста», а в системе средств уголовно-процессуального доказывания появился новый вид доказательств. Эти изменения вызвали множество как теоретических, так и практических вопросов, нуждающихся в осмыслении.

Учитывая, что в уголовном процессе традиционно используется такая форма применения специальных знаний, как заключение эксперта, в первую очередь полезно уяснить, чем обусловлено введение в уголовное судопроизводство нового вида доказательств. Как представляется, потребность в появлении новой формы использования в уголовном процессе специальных знаний могла быть вызвана лишь продолжающимся расширением его состязательного начала. Если стороны обвинения и защиты равноправны в представлении суду доказательств, они должны иметь равные возможности и в их собирании, в том числе с привлечением специальных знаний.

Сопоставление содержания ряда процессуальных норм (ч.1 ст.58, п.3.1 ч.2 ст.74 и ч.3 ст.80 УПК РФ) позволяют определить **заключение специалиста как письменное суждение обладающего специальными знаниями лица по вопросам, поставленным перед ним сторонами**. Указание на связь содержания заключения с вопросами сторон позволяет утверждать, что, создавая новый институт, законодатель стремился уравнивать стороны обвинения и защиты в возможности привлечения специальных знаний для доказывания или опровержения выдвигаемых ими или второй стороной положений.

Необходимость создания сторонам равного доступа к специальным знаниям вряд ли может быть опровергнута. Давно и хорошо известно, что сторона защиты по существу полностью устранена из процесса назначения и производства судебных экспертиз. Также давно распространена, хорошо известна и остается без внимания и реагирования суда практика ознакомления обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы одновременно с предъявлением ему заключения эксперта, причем весьма часто — при окончании предварительного расследования. При проведении экспертиз в государственном экспертном учреждении, то есть почти всегда, обвиняемых не знакомят с составом экспертных комиссий, затрудняя реализацию права на заявление отвода экспертам. Положения закона, формально позволяющие обвиняемо-

му присутствовать при производстве экспертизы, на деле трудно реализуемы⁶¹.

Не в меньшей степени ограничены возможности использования специальных знаний для потерпевшего. Это обстоятельство служило предметом критики и в период действия старого УПК, но при разработке и принятии нового кодекса высказываемые в науке предложения предоставить потерпевшему при назначении и производстве экспертизы те же права, что и обвиняемому⁶², не были в полной мере учтены. Статья 198 УПК РФ фактически уравнивает потерпевшего со свидетелем, предоставляя ему право ознакомиться с заключением эксперта лишь в случае, если сам потерпевший являлся объектом экспертного исследования. Указание на право потерпевшего знакомиться с постановлением о назначении экспертизы, заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве экспертизы в другом экспертном учреждении сформулировано столь неопределенно, что оставляет сомнение: касается ли это право всех назначаемых следователем экспертиз или тех, что проводятся в отношении самого потерпевшего. Учитывая, что закон (ст. 206 УПК РФ) не предоставляет потерпевшему права на ознакомление с заключениями всех проводимых по делу экспертиз, приходится констатировать, что положения ст. 198 в части обеспечения прав потерпевшего при назначении экспертизы носят не только двусмысленный, но и дискриминационный характер.

Формально предоставляя участникам процесса право ходатайствовать о назначении любой экспертизы, закон отнюдь не гарантирует, что экспертиза будет назначена, поскольку удовлетворение ходатайств

⁶¹ См.: Тарасов, А.А. Об участии стороны защиты в использовании специальных знаний по уголовным делам /А.А.Тарасов //Федеральное законодательство об адвокатуре: практика применения и проблемы совершенствования: материалы международной научно-практической конференции. Екатеринбург, 13 июля 2004 г. — Екатеринбург: Уральский университет, 2004. — С.269; Россинская, Е.Р. Использование специальных знаний по новому УПК России /Е.Р.Россинская // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Сочи. 11-12 окт. 2002 г. — Краснодар, 2002. — С.66; Кудрявцева, А.В. Судебная экспертиза в уголовном процессе России /А.В.Кудрявцева. — Челябинск, 2001. — С.88-90.

⁶² См., например, Шейфер, С.А. О расширении гарантий прав потерпевшего при проведении некоторых следственных действий /С.А.Шейфер, В.А.Лазарева //Проблемы охраны прав и законных интересов личности в социалистическом уголовном праве и процессе: сборник научных трудов. — Ярославль, 1985. — С.45-55.

сторон не является безусловной обязанностью органа расследования. Обстоятельства, для установления которых подозреваемый, обвиняемый просит назначить экспертизу, с точки зрения следователя, могут не иметь того значения, которое им придается подозреваемым, обвиняемым, что, учитывая их нахождение по разные стороны состязания, вполне естественно. Не естественно, однако, предоставление одной стороне (следователю) права оценивать обоснованность ходатайства другой стороны (обвиняемого).

По описанному выше делу М. защита неоднократно заявляла ходатайства как о допросе экспертов, проводивших судебно-психиатрические экспертизы, так и о проведении еще одной судебной экспертизы с привлечением экспертов из всех трех экспертных учреждений, ранее проводивших по этому делу экспертизы. Защита настаивала также на постановке перед экспертами вопросов, которые не были предметом этих экспертиз, в частности, о степени влияния посттравматического стрессового состояния, вызванного похищением М. и покушениями на его жизнь, на способность адекватно оценивать реально существующую опасность для жизни его брата А. при нападении на последнего троих мужчин. Ни одно из ходатайств защиты удовлетворено не было.

Таким образом, новый УПК РФ, с одной стороны, недостаточно полно обеспечивает права стороны защиты при назначении и производстве экспертизы, с другой — сохраняет неравенство прав потерпевшего и обвиняемого. Фактически все возможности привлечения необходимых в доказывании специальных знаний сосредоточены в руках официальных лиц — дознавателя и следователя. Закон не обеспечивает неофициальным лицам равного с официальными органами и должностными лицами доступа к назначению и производству экспертиз. Это неравенство усугубляется принадлежностью большинства экспертных учреждений к тем ведомствам, в состав которых входит большая часть следователей и дознавателей⁶³. Ликвидации описанного неравенства процессуальных возможностей сторон, как представляется, и призвано служить новое доказательство.

Введение в процесс доказывания заключение специалиста, таким образом, предоставляет неофициальному лица возможность самостоятельно получить ответ на имеющиеся, с его точки зрения, значение для

⁶³ См. об этом: Кудрявцева, А.В. О системе государственных экспертных учреждений // А.В. Кудрявцева // Вестник Южно-Уральского государственного университета. — 2002. — №4 (13). Серия «Право». — Вып.2. — С.73-78.

дела вопросы и использовать полученные от специалиста сведения в качестве доказательства своих доводов.

Однако, учитывая новизну рассматриваемого института и определенное этим отсутствие соответствующих научных разработок и практических рекомендаций, следует признать, что правовая регламентация нового вида доказательства является чрезмерно лаконичной и недостаточной для правильного применения связанных с этим доказательством возможностей.

В целях выявления существенных признаков нового доказательства, позволяющих отграничить заключение специалиста от заключения эксперта, рассмотрим его форму и содержание.

Содержанием заключения специалиста являются, как следует из буквального смысла ст.80 УПК, суждение специалиста по вопросам, входящим в его профессиональную компетенцию. Сопоставление с тем, как определено в той же статье содержание заключения эксперта, позволяет говорить о неидентичности содержательной стороны двух, внешне схожих доказательств. Однако различие между ними заключается не в объеме специальных знаний и не в степени научной компетенции того и другого. Главное отличие состоит в том, что специалист не проводит каких-либо исследований и потому не вправе делать какие-либо выводы, он лишь высказывает свое мнение по имеющим значение для дела вопросам. Отсюда видно принципиальное различие в доказательственной сущности сравниваемых видов доказательств: проводя работу по исследованию представленных ему объектов, эксперт обнаруживает скрытую в следах преступления новую информацию, специалист же оперирует уже выявленной информацией, высказывая свое мнение, он, по сути, дает ей оценку с учетом своих специальных знаний. Специалист не может заменить собой эксперта, но эксперт может быть допрошен и как специалист для разъяснения суду вопросов, требующих специальных знаний.

С учетом сказанного различные требования законодатель предъявляет и к форме двух видов доказательств. Характер содержания заключения специалиста не требует четкой процессуальной формы, обеспечивающей его допустимость, однако отсутствие вообще какой-либо регламентации процедуры формирования заключения специалиста вряд ли можно считать правильным. Введя в закон новый процессуальный институт, законодатель не озаботился должным образом приведением в соответствие с этим нововведением других правовых положений, связанных с участием в уголовном процессе специалиста. Подтвердим сказанное.

Если заключение специалиста — это письменное суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами, то стороны должны иметь возможность поставить эти вопросы, т.е. получить доступ к специалисту, привлечь его к участию в деле. Однако УПК не содержит четких указаний на то, в каком порядке сторонами привлекается специалист. Статья 53 УПК, хотя и предоставляет защитнику право привлекать специалиста, однако отсылает к ст.58, которая, в свою очередь, гласит, что вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяется ст.168 и 270 УПК. Обратившись к названным статьям, видим, что в одной из них речь идет об участии специалиста в следственных действиях, другая, касающаяся участия специалиста в судебном заседании, вновь отсылает нас к порядку, установленному ст.58. Таким образом, круг замыкается на ст.58, которая хотя и подверглась определенным коррективам в июле 2003 г., тем не менее, непригодна для приглашения специалиста сторонами в целях получения от него заключения. Статья 58 по-прежнему ориентирована лишь на использование специалиста для содействия в обнаружении, закреплении, изъятии предметов и документов и применении технических средств при производстве следственных действий. Поэтому и право вызова специалиста закон предоставляет исключительно следователю. Могут ли и каким образом другие участники процесса (обвиняемый, защитник, потерпевший) самостоятельно пригласить специалиста, не ясно. Добавим к этому, что в законе (ст. 42, 46, 47) ничего не сказано и о праве потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого привлекать к участию в процессе специалиста, как это сделано в ст.53 в отношении защитника. Отсутствует указание на право участников процесса привлекать специалиста, ставить перед ним вопросы и получать на них ответы в виде письменного заключения и в ст.86, регламентирующей способы собирания доказательств при производстве по уголовному делу. В УПК ничего не сказано о том, в каком порядке допрашивается специалист в ходе предварительного расследования и в судебном разбирательстве, хотя показания специалиста названы в качестве вида доказательств наравне с его заключением.

Таким образом, право стороны защиты, а также потерпевшего обратиться к специалисту с просьбой дать заключение по интересующим их вопросам не обеспечено соответствующим процессуальным механизмом, что хотя и не может, на наш взгляд, рассматриваться как основание отказа в принятии представленных участниками процесса заключений, порождает определенную сложность в реализации ими данного права.

Другая сложность выявляется при анализе полномочий специалиста. Специалист, как это следует из ч.3 ст.58 УПК РФ, вправе:

- 1) отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями;
- 2) задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда;
- 3) знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол;
- 4) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

Часть 4 этой статьи гласит, что специалист не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд, а также разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК. За разглашение данных предварительного расследования специалист несет ответственность в соответствии со ст.310 УК РФ.

Указанный перечень принадлежащих специалисту прав и возложенных на него обязанностей не согласуется с данным в этой же статье определением специалиста как лица, привлекаемого не только к участию в процессуальных действиях для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела, но и для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. В первую очередь, следует выяснить, вправе ли специалист знакомиться с материалами уголовного дела, содержание которых вызвало у сторон вопросы. Иными словами, является ли письменное суждение специалиста, составляющее содержание его заключения, теоретической консультацией, отражающей его специальные знания, или же оно может содержать также оценку доказательственной информации, содержащейся в иных источниках.

Учитывая допускаемую законом возможность привлечения специалиста для постановки вопросов эксперту, следует признать, что специалисту могут быть предъявлены предметы и документы, направляемые на экспертизу. Это согласуется и с правом следователя привлечь специалиста к участию в осмотре места происшествия, осмотре вещественных доказательств и других следственных действиях. Нет видимых препятствий к тому, чтобы специалист высказал рекомендации

о возможности назначения судебно-психиатрической или судебно-психологической экспертизы на основе наблюдения за поведением лица, например, в ходе его допроса. Представляется возможным и ознакомление специалиста с материалами дела в целях формулирования вопросов для посмертной экспертизы психического состояния лица. Сложнее обстоит дело с правом специалиста знакомиться с заключениями экспертов и высказывать свое суждение о полноте и обоснованности выводов экспертов, научности примененных ими методик. Именно в этих целях чаще всего и прибегает к помощи специалиста сторона защиты, добиваясь изменения основанной на выводах экспертов судебной оценки обстоятельств дела.

Критика одним специалистом заключения другого не является новым или недопустимым по закону явлением. В случае возникновения сомнений в полноте или обоснованности заключения эксперта стороны вправе ходатайствовать, а суд назначить дополнительную или повторную экспертизу. Однако доказательственное значение критики экспертного заключения со стороны других экспертов существенно отличается от ценности аналогичной критики, высказанной специалистом, не имеющим статуса эксперта. Дело в том, что правовая регламентация статуса эксперта гарантирует полноту, объективность и непредвзятость его исследования и заключения. Так, эксперт не вправе без разрешения следователя и суда вести переговоры с участниками процесса по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы, самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования, проводить без разрешения следователя исследования, которые могут привести к уничтожению или изменению свойств исследуемого объекта. Эксперт не вправе давать заведомо ложное заключение, за которое он несет уголовную ответственность в соответствии со ст. 307 УК РФ. Главное же состоит в том, что выводы эксперта не умозрительны, они опираются на произведенные им исследования, для обеспечения полноты которых эксперту предоставлено право знакомиться с соответствующими материалами дела, ходатайствовать о представлении дополнительных материалов, участвовать в процессуальных действиях и выяснять в их ходе относящиеся к предмету судебной экспертизы вопросы. Статус специалиста таких гарантий объективности, полноты заключения не содержит. Существенным образом различаются требования, предъявляемые к компетенции эксперта и специалиста. И хотя судебная экспертиза может быть поручена не только государственным судебным экспертам, но и иным экспертам из числа лиц, обладающих специальными знаниями (ч. 2 ст. 195 УПК), подавляющее большинство

экспертиз проводится государственными судебными экспертами, действующими в соответствии с ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», которым созданы дополнительные гарантии независимости эксперта (ст.7), объективности, полноты и всесторонности исследования (ст.8).

В то же время УПК устанавливает возможность отвода специалиста по таким же основаниям, которые предусмотрены для отвода эксперта, включая выявившуюся его некомпетентность и зависимость от сторон или их представителей. Закрепление в УПК правил об отводе специалиста направлено, в том числе, на обеспечение объективности его заключения.

На наш взгляд, пути разрешения поставленного вопроса находятся не в плоскости ограничения полномочий специалиста. Такое ограничение неизбежно нарушает баланс уголовно-процессуальных возможностей обвинения и защиты. Решение проблемы видится в принципиальных положениях ст.17 УПК РФ: суд, руководствуясь законом и совестью, оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, формирующемуся на основании совокупности всех имеющихся в деле доказательств, и никакие доказательства при этом не имеют заранее установленной силы. Это означает, что какие бы суждения ни высказал привлеченный стороной защиты специалист и чем бы он при этом ни руководствовался, его заключение и разъясняющие это заключение показания (после предупреждения специалиста об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний!) подлежат тщательной всесторонней проверке и объективной оценке принимающими решения по делу участниками уголовного процесса. Опасения, что представленные стороной защиты письменные суждения специалиста по вопросам, которые уже были предметом судебной экспертизы, искажат истину и приведут к неправильному судебскому решению, либо не имеют под собой серьезных оснований, либо заставляют всерьез задуматься над причинами этих опасений, кроющимися в низком качестве предварительного расследования.

Не следует априори думать, что судьи не сумеют правильно оценить характер и причины противоречий между заключением эксперта и заключением специалиста. Руководствуясь законом, судьи должны будут учесть не только степень независимости и профессиональной компетенции того и другого, но и обоснованность высказанных ими выводов и суждений, в том числе произведенными одним из них исследованиями. Введение в практику уголовного судопроизводства нового вида доказательств является попыткой разрушить сформировавшийся

в нашей практике стереотипный подход к оценке заключения экспертов как к доказательству более высокой силы, возвращающий нас к теории формальных доказательств. Если представленное стороной защиты заключение специалиста позволяет увидеть неполноту произведенных экспертом исследований, ненаучность примененных им методик, необоснованность или противоречивость экспертных выводов, его существование оправданно.

Подводя краткие итоги, можно сформулировать некоторые предложения, направленные на совершенствование уголовно-процессуального законодательства. В частности, следовало бы ч.3 ст.86 УПК РФ дополнить пунктом 4 следующего содержания: «4) получения письменного заключения специалиста по вопросам, входящим в его профессиональную компетенцию»; а перечень прав, предоставленных ст.42, 46, 47 УПК РФ потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому — правом привлекать специалиста. Главу 37 целесообразно дополнить статьей, регламентирующей порядок допроса специалиста. Необходимо также уточнить ч.2 ст.58 УПК РФ, изложив ее в следующей редакции: «2. Вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяется статьями 86, 168 и 270 УПК РФ».

Практика использования в доказывании заключения специалиста, бесспорно, позволит внести дополнительные коррективы в регламентацию процессуальной формы нового вида доказательств, однако недостатки этой регламентации не умаляют важности уже сделанного законодателем шага.

ГЛАВА 9.

Вещественные доказательства и документы

§1. Вещественные доказательства

Перечислив некоторые виды вещественных доказательств, ст.81 УПК РФ дает и их общее понятие. **Вещественными доказательствами** признаются любые предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. Каким же образом предметы и документы способствуют установлению обстоятельств преступления? Ответ на этот вопрос заключается в свойстве окружающего мира отражать происходящие в этом мире события. Вещественное доказательство — это объект материального мира, который в силу своих связей с расследуемым событием несет в себе информацию о нем. Характер этой информации существенно отличается от той, что сохраняет память свидетеля, потерпевшего, обвиняемого и подозреваемого или которая содержится в заключении эксперта. Она сохраняется в неизменном виде и даже может быть доступна чувственному восприятию.

В той мере, в какой вещественное доказательство позволяет органу расследования и суду непосредственно воспринимать некоторые признаки преступления, оно придает доказыванию элемент той непосредственности, о которой мы говорили, рассматривая процесс доказывания. Вещественное доказательство выполняет в доказывании роль эмпирического аргумента, непосредственно предъявляемого суду для доказывания определенного положения.

Содержание вещественного доказательства — это те его признаки, которые свидетельствуют о связи вещественного доказательства с расследуемым преступлением, то есть придают ему свойство относимости. Предмет или документ становится вещественным доказательством в силу того, что испытал на себе воздействие преступления, однако результаты этого воздействия могут быть различным.

Вещественное доказательство может сохранять на себе непосредственные следы преступления в их узком (криминалистическом) смысле. Это следы крови на одежде подозреваемого, следы орудий взлома

на квартирной двери, отпечаток пальца руки на рукоятке ножа и т.д. Доказательственное значение в этом случае имеют физические свойства объекта (форма, цвет, состав, количество пятен на одежде; вид, форма размер и характерное расположение царапин и иных повреждений на двери, характер и рисунок папиллярных линий и т.п.). Предмет становится вещественным доказательством потому, что его физические характеристики были изменены в результате преступления (например, у потерпевшего осталась сумка с оторванной в ходе преступления ручкой).

Вещественное доказательство может стать таковым в силу его местонахождения — обнаруженные у подозреваемого ценные вещи, принадлежащие потерпевшему, или найденный на месте совершения преступления предмет, принадлежащий подозреваемому. При этом сам предмет в результате преступления не изменился, воздействие на него преступления выражается в перемещении предмета, вырванного событием преступления из обычных связей. Доказательственное значение в этом случае имеет факт обнаружения предмета в определенном месте или у определенного лица. Отсюда его название — поличное.

Вещественное доказательство также может быть создано в ходе совершения преступления, например, фальшивые денежные знаки, фальшивый документ, изготовленный и подписанный от имени другого лица. Доказательственное значение имеет в этом случае факт его изготовления.

Во всех случаях объект становится вещественным доказательством в результате совершения преступления, он испытал на себе его воздействие и заключает (отражает) в себе следы этого преступления как в узком, криминалистическом, так и в широком (информационном) смысле слова.

Связь вещественного доказательства и преступления может быть как непосредственной, так и опосредованной, отдаленной. Например, являются вещественными доказательствами ценности, обнаруженные в доме, где совершено убийство. Они исключают непосредственный корыстный мотив убийства или свидетельствуют об отсутствии достаточного времени для завладения ими. В ходе обыска обнаружен пистолет, не имеющий признаков недавнего выстрела. Отсутствие признаков выстрела — это информация, имеющая характер оправдательного доказательства.

Таким образом, содержанием вещественного доказательства, как и других видов доказательств, являются информация, сведения, служащие средством установления разнообразных обстоятельств, имею-

ших значение для дела. Но в отличие от других видов доказательств, эта информация сохраняется в первоначальном, неизменном, то есть **не перекодированном** виде.

Под **формой вещественного доказательства** следует понимать материальный носитель этой информации, то есть предмет или документ. Строго говоря, понятие «вещественное доказательство» и есть характеристика доказательства со стороны его формы. Вещественное доказательство — это вещь. Доказательством эту вещь делают рассмотренные выше признаки, тоже имеющие овеществленный характер. Вещественное доказательство — это и форма, и содержание. Если материальный объект не имеет признаков связи с преступлением, он не является вещественным доказательством в подлинном смысле слова. Однако поскольку наличие такой связи не всегда очевидно в момент обнаружения предмета, он может быть признан вещественным доказательством на основании предположения о возможности существования такой связи, которое может впоследствии и не подтвердиться. Поэтому формально являющийся вещественным доказательством и приобщенный к уголовному делу такой предмет не способен служить средством процессуального доказывания.

Однако вопрос о форме вещественного доказательства в теории рассматривается, как правило, более широко, к форме вещественного доказательства обычно относят целый ряд процессуальных действий органа расследования и составленных ими при этом документов. Вопрос этот должен быть рассмотрен более подробно.

Вещественное доказательство может быть обнаружено органом предварительного расследования в ходе производства следственных (осмотр, обыск, выемка) и иных процессуальных действий (истребование и представление). Факт и обстоятельства обнаружения вещественного доказательства обязательно отражаются в протоколе следственного или процессуального действия. В соответствии с ч.2 ст.81 УПК обнаруженные органом расследования или представленные ему участниками процесса предметы осматриваются, признаются вещественными доказательствами и приобщаются к делу. Нарушение этих правил вполне может повлечь недопустимость вещественного доказательства.

Осмотр вещественного доказательства необходим в целях индивидуализации объекта, исключающей возможность его подмены или искажения его характеристик. Он может быть произведен в ходе следственного действия, в процессе производства которого оно было обнаружено, или в виде отдельного следственного действия.

Решение о признании материального объекта вещественным доказательством и приобщении его к делу означает, что в ходе осмотра или других процессуальных действий обнаружено наличие связи этого объекта с преступлением, то есть такой признак доказательства, как относимость, конкретизированный ст.81 УПК путем перечня предметов, которые могут быть использованы в этом качестве.

Отражение факта обнаружения вещественного доказательства, его осмотр и приобщение его к уголовному делу обеспечивают допустимость вещественного доказательства. Составленные органом расследования в ходе производства этих процессуальных действий документы позволяют закрепить и сохранить имеющие доказательственное значение признаки объекта, а также проверить происхождение вещественного доказательства, следовательно, и достоверность содержащейся в нем информации, убедиться в подлинности вещественного доказательства. Нарушение порядка обнаружения и закрепления вещественного доказательства может вызвать неустранимые сомнения в его пригодности служить средством адекватного отражения преступления. Например, если предметы одежды потерпевшего и подозреваемого не были соответствующим образом упакованы непосредственно по их получении в ходе обыска или выемки, то обнаруженные следы (микрочастицы их наложения) не могут рассматриваться как доказательство физического контакта потерпевшего и подозреваемого.

Таким образом, процедура получения и закрепления в материалах дела вещественного доказательства является важнейшим условием допустимости использования этого доказательства. На особый характер связи между предметом — вещественным доказательством и протоколом осмотра, в котором описана обстановка его изъятия, указывал А.А.Эйсман, подчеркивая, что она «настолько существенна, что отсутствие или утрата ее равносильны утрате самого вещественного доказательства (при отсутствии протокола) либо значительному обесценению сведений, содержащихся в протоколе (при утрате вещественного доказательства)»⁶⁴. Однако это не дает никаких оснований считать процедуру следственного действия формой вещественного доказательства. Протокол следственного действия по обнаружению доказательства, протокол его осмотра являются самостоятельными доказательствами, влияющими на оценку вещественного доказательства и наоборот. По-

⁶⁴ Эйсман, А.А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование)/ А.А.Эйсман. — М.: Юридическая литература, 1967. — С.135.

этому, говоря о том, что два доказательства полноценны лишь тогда, когда выступают вместе, А.А.Эйсман отметил условность примененного им выражения «комплексное» доказательство⁶⁵.

Каково значение постановления о приобщении вещественного доказательства к делу? Допустим, следователь не вынес соответствующего постановления, однако в протоколе обыска с соблюдением всех требований УПК отражен факт обнаружения предмета, а в протоколе осмотра этого предмета подробно описаны все его идентификационные признаки⁶⁶. Впоследствии этот предмет был подвергнут экспертному исследованию, в результате которого выявлены и зафиксированы те его признаки, которые и придают предмету значение доказательства. Теряется ли доказательственное значение вещественного доказательства вследствие отсутствия постановления о приобщении его к делу? Очевидно, что при положительном ответе на этот вопрос свое доказательственное значение теряют и протокол осмотра объекта, и заключение эксперта. Вряд ли такое решение соответствует смыслу требований закона о допустимости доказательства.

Думается, что постановление органа расследования о приобщении объекта к уголовному делу не имеет какой-либо связи с обосновывающим содержанием доказательства, а потому не является и элементом его процессуальной формы. Вынесение следователем этого постановления есть констатация решения использовать этот предмет в качестве доказательства, основанного на предварительной оценке одной лишь относимости. Закон не связывает этого решения с оценкой достоверности доказательства, поскольку она является результатом совокупной оценки доказательств. Нельзя считать, что следователь в этот момент оценивает доказательство как допустимое, поскольку это означало бы оценку им законности собственных действий. Постановление о признании предмета вещественным доказательством и приобщении его к уголовному делу носит организационно-распорядительный характер. Оно не является элементом ни познавательной, ни удостоверительной

⁶⁵ См.: Там же.

⁶⁶ Высказанное в свое время В.Д.Ареневым в статье «Вопросы теории вещественных доказательств в советском уголовном процессе» (см.: Труды Иркутского университета. — 1957. — Т.22. — С.94) мнение о том, что при описанных обстоятельствах предмет не утрачивает значения вещественного доказательства, большинством других процессуалистов было отвергнуто, на наш взгляд, необоснованно. См. подробнее: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.648.

деятельности, хотя имеет признаки промежуточной оценки доказательства.

Значение вещественных доказательств

Название «вещественное» связано со словом «вещь», которое обозначает неодушевленный предмет. Следовательно, вещественные доказательства лишены того субъективного, что привносит в любое личное доказательство психическая деятельность его носителя. Содержание вещественного доказательства, таким образом, является объективным. Информация, содержащаяся в вещественных следах преступления, сохраняется в непреобразованном виде. Если эта информация доступна чувственному, например, визуальному восприятию, она может быть объектом непосредственного восприятия как следователя и суда, так и других участников процесса, заинтересованных в исходе дела (обвиняемого, потерпевшего). Однако если информация существует в скрытом виде и недоступна непосредственному восприятию субъектов уголовного процесса или может быть «прочитана» лишь с помощью научно-технических средств, применяемых специалистами, возникает та же опасность утраты или искажения части информации, что и при использовании личных доказательств.

Человеческий фактор, субъективирующий познание, может проявиться и в фальсификации вещественного доказательства. Оно может быть специально изготовлено, изменено или подброшено. Интерпретирующий выявленную скрытую информацию субъект может допустить ошибку. Поэтому вещественные доказательства нельзя считать более достоверными, более надежными средствами процессуального доказывания, чем, например, показания свидетеля и обвиняемого. Они просто иные и требуют иных приемов и способов их собирания и проверки и иных критериев оценки.

Вещественные доказательства создаются ходом события преступления, поэтому они незаменимы. Утрата вещественного доказательства невозможна, оно не может быть заменено другим предметом.

Роль и значение вещественных доказательств в уголовном процессе все более возрастают, поскольку совершенствуются способы их исследования. По мере развития криминалистики, химии, физики, биологии, медицины, трасологии и других наук ранее недоступная информация становится не только все более доступной, но и более достоверной. Вещественные доказательства могут быть использованы для доказывания любого имеющего значение для дела обстоятельства. Исчерпывающий их перечень невозможен, но можно выделить ряд видов вещественных доказательств.

Ст.81 УПК РФ называет следующие виды вещественных доказательств.

1. Предметы, которые служили орудиями преступления. К ним относятся любые объекты материального мира, которые были использованы при совершении преступления. Это предметы, с помощью которых наносились телесные повреждения (холодное и огнестрельное оружие, палка, камень, яд, используемый для отравления, и т.д.), вскрывались хранилища (ключи, отмычки, орудия взлома), присваивалось чужое имущество (фальшивые личные и финансовые документы). К этой группе относятся и предметы, используемые для сокрытия следов преступления (лопата).

2. Предметы, которые сохранили на себе следы преступления, то есть следы в их криминалистическом смысле. Среди них выделяют следы, отражающие (воспроизводящие) внешнюю форму материальных объектов: следы рук, обуви, транспорта, орудий взлома и следы, отражающие собственные признаки: пятна — крови, спермы, краски и частицы — волосы, волокна. К этой группе доказательств следует отнести и документы со следами фальсификации (подчисток, травления, переклеивания и других подделок).

3. Предметы, на которые были направлены преступные действия обвиняемого — это те предметы, которыми преступник стремился завладеть (например, в качестве взятки), которые он хотел уничтожить или повредить или которые он хотел изготовить, в том числе и сфальсифицировать. Сюда следует отнести и так называемые продукты преступления, то есть объекты, изготовленные в ходе совершения преступления: фальшивые деньги, лекарственные препараты, пиратские видеокассеты и др.

4. Деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, — это не только ценности, которыми преступник завладел путем совершения преступления (похитил), но и те доходы, которые были от них получены. Например, деньги, полученные от продажи или сдачу в аренду похищенного имущества; ценности, приобретенные на деньги, полученные путем мошенничества или в виде взятки.

5. Иные предметы и документы, которые могут служить средствами обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. Столь широкая и неопределенная формулировка говорит о невозможности учесть на законодательном уровне все многообразие возможных связей между явлениями в материальном мире. К числу вещественных доказательств, например, следует отнести средства дезинформации органов расследования, если только они не охватываются объек-

тивной стороной самого преступления (в этом случае они могут быть рассмотрены как орудия или предметы преступления), фотография, звуко- и видеозапись, свидетельствующие о знакомстве двух лиц, скрывающих этот факт, или подтверждающие отрицаемое ими знание каких-то обстоятельств; материальные носители электронной информации; фонограммы, полученные при производстве контроля и записи переговоров.

Деление вещественных доказательств на виды необходимо для того, чтобы сориентировать правоприменителя на поиск необходимых объектов. Однако следует учитывать, что границы между рассмотренными группами достаточно условны. Один и тот же объект может обладать признаками двух или даже более видов. Например, фальшивые деньги или документы, использованные для совершения мошенничества, являются орудием преступления, однако если они были изготовлены самим мошенником, то приобретают значение предметов, на которые были направлены преступные действия. Ценности, полученные в виде взятки или коммерческого подкупа, относятся ко 2-й и 3-й группам, а если на них имеются еще и следы преступления (например, крови), то и к 1-й группе тоже.

Дополнения, внесенные в УК и УПК РФ законом от 27.07.2006 года, включившие в предмет доказывания тот факт, что подлежащее конфискации в соответствии со ст. 104¹ УК имущество получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации), заставляют задуматься над вопросом, можно ли рассматривать перечисленное имущество в качестве вещественных доказательств. Связь этого имущества с преступлением подлежит доказыванию, а наличие такой связи является признаком доказательства, определяет его относимость. Хотя п.2¹ ч.1 ст.81 УПК называет вещественными доказательствами лишь деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, п.3¹ ч. 2 ст.182 определяет судьбу доходов от этого имущества, а равно имущества, которое использовалось или предназначалось для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества, именно как вещественных доказательств. Обнаруженные в ходе производства следственных действий (например, осмотра), такие доходы и такое имущество, например, транспортные средства, использу-

емые для перевозки боевиков, крупные имущественные комплексы, промышленные или торговые предприятия, доход от которых идет на финансирование терроризма, подлежат аресту в порядке, установленном ст.115 УПК РФ (п.3¹ ч.2 ст.82)⁶⁷.

Завершая рассмотрение этого вопроса, следует заметить, что в научной литературе обращено внимание на наличие материальных объектов, которые выполняют в доказывании такую же роль, что и вещественные доказательства, но они не приобщаются к делу в качестве вещественных доказательств по соображениям морально-этического порядка (труп) или ввиду физической невозможности их изъятия и приобщения к делу (участки местности и другие объекты недвижимости)⁶⁸. Например, телеграфный столб, с которым столкнулся автомобиль, как справедливо отмечает Ю.К.Орлов, выполняет ту же роль, что и взломанный сейф: оба предмета служат средством идентификации по оставленным на них следам, но столб не может быть приобщен к делу в качестве доказательства⁶⁹. Автор пришел к выводу, что круг предметов материального мира, могущих быть вещественными доказательствами, определяется исключительно физическими возможностями их изъятия и хранения в этом качестве, но каких-либо процессуальных ограничений не существует. Еще раньше учеными была высказана мысль о доказательственном значении места происшествия, представляющего собой единый криминалистический комплекс, объекты которого связаны с преступлением причинно-следственными, пространственными, временными и иными связями⁷⁰. Кстати сказать, УПК РФ не предусматривает обязательного хранения вещественного доказательства при деле. В соответствии с п.1 ч.2 ст.82 громоздкие предметы могут быть сфотографированы, сняты на кино-, видеопленку, опечатаны и храниться в месте их нахождения. К материалам дела приобщается документ о местонахождении этого имущества.

Классификация вещественных доказательств

В литературе отмечается, что в своем большинстве вещественные доказательства являются косвенными, поскольку они устанавливают не факт совершения преступления определенным лицом, а промежуточные факты, позволяющие с определенной долей вероятности де-

⁶⁷ Порядок хранения вещественных доказательств определяется специальной Инструкцией от 19 октября 1989 года.

⁶⁸ См.: Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. — С.114.

⁶⁹ См.: Там же.

⁷⁰ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.640-641.

дать предположительные выводы о главном факте. Например, пистолет, изъятый у подозреваемого в убийстве, является лишь одним из косвенных доказательств, однако поскольку значение доказательства как прямого или косвенного зависит от предмета доказывания, в некоторых случаях мы имеем дело с прямым вещественным доказательством. Например, обнаруженный при обыске пистолет прямо указывает на такое преступление, как хранение огнестрельного оружия⁷¹.

Вещественные доказательства могут, хотя и многоступенчато, устанавливать как вину, так и невиновность обвиняемого, поэтому они могут быть и обвинительными, и оправдательными. В приведенных выше примерах огнестрельное оружие — это чаще всего обвинительное доказательство, однако отсутствие в стволе следов недавнего выстрела или несовпадение марки оружия с найденными на месте происшествия стреляными гильзами или извлеченными из тела пулями превращает его в оправдательное доказательство. Иногда одно и то же вещественное доказательство может рассматриваться и как обвинительное, и как оправдательное. Обнаружение на пистолете, изъятom у подозреваемого, отпечатков пальцев рук другого лица является оправдательным по отношению к подозреваемому, но обвинительным по отношению к этому другому лицу. По мере выявления связей между доказательствами оценка характера и самой относимости вещественного доказательства может меняться.

Практическую и теоретическую важность и определенную сложность имеет вопрос о классификации вещественных доказательств по источнику отраженной в них информации. Орудия преступления, предметы, на которые были направлены действия преступника, следы ног, рук, транспортных средств, похищенные ценности, сфальсифицированные документы и денежные знаки являются первоначальными вещественными доказательствами.

Необходимость сохранения следов преступления, оставленных на объектах, которые не могут быть перемещены в уголовное дело, например, вышеописанный телеграфный столб, стена дома, многотонный сейф, транспортное средство, оправдывает существование производных вещественных доказательств. Особенность производных вещественных доказательств состоит в том, что они возникают не по воле события, как, например, при формировании производных свидетельских показаний, а в результате целенаправленных действий органов

⁷¹ См.: Там же.

предварительного расследования. Можно сказать, что производные вещественные доказательства являются результатом деятельности органа расследования по извлечению и закреплению доказательственной информации в целях ее сохранения и использования.

К производным вещественным доказательствам обычно относят их копии, под которыми понимаются слепки и оттиски следов физического воздействия рук, ног, зубов, пальцев, протекторов шин, орудий взлома на материальные объекты. Однако отношение к производным доказательствам в науке неоднозначно.

Сомнения в существовании производных вещественных доказательств обусловлены тем, что слепки и оттиски не являются точными копиями самого вещественного доказательства. «Никакая копия не обеспечивает абсолютного тождества... Самый совершенный слепок воспроизводит только внешние очертания предмета, лишая представления о химическом составе, цвете, весе, запахе и других качествах вещественного доказательства, которые могут оказаться существенными»⁷². Мысль верная, однако не лишаящая слепков и оттисков их способности быть доказательствами.

Производные вещественные доказательства действительно не являются ни точной, ни полной копией объекта, они воспроизводят лишь ту часть материального объекта, которая имеет следы преступления. Можно сказать, что, изготавливая слепки и оттиски, мы переносим информацию об оставивших эти следы предметах с самих вещественных доказательств в материалы дела, причем переносим, не изменяя ее сигнала, то есть не перекодируя. Производное вещественное доказательство, таким образом, отличается от первоначального не содержанием, а формой, материальным воплощением информации. Поэтому если в распоряжении органа расследования имеются технические средства адекватного переноса информации, производные вещественные доказательства способны служить важнейшим средством процессуального доказывания. В основном они используются для определения групповой принадлежности или идентификации оставивших эти следы предметов.

Процесс переноса любой информации неизбежно сопровождается утратой определенной ее части и возможным искажением. Сложность оценки производного вещественного доказательства состоит в отсут-

⁷² Ларин, А. Некоторые проблемы теории доказательств / А. Ларин // Социалистическая законность. — 1963. — №8. — С.53

ствии возможности сопоставить его с первоначальным носителем информации, сохранить которые невозможно. Кроме того, отрыв содержания доказательства от его первоначальной формы чреват опасностью умышленного его искажения или подмены.

Примером этому служит проанализированное ранее дело Л., обвиняемого по ч.1 ст.222 УК РФ (хранение огнестрельного оружия). Поэтому первоначальное вещественное доказательство, по возможности, следует сохранить, а при невозможности – подробно отразить все его существенные признаки, используя известные средства и способы закрепления доказательств.

В теории была высказана мысль, что производное вещественное доказательство – это модель оригинала, подобная ему в определенном отношении⁷³. С этим трудно согласиться. Слпки и оттиски не просто имеют признаки оригинала, но сохраняют (отражают) его наиболее существенную часть, тогда как модель – лишь подобие оригинала.

Моделями оригинала могут считаться так называемые подобные предметы или предметы-аналоги, используемые взамен отсутствующего оригинала. Например, нож или пистолет того же типа используется для установления групповой принадлежности оставленных оригиналом следов. Некоторые авторы считают подобные предметы разновидностью производных вещественных доказательств⁷⁴. Не отрицая значения предметов-аналогов для установления обстоятельств дела, признать их производными вещественными доказательствами невозможно. Эти предметы не имеют *свойства производности* – основного признака производного вещественного доказательства, то есть зависимости его характеристик от характеристик оригинала. Вещественное доказательство и предмет-аналог не отражают свойства друг друга, а имеют какие-либо общие свойства. Подобные предметы не несут в себе ни информацию о преступлении, ни информацию о веществен-

⁷³ Со ссылкой на работу В.А. Штоффа (Штофф, В.А. Моделирование и философия / В.А. Штофф. – М., 1966), эту мысль восприняли и другие авторы. См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.644; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник/ отв. ред. П.А.Лупинская. – С.273 (автор раздела. – Ю.К.Орлов).

⁷⁴ См.: Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в головном процессе. – С.115-116. Еще раньше эта мысль была обоснована А.М.Лариным. См.: Указ.соч. – С.53 и сл.

ном доказательстве⁷⁵. Они несут информацию о собственных свойствах и признаках, имеющих сходство с признаками предмета, который мог бы стать вещественным доказательством в случае его обнаружения.

Подобные предметы (модели) в большей степени сходны не с вещественными доказательствами, а с образцами для сравнительного исследования.

Образцы для сравнительного исследования нередко относят к вещественным (и именно производным) доказательствам, однако вопрос этот считается спорным. УПК РФ предусматривает получение образцов (например, крови, слюны, мочи и прочих биологических выделений человека, почерка, товаров, стреляной пули, гильзы и пр.) для сравнительного исследования, в результате которого возможна идентификация следов, оставленных преступлением в виде вещественных доказательств. Зачастую эти образцы сравниваются не с первоначальным, а с производным вещественным доказательством (слепками и оттисками).

По вопросу о юридической природе образцов для сравнительного исследования ранее высказывались и другие мнения. Их называли заменимыми (в отличие от подлинных, незаменимых) вещественными доказательствами⁷⁶, производными вещественными доказательствами⁷⁷, вспомогательными техническими средствами доказывания, не имеющими доказательственного значения⁷⁸, самостоятельным видом доказательств⁷⁹.

Представляется, что наиболее близко подошли к пониманию сущности образцов для сравнительного исследования авторы, считающие, что образцы — это особая категория используемых в уголовном процессе объектов, которые близко примыкают к вещественным доказа-

⁷⁵ Заметим, что необходимость использования подобных предметов возникает при обнаружении объектов, использовавшихся при совершении преступления, то есть при отсутствии самого вещественного доказательства. Поэтому производного от него доказательства быть не может. Подобный предмет — это своего рода материализованное описание орудия преступления, похищенного имущества и т.п.

⁷⁶ См.: Петрухин, И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. — С.148.

⁷⁷ См.: Жбанков, В.А. Образцы для сравнительного исследования в уголовном судопроизводстве / В.А. Жбанков. — М., 1969. — С.23; Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. — С.116.

⁷⁸ См.: Селиванов, Н.А. Вещественные доказательства / Н.А. Селиванов. — М., 1971.

⁷⁹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.646.

тельствам, но не являются ими, поскольку имеют иное происхождение, а выступают в роли связующего звена между идентифицируемым и идентифицирующим объектами⁸⁰. Образцы в отличие от вещественных доказательств не создаются в ходе совершения преступления, а потому не являются его отражением. Они *не производны* и от вещественного доказательства.

Таким образом, значение образцов для сравнительного исследования состоит в том, что они позволяют выявить доказательственное значение вещественного доказательства, хотя самостоятельного доказательственного значения они не имеют.

По способу возникновения образцы делят на экспериментальные (образцы почерка подозреваемого, полученные в ходе следственного действия), свободные (образцы его же почерка, возникшие вне уголовного дела — дневники, письма) и естественные, образующиеся естественным биологическим путем (кровь, волосы). Образцы могут отражать собственные идентификационные признаки (кровь, краска) или признаки внешнего по отношению к ним (идентифицируемого) объекта (отпечатки пальцев, зубов, оттиск печати). Образцы могут быть получены следователем, в том числе с привлечением специалиста, или экспертом (ст.202 УПК).

С образцами для сравнительного исследования не следует смешивать образцы товаров и продукции, являющихся вещественными доказательствами.

Особенности собирания, проверки и оценки вещественных доказательств

Не останавливаясь на общих вопросах собирания, проверки и оценки доказательств, рассмотрим те особенности этого процесса, которые обусловлены особым характером вещественных доказательств, послужившим критерием классификации доказательств и обусловившим выделение вещественных доказательств в отдельную классификационную группу, противостоящую остальным видам доказательств.

Процессуальная регламентация способов и порядка собирания вещественных доказательств направлена на то, чтобы обеспечить полное выявление и адекватное отражение тех признаков, которые и придают материальным объектам значение доказательств. Обнаружение самого

⁸⁰ См.: Белкин, Р.С. Курс криминалистики: в 3 т. Т.3. Криминалистические средства, приемы и рекомендации/Р.С.Белкин. — М.,1997. — С.124; Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.646.

предмета и выявление его признаков должны быть удостоверены таким образом, чтобы в дальнейшем исключить малейшие сомнения в возможности их использования для доказывания.

Вещественные доказательства могут быть получены в ходе таких следственных действий, которые специально для этого предназначены. Это осмотр, обыск, выемка, в том числе почтово-телеграфной корреспонденции. Они могут быть обнаружены в ходе следственного эксперимента, проверки показаний на месте, а также при задержании. Связь обнаруженных предметов с подлежащими доказыванию обстоятельствами в дальнейшем может не подтвердиться или, наоборот, обнаружиться только после проведения дополнительных процессуальных действий, однако все обнаруженные предметы, имеющие признаки, указывающие на возможную связь с преступлением, требуют обращения с собой как с вещественными доказательствами.

В большинстве случаев процедура получения вещественного доказательства предусматривает участие понятых. Их участие обязательно при осмотре, обыске, выемке, следственном эксперименте, осмотре и выемке почтово-телеграфных отправлений, осмотре и прослушивании фонограммы, а также при наложении ареста на имущество, предъявлении для опознания и проверке показаний на месте. Задача понятых — удостоверительный факт производства следственного действия, условия его проведения, факт и условия обнаружения вещественных доказательств, включая связь вещественных доказательств с обстановкой, в которой он находился, соблюдение порядка изъятия вещественных доказательств и совершения действий, направленных на возможность последующей их идентификации (упаковка, опечатывание), соблюдение прав участников следственного действия и обеспечение им возможности использовать эти права.

Гарантией полноты и точности отражения полученной вещественной информации служит возможность привлекать к участию в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов специалиста. Участие специалиста расширяет возможности использования технических средств для отыскания предметов и исследования их с целью выявления доказательственной информации. Специалист может быть привлечен к производству любого следственного действия, если для обнаружения и закрепления доказательственной информации требуются специальные знания. Право пригласить специалиста законом предоставлено следователю, дознавателю, однако интересам расследования не противоречит инициатива в этом вопросе обвиняемого, подозреваемого, защитника, потерпевшего и его представителя, которые

вправе заявить ходатайство о привлечении специалиста к участию в следственном действии. Во всяком случае, п.3 ч.1 ст.53 предоставляет защитнику такое право со ссылкой на ст.58 УПК РФ.

В ряде случаев закон предусматривает возможность участия в производстве ряда следственных действий потерпевшего, гражданского истца, их представителя, обвиняемого (подозреваемого) и защитника, а также гражданского ответчика и его представителя. Это возможно в следующих случаях:

- когда следственное действие проводится по ходатайству этих лиц;
- когда следователь считает участие кого-либо их перечисленных субъектов полезным для обнаружения доказательств (потерпевший, например, при обыске в жилище подозреваемого может помочь в отыскании похищенных у него предметов);
- когда законом прямо предусмотрено их участие в следственном действии. Например, производство осмотра, обыска и выемки в помещении возможно только при участии лица, которому оно принадлежит, или совершеннолетних членов его семьи, защитника или адвоката того лица, в помещении которого производятся осмотр, обыск, или представителя администрации, если осмотр или обыск производится в помещении организации (ч.11,15 ст.182, ч.5 и 6 ст.177); обвиняемый, подозреваемый являются обязательными участниками личного обыска (ст.184); в осмотре и прослушивании фонограммы участвуют лица, чьи телефонные и иные переговоры записаны (ч.7 ст.186).

Средством обеспечения полноты и точности фиксации обнаруженной вещественной информации являются правила протоколирования (ст.166), а также правила изъятия, упаковывания и опечатывания предметов, имеющих признаки вещественного доказательства (ч.10 ст.182, ч.6 и 8 ст.186, ч.3 и 4 ст.177). В частности, весьма важным представляется подробное отражение в протоколе всего хода следственного действия, условий и порядка применения технических средств и полученных при их применении результатов. На обеспечение достоверности результатов следственного действия направлены отражение в протоколе действий по разъяснению прав участникам следственных действий, правила о предъявлении им всего обнаруженного и изымаемого, а также подробное указание в протоколе всех изъятых предметов и изготовленных к нему приложений.

Вещественные доказательства могут быть получены органом расследования путем представления их участниками уголовного процесса как по собственной инициативе, так и по требованию следователя. Процедура принятия предметов и документов законом не определена,

однако бесспорно, что протокол принятия предметов и документов должен содержать все сведения, которые обеспечат возможность проверки и использования представленных предметов и документов.

Обнаружение материального объекта с признаками вещественного доказательства — лишь первый этап. Следующий этап заключается в поиске и обнаружении заключенных в этих материальных объектах следов преступления. Осмотр вещественного доказательства — необходимое следственное действие, цель которого — выявить и зафиксировать признаки вещественного доказательства. Вещественное доказательство должно быть, по возможности, сфотографировано. В случае необходимости выявления скрытой информации путем применения сложного оборудования и специальных знаний вещественное доказательство направляется для производства экспертизы.

В некоторых случаях прежде чем направить предмет в экспертное учреждение, возможно более сложное предварительное исследование этого предмета, чем простой визуальный осмотр. Следователь может применить простейшую технику (ЭОП, УФЛ, ИКИ), поскольку это не ведет к уничтожению вещественного доказательства. Мы уже отмечали, что в практике последних лет получило широкое распространение предварительное исследование вещественных доказательств специалистом, работающим в ЭКО ОВД, применяющим практически те же методы, которые использует эксперт. Чаще всего речь идет об исследовании изъятого у подозреваемого вещества на предмет принадлежности его к наркотическим. С одной стороны, такое предварительное исследование позволяет проверить (иногда и до возбуждения уголовного дела) наличие оснований для уголовно-процессуальной деятельности и избежать, таким образом, неоправданного ограничения прав граждан. Однако количество изымаемого у таких лиц наркотика бывает настолько мало, что после предварительного исследования возможность проведения экспертизы исключается. Эксперт в этом случае дает заключение на основе предварительной справки. Если у задержанного изъято большее количество вещества, чем требуется для исследования, то возникают сомнения в подлинности объекта, направляемого на экспертизу. Ведь специалист вскрыл упакованное в присутствии понятых вещественное доказательство. Процедура таких исследований и гарантии достоверности следующей за таким исследованием экспертизы законом не урегулированы, допустимость подобных предварительных исследований сомнительна.

Оценивая вещественное доказательство, следует обратить внимание на целый ряд факторов. Необходимо проанализировать не только

весь процесс обнаружения, извлечения, фиксации, исследования и хранения (говоря словами Р.С.Белкина, «механизм» образования)⁸¹ вещественного доказательства, но и сопоставить его с другими связанными с ним доказательствами. Кроме того, весьма важно исследовать физические условия образования соответствующих следов (дождь), характер следообразующей поверхности (песок), поскольку они могли оказать влияние на качество и количество вещественной информации.

Значение вещественных доказательств как «не лгущих (или немых) свидетелей» не следует преувеличивать, однако, используя специфические приемы проверки и оценки этого вида доказательств, можно значительно расширить возможности доказывания.

§2. Протоколы следственных и судебных действий

Статья 74 УПК РСФСР называет два вида документов, используемых в качестве доказательств по уголовному делу: протоколы следственных и судебных действий и иные документы.

Протоколы следственных и судебных действий — это письменные акты, в которых зафиксированы ход и результаты следственных и иных процессуальных действий и судебного заседания. Статья 83 УПК РФ говорит лишь о том, что протоколы должны соответствовать требованиям, установленным Уголовно-процессуальным кодексом. Однако ст.87 УПК РСФСР содержала развернутое определение и относила к доказательствам протоколы, удостоверяющие обстоятельства и факты, установленные при осмотре, освидетельствовании, обыске, выемке, задержании, предъявлении для опознания, а также при производстве следственного эксперимента. Такой подход к определению этого вида доказательств представляется более обоснованным: он указывает на содержание доказательств и дает их перечень.

Содержанием протоколов следственных действий действительно являются удостоверенные ими факты и обстоятельства, обнаруженные органом расследования при производстве следственных действий. Особенностью протоколов следственных действий является то, что они отражают результаты непосредственного, чувственного восприятия дознавателем, следователем или прокурором следов, оставленных преступлением.

⁸¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.662.

Статья 87 УПК РСФСР не включала в число доказательств протоколы допроса и очной ставки, поскольку протокол является лишь средством фиксации показаний, являющихся самостоятельным видом доказательств. Суд не может ограничиться оглашением протокола допроса в ходе предварительного расследования, в силу неограниченной возможности неоднократного повторения показаний каждого обвиняемого, потерпевшего, свидетеля.

Иной характер носят протоколы осмотра, обыска, выемки, следственного эксперимента, предъявления для опознания и других следственных действий, отражающих личное восприятие следователем или дознавателем материальных следов преступления (осмотр места происшествия, освидетельствование), процесс и сам факт обнаружения орудий преступления или иных предметов и документов, имеющих значение для дела в определенном месте или у определенного лица (обыск, выемка), факт опознания или неопознания лица, предмета, местности, возможности или невозможности совершения определенного действия (предъявление для опознания, проверка показаний на месте, следственный эксперимент).

Эти следственные действия отличаются от допроса своей принципиальной неповторимостью, в силу чего составление протокола, в котором орган расследования фиксирует результаты своего личного наблюдения, является единственным средством, позволяющим сохранить эти результаты для суда. Законодатель детально регулирует порядок составления протокола с тем, чтобы обеспечить суду возможность получить объективную информацию о ходе и результатах следственного действия, обнаруженных следах преступления (в их широком смысле). Учитывая, что ознакомление с протоколом следственного действия есть опосредованное познание судом его хода и результатов, законодатель проявил заботу не только о том, чтобы протокол содержал максимум информации, но и о создании системы гарантий правильности отражения этой информации. А поскольку протокол является способом закрепления хода и результатов следственного действия, его доказательственное значение определяется не только соблюдением установленных законом правил протоколирования (ст. 166, 167, 180 УПК РФ), но и, главным образом, законностью процедуры производства самого следственного действия.

Нарушение общих условий предварительного расследования, общих правил производства следственных действий или частных процедур, предписанных конкретному действию, исключает возможность ис-

пользования полученных результатов, даже если сам протокол следственного действия не имеет видимых дефектов.

Поскольку законность процедуры производства и оформления следственного действия⁸² как условия допустимости полученного доказательства уже была предметом рассмотрения, остановимся на вопросах, которые способны вызвать некоторые затруднения.

В ходе следственных действий могут применяться разнообразные технические средства, как поискового характера, так и предназначенные для фиксации полученных сведений. Результаты применения технических средств могут иметь материальный, овеществленный характер: аудио-, видеозапись, фото-, киносъемка, слепки и оттиски. Кроме письменной формы фиксации информации, орган расследования может использовать и дополнительные средства, такие как составление схем, планов, рисунков, чертежей. Указанные средства запечатления информации в качестве самостоятельного вида доказательств в ст.74 УПК РФ не названы, поскольку считаются приложениями к протоколу следственного действия, без которого они не имеют самостоятельной доказательственной ценности. Не могут использоваться в качестве источников доказательственной информации результаты применения технических средств и в том случае, если в протоколе следственного действия не отражен факт применения этих средств, не указано, какие технические средства к каким объектам были применены, какие приложения к протоколу следственного действия были изготовлены.

Технические средства используются чаще всего для фиксации не только вербальной, т.е. знаковой, но также предметной и наглядно-образной информации, способы отражения которой принципиально отличаются от знакового описания этой информации в протоколе. Как правильно отмечает С.А.Шейфер, они различаются «степенью адекватности отображения. По мере перехода от знаковой формы к графической, от графической — к наглядно-образной, от наглядно-образной — к предметной адекватность отображения повышается»⁸³. Поэтому содержание протокола может иметь определенные расхождения с той информацией, которая запечатлена путем фото-видео-киносъемки,

⁸² Подробнее о правилах протоколирования см.: Шейфер, С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма/С.А.Шейфер. — М.: Юрлитинформ, 2001. — С.185-197.

⁸³ Шейфер, С.А. Указ. соч. — С.187.

аудиозаписи, изготовлением слепков и схем, в силу чего последние не могут рассматриваться лишь как иллюстрация протокола. Так, звуко — и видеозапись хода следственного действия позволяет суду увидеть характерные телодвижения и жесты, выражение лица, услышать интонацию, которые невозможно отразить в протоколе, но которые чрезвычайно важны для оценки полученных в ходе следственного действия результатов. Отсутствие на фотографиях, изготовленных при осмотре места происшествия, определенных следов не позволяет рассматривать в качестве надежного доказательства протокол осмотра, отражающий факт присутствия таких следов.

С учетом определенной самостоятельности результатов применения факультативных или дополнительных средств фиксации хода и результатов следственного действия в науке предприняты попытки определить их видовую принадлежность. Так, объемные и прочие слепки и оттиски, воспроизводящие внешние признаки материальных объектов, принято считать производными вещественными доказательствами. Рисунки, планы, схемы, изготовленные участниками следственного действия, с определенной долей условности можно отнести к документам, а изготовленные следователем, они являются частью протокола. Однако фотоснимки, видеофильмы и аудиозаписи в привычную схему не укладываются, поэтому ученые считают, что эти средства фиксации хода и результатов следственного действия в совокупности с протоколом образуют более сложное сочетание, некое комплексное доказательство, элементы которого взаимно дополняют и обогащают друг друга⁸⁴.

Статья 83 УПК, как известно, строгого перечня протоколов следственных действий, используемых в качестве доказательств, не содержит. Однако доказательственное значение протоколов некоторых следственных действий ввиду существенного отличия самих этих действий от тех, что носят отчетливо выраженный познавательный характер, вызывает определенные сомнения. Рассмотрим их.

Протокол осмотра и прослушивания фонограммы записи переговоров, записанных по постановлению органа расследования с разрешения суда, в котором дословно излагается та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к уголовному делу (ч.7 ст.186 УПК РФ), составляется следователем в присутствии понятых, а при

⁸⁴ Там же. — С.195; Белкин, Р.С. Курс криминалистики. — С.147.

необходимости — специалиста, а также лиц, чьи телефонные переговоры были записаны. Запись в протоколе этого процессуального действия осуществляется, таким образом, не на основании непосредственного восприятия самого разговора, а путем механического повторения зафиксированной с помощью звукозаписывающего устройства информации уже в письменном виде, обеспечивающем удобство ознакомления с соответствующей частью содержания переговоров. При этом сама фонограмма в полном объеме постановлением органа расследования приобщается к материалам уголовного дела в качестве вещественного доказательства и хранится в опечатанном виде, обеспечивающем не только сохранность ее от прослушивания и тиражирования посторонними лицами, но и техническую пригодность для повторного прослушивания, в том числе в судебном заседании (ч.8 ст.86 УПК РФ). Соответственно, доказательственная ценность протокола осмотра и прослушивания фонограммы состоит не в изложении в нем содержания записи, а в удостоверении самого факта ее существования на электронном или магнитном носителе, переданном в установленном порядке органами, осуществлявшими контроль и запись переговоров. Протокол призван удостоверить также целостность упаковки фонограммы и удостоверяющей ее печати органа, осуществлявшего прослушивание, наличие технической возможности прослушать запись переговоров, качество записи, отсутствие технических помех и т.д. Не имеющий самостоятельной доказательственной ценности, протокол осмотра и прослушивания фонограммы переговоров, таким образом, имеет значение для оценки доказательственного значения самой фонограммы.

Составление **протокола** предусмотрено и при **назначении** следователем **судебной экспертизы**. В соответствии с ч.3 ст.195 УПК РФ следователь составляет протокол, удостоверяющий факт ознакомления подозреваемого, обвиняемого, защитника с постановлением о назначении экспертизы и разъяснения принадлежащих им прав. Составляет следователь **протокол** и при выполнении требований ст.206 УПК о **предъявлении заключения эксперта** для ознакомления подозреваемому, обвиняемому, защитнику, а в некоторых случаях — потерпевшему и свидетелю. Эти протоколы доказательственной информации об обстоятельствах совершения преступления не содержат, однако, как и в предыдущем случае, имеют значение для оценки законности действий органа расследования и выполнения им

требований закона, направленных на обеспечение прав участников уголовного процесса⁸⁵.

Доказательственное значение **протокола задержания** связано с его способностью отражать сведения, имеющие существенное значение для уголовного дела. В соответствии со ст. 92 УПК РФ, в протоколе задержания указываются дата и время составления протокола, *дата, место, время, основания и мотивы задержания* подозреваемого, *результаты его личного обыска* и другие обстоятельства задержания. Задержание, таким образом, представляет собой сложное процессуальное действие, протокол которого отражает как факт краткосрочного лишения лица свободы, так и обстоятельства, послужившие основанием для возбуждения уголовного дела.

Однако использование протокола задержания в качестве средства адекватного удостоверения обстоятельств, имеющих значение для дела, затруднено тем, что фактическое задержание подозреваемого лица непосредственно в ходе или после совершения преступления не совпадает с моментом составления протокола. В связи с этим протокол задержания составляет, как правило, не тот субъект, который был очевидцем событий, послуживших основанием для задержания. В этом случае в протоколе могут быть отражены только результаты личного обыска задержанного, то есть подробно указаны все имеющие значение для дела предметы, обнаруженные при задержанном (оружие, боеприпасы, наркотические вещества, деньги, ценности, документы), содержащие следы преступления предметы его одежды и пр. Указание оснований задержания должно сопровождаться перечнем лиц, участвовавших в задержании или присутствовавших при этом.

Результаты непосредственного наблюдения сотрудником органа дознания факта совершения преступления, побега с места его совершения, уничтожения следов преступления и т.д. и т.п., отраженные в протоколе задержания, будут иметь доказательственное значение

⁸⁵ Вопрос о влиянии нарушений прав обвиняемого или потерпевшего при назначении судебной экспертизы на допустимость заключения эксперта в практике пока не достаточно прояснен. В качестве примера неудовлетворительного решения этого вопроса сошлемся на описанное ранее дело М., по которому повторная комплексная психолого-психиатрическая экспертиза была назначена не только с нарушением прав обвиняемого, но и с фальсификацией постановления о ее назначении. Ни прокурор, к которому защитник обращался с жалобой на нарушение закона, ни судебные инстанции не обратили на эти нарушения никакого внимания.

лишь в том случае, если протокол составлен им самим. Протокол задержания не пригоден для удостоверения устных сообщений об обстоятельствах задержания, поскольку процедура задержания не предусматривает получение таких сообщений. Поэтому лицо, осуществлявшее непосредственный захват и доставку подозреваемого, должно быть допрошено в качестве свидетеля, а следовательно, не вправе производить никаких следственных действий⁸⁶.

Протокол получения образцов для сравнительного исследования (ст.202 УПК РФ) отражает факт получения следователем⁸⁷ образцов крови, почерка, волос и других образцов у подозреваемого, обвиняемого, свидетеля или потерпевшего. Доказательственное значение этого протокола проявляется при его оценке в совокупности с другими доказательствами: вещественными доказательствами со следами преступления и заключением эксперта о тождестве, сходстве или различии этих следов с образцами для сравнительного исследования, полученными у определенного лица.

Поводя итог, в целом можно сказать, что протоколы рассмотренных действий являются вспомогательными доказательствами. Аналогичный характер имеет **протокол о представлении доказательств** кем-либо из участников уголовного процесса или **протокол о принятии**

⁸⁶ По мнению С.А.Шейфера, сотрудники органа дознания должны привлекаться к составлению протокола задержания с тем, чтобы полнее зафиксировать в нем все фактические обстоятельства и основания задержания (Шейфер, С.А. Следственные действия. — С.65–66). Не отрицая полезности этой рекомендации для последующей оценки законности задержания, трудно согласиться с тем, что такая запись в протоколе может иметь значение доказательства. Составляя протокол задержания, сотрудник органа дознания удостоверяет свои собственные наблюдения или наблюдения другого лица, произведенные в отсутствие надлежащих процессуальных гарантий. При задержании не присутствуют понятые, что снижает ценность непосредственного наблюдения событий сотрудником органа дознания, а фиксация сообщений со слов другого сотрудника без предупреждения его об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний препятствует возможности использования этого сообщения в дальнейшем. Как представляется, ничто не препятствует закреплению всей информации, послужившей основанием задержания, в порядке, предусмотренном законом. После составления протокола задержания следует подробно допросить всех лиц, принимавших участие в задержании или присутствовавших при этом, произвести допрос и освидетельствование задержанного.

⁸⁷ УПК допускает получение образцов экспертом, в этом случае оно является частью судебной экспертизы (ч.4 ст.202 УПК РФ).

представленного им доказательства, позволяющий проследить происхождение того или иного документа или вещественного доказательства и дать ему надлежащую правовую оценку.

Однако не все протоколы, составленные органом расследования, можно рассматривать в качестве доказательств. Часть из них служит другим целям и не отражает обстоятельств, подлежащих доказыванию. Так, не является доказательством **протокол о наложении ареста на имущество**, в том числе денежные средства и ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках или иных кредитных организациях. Наложение ареста на имущество не является следственным действием и не направлено на собирание доказательственной информации. Эта мера процессуального принуждения направлена на обеспечение исполнения судебного решения о возмещении причиненного преступлением вреда и/или компенсации имущества, полученного в результате совершения преступления или используемого или предназначенного для использования в качестве орудия преступления или для финансирования терроризма, организованной группы и т.п.

Не имеет никакого отношения к доказательствам и составляемый в соответствии со ст.118 УПК РФ **протокол о нарушении** участником уголовного процесса процессуальных обязанностей, за которое судом может быть наложено денежное взыскание.

Существенно отличается от протоколов следственных действий **протокол судебного заседания**, который отражает весь ход судебного разбирательства по уголовному делу. В нем находят закрепление не только сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, имеющих значение для дела (показания свидетелей, потерпевших, обвиняемых, результаты осмотра или другого проведенного судом следственного действия), но и все совершаемые в судебном заседании действия суда в том порядке, в каком они имели место (в том числе по разъяснению прав, обязанностей и ответственности участникам судебного разбирательства), и сторон (заявленные ими ходатайства и отводы, возражения против действий председательствующего, заданные в ходе допросов вопросы, содержания выступлений в прениях), а также все принимаемые судом по обсуждаемым вопросам решения (о мерах воздействия к нарушителям порядка судебного заседания, об удовлетворении или отклонении ходатайств и пр.). Доказательственное значение протокол судебного заседания имеет главным образом для следующих за судебным разбирательством стадий. Он позволяет суду апелляционной, кассационной и надзорной инстанции оценить законность процедуры

судебного разбирательства, соблюдение прав его участников, полноту исследования обстоятельств дела и доказательств, соответствие выводов, изложенных в приговоре, установленным судом фактическим обстоятельствам. Приговор суда должен быть основан лишь на исследованных в суде доказательствах, но судить о том, какие доказательства были исследованы, можно лишь на основании протокола судебного заседания.

Отсутствие протокола судебного заседания рассматривается ст. 381 УПК РФ в качестве безусловного основания, влекущего отмену приговора.

Протокол судебного заседания составляет секретарь судебного заседания, однако он считается готовым лишь в момент подписания его председательствующим. Закон предусматривает, что протокол судебного заседания должен быть изготовлен и подписан в течение 3 суток с момента окончания судебного заседания, то есть с момента вынесения приговора. Однако ч.7 ст.259 УПК РФ косвенным образом свидетельствует о том, что протокол судебного заседания в силу неких объективных обстоятельств может быть изготовлен и позднее. Предельного срока в УПК не названо, что создает определенные проблемы для реализации сторонами права на ознакомление с протоколом и принесение на него своих замечаний.

Кроме того, удаляясь в совещательную комнату, суд первой инстанции не имеет готового протокола судебного заседания, то есть не рассматривает его в качестве доказательства. В связи с этим в науке высказывалось разумное предложение об оформлении протокола после каждого дня судебного заседания с тем, чтобы замечания на него были рассмотрены еще до окончания судебного разбирательства, то есть до удаления суда в совещательную комнату⁸⁸. К сожалению, оно не было воспринято законодателем. И хотя ч.6 ст.259 УПК предусматривает возможность изготовления протокола судебного заседания по частям, такой порядок не является обязательным.

⁸⁸ См.: Моршакова, Т.Г. Оценка качества судебного разбирательства (по уголовным делам) /Т.Г.Моршакова, И.Л.Петрухин. — М.:Наука,1987. — С.63; Шейфер, Л.С. Доказательственное значение протокола судебного заседания /Л.С.Шейфер//Уголовная ответственность и ее реализация: межвуз. сборник. — Куйбышев, 1985. — С.161.

§3. Иные документы

В качестве доказательств по уголовному делу могут быть использованы не только протоколы следственных действий и судебного заседания, но и иные документы, если изложенные в них сведения имеют значение для установления обстоятельств, указанных в ст.73 УПК РФ (ч.1 ст.84).

Отличие иных документов от протоколов следственных действий и судебного заседания заключается в том, что они составлены в свободной от уголовно-процессуальных предписаний форме органами и лицами, не являющимися официальными участниками уголовного процесса. Иные документы появляются в уголовном деле, если можно так сказать, «в готовом виде»⁸⁹, поскольку процессуальный закон не регламентирует процедуру их составления и не предъявляет к документам никаких требований, кроме обладания способностью устанавливать обстоятельства, имеющие значение для дела, то есть свойством относимости. Полученные органом расследования или судом документы приобщаются к материалам уголовного дела и хранятся в течение всего срока его хранения. В то же время разнообразие видов документов в силу множественности связей их содержания с предметом доказывания по уголовному делу и способов документирования обуславливает сложности определения самого понятия «документ».

Наиболее распространены документы, имеющие письменную форму. Письменные документы — это материальные объекты, на которых «с помощью букв, цифр, стенографических, телеграфных и других знаков, условных изображений, понятных для лиц, использующих или могущих использовать данный документ»⁹⁰, запечатлены определенные сведения. Поэтому в теории доказательств сформировалось мнение о документах как носителях знаковой информации. Материалом документа не обязательно должна быть бумага. Это могут быть ткань, пергамент, кинофотопленка и прочие материальные объекты, на которых путем нанесения знаков выражено определенное текстовое сообщение.

С учетом этого ч.2 ст.84 УПК РФ гласит, что документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и ином виде. Например, сообщение может быть передано путем математичес-

⁸⁹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. — С.681.

⁹⁰ Там же. — С.665.

ких, химических символов, графических изображений. В определенной мере к ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи, а также иные носители информации, полученные или истребованные в порядке, предусмотренном ст.86 УПК РФ. При этом документы, обладающие признаками, указанными в ч.1 ст. 81 УПК РФ, признаются вещественными доказательствами (ч.4 ст.84 УПК РФ).

В процессе обсуждения вопроса о том, имеются ли какие-либо общие критерии разграничения вещественных доказательств и документов, были высказаны разные взгляды. По мнению М.А.Чельцова, документы подтверждают что-либо своим содержанием, а вещественные доказательства – формой: внешним видом, местом и обстоятельствами обнаружения⁹¹. М.С.Строгович полагал, что вещественное доказательство является индивидуальным незаменимым объектом в отличие от документов, которые удостоверяют описанные в нем факты и могут быть заменены аналогичным документом или дубликатом⁹². Считая, что эти признаки не являются универсальными. В.Г.Танасевич предложил использовать в качестве критерия разграничения способ сохранения и передачи информации о существенных обстоятельствах дела. Документ использует для сохранения и передачи информации знаковые системы – звуки, слова, условные обозначения, с помощью которых могут быть описаны определенное событие, обстоятельство, действие, предмет. Вещественное доказательство сохраняет и передает информацию, выраженную в иных признаках⁹³.

Разграничение документов и вещественных доказательств, имеющих различный процессуальный режим получения, приобщения к делу, хранения, исследования и использования, представляется настолько же сложным, насколько и важным. Например, автор последней из приведенных концепций, на наш взгляд, ошибочно относит дневники и письма обвиняемого, в которых подтверждается факт совершения преступления, к числу просто документов, так как они содержат лишь описание исследуемых событий и действий. Ошибка заключается в том, что устанавливаемые этими документами обстоятельства могут выходить за пределы описания, то есть содержания писем и дневников, сви-

⁹¹ См.: Чельцов, М.А. Советский уголовный процесс /М.А.Чельцов. – М.: Госюриздат, 1951. – С.188.

⁹² Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т.1. – С.458-459.

⁹³ См.: Танасевич, В.Г. Протоколы следственных и судебных действий и иные документы./Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.672.

детельствовать о так называемой виновной осведомленности. Поэтому в тех случаях, когда обвиняемый отрицает факт совершения им преступления, избличающие его письма и дневники играют роль вещественных доказательств. Помня об этом, при необходимости определения документа как доказательства того или иного вида следует руководствоваться указанным в ч.4 ст.84 УПК критерием: если документ обладает одним из признаков, указанных в ч.1 ст.81, на него распространяется режим вещественного доказательства.

Сказанное в полной мере относится к фотоснимкам, материалам киноvideозвукозаписи. Изготовленные в процессе следственного действия и служащие средством удостоверения его хода и результатов, эти материалы являются составной частью или приложением к протоколу следственного действия. Фонограммы, изготовленные в ходе прослушивания телефонных переговоров, закон называет вещественными доказательствами (ч.8 ст.186 УПК РФ), поскольку их доказательственное значение заключается не только в содержании записанного разговора, но и в самом его факте. Такой же характер носят фотографии, фонограммы и видеофильмы, представленные органам расследования и суду участниками уголовного судопроизводства и органами, осуществлявшими оперативно-розыскную деятельность. Кино- и фотодокументами они могут называться лишь условно.

Разнообразие документов позволяет произвести их классификацию и назвать несколько видов (групп) документов.

Первая группа включает в себя личные документы, составленные и выданные официальными органами власти. К ним относятся все документы, удостоверяющие личность обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего, свидетеля и подтверждающие некоторые его характеристики, имеющие значение для дела: паспорт, свидетельство о рождении, военный и студенческий билет, водительские права. Устанавливаемый ими возраст может исключить возможность привлечения лица к уголовной ответственности, подтвердить нарушение специальных правил допроса малолетнего или несовершеннолетнего.

Вторая группа состоит из документов, составленных в ходе определенного технологического, производственного процесса, сопровождающего функционирование учреждения, организации, предприятия, содержащих описание события, ставшего предметом исследования по уголовному делу. Это могут быть документы, удостоверяющие определенные права (свидетельство о регистрации права собственности, о праве на наследство), состояния (свидетельство о заключении или расторжении брака), отражающие хозяйственные операции (бухгалтер-

ские документы) и пр. Все они составлены не в связи с производством и, как правило, до возбуждения уголовного дела.

Третья группа состоит из документов, составленных официальными должностными лицами по требованию органа расследования и суда, а также по запросу защитника на основании имеющейся в их распоряжении информации.

Четвертая группа включает в себя документы, составленные и полученные органами следствия и дознания в процессе проверки оснований к возбуждению уголовного дела и фиксирующие обстоятельства, имеющие значение для дела.

Пятая группа – это документы, полученные в процессе оперативно-розыскной деятельности.

Допустимость каждого из названных видов документов определяется требованиями, предъявляемыми законом к тому или иному виду деятельности. Однако общее требование заключается в том, что путь, который прошли документы, оказавшиеся в материалах уголовного дела, должен быть известен. Если документы были получены при проведении следственного действия, каждый из них должен быть отражен в протоколе последнего таким образом, чтобы его можно было впоследствии индивидуализировать. Полученный на основании требования или иного запроса, документ должен иметь сопроводительное письмо, удостоверяющее источник его происхождения. Представление документов участниками процесса отражается в протоколе следственного действия или специальном протоколе о представлении доказательств.

Различаются и способы проверки каждого из названных видов документов. Например, документы, удостоверяющие личность или свидетельствующие о наличии права, могут быть проверены с точки зрения их подлинности, если она вызывает сомнения, путем проведения экспертизы. Факты, изложенные в документах, представленных по требованию или запросу, могут быть проверены путем допроса их авторов или составителей, сопоставления с другими доказательствами, а также путем проведения проверочных и иных следственных действий.

Рассмотренные особенности документов, получение которых не требует совершения сложных процессуальных действий, делает возможным представление их не только следователю и суду, но и в стадии, осуществляющие пересмотр вынесенного судебного решения. В теории такие документы, которые появляются в деле после вынесения приговора, называют новыми или дополнительными. Каково доказательственное значение этих материалов?

Прежде чем ответить на поставленный вопрос, выясним, о каких именно материалах идет речь.

В соответствии с ч.5 ст.377 УПК РФ в подтверждение или опровержение доводов, приведенных в кассационной жалобе и (или) представлении, стороны вправе представить в суд кассационной инстанции дополнительные материалы. Часть 6 этой же статьи гласит, что дополнительные материалы не могут быть получены путем производства следственных действий. Лицо, представившее суду дополнительные материалы, обязано указать, каким путем они получены и в связи с чем возникла необходимость их представления.

Под дополнительными материалами понимаются документы, оказавшиеся в распоряжении стороны после рассмотрения судом уголовного дела или имевшиеся у нее ранее, но не представленные суду по каким-либо причинам. Например, потерпевший, который не участвовал в рассмотрении дела судом первой инстанции, представляет документы, подтверждающие несвоевременность получения извещения о дате судебного заседания, а также документы, подтверждающие размер причиненного ему вреда, которые он не мог представить вследствие отсутствия в суде первой инстанции. Защитник, вступивший в процесс после вынесения судом приговора, может представить суду документы, характеризующие личность подсудимого, его семейное положение и состояние здоровья его детей, не представленные последним по причине непонимания их значения для назначения судом размера наказания.

Надо сказать, что право на представление дополнительной кассационной жалобы и дополнительных материалов после того, как уголовное дело уже поступило в суд второй инстанции, затруднено техническими формальностями, не имеющими никакого отношения к закону. Работники судебных канцелярий категорически отказываются принимать у адвокатов какие-либо документы, поэтому представлять дополнительные материалы и дополнительные доводы чаще всего приходится непосредственно в судебном заседании. Однако и судьи, огласив (в лучшем случае) эти материалы, стараются вернуть их представившей стороне, не приобщая к материалам уголовного дела.

Такая практика не основана на законе. Право на представление суду второй инстанции дополнительных документов не может быть ограничено на том основании, что они не были представлены ранее. Однако поскольку в суде второй инстанции отсутствуют необходимые условия для проверки этих материалов, ч.7 ст.377 УПК закрепляет специальные правила их использования. На основании дополнительных

материалов не допускается изменение приговора или отмена его с прекращением уголовного дела, но если представленные документы вызывают сомнения в законности, обоснованности или справедливости приговора, суд должен отменить приговор и направить дело на повторное рассмотрение судом первой инстанции для исследования дополнительных материалов в условиях непосредственности. Исключения составляют случаи, когда содержащиеся в этих материалах данные или сведения не требуют дополнительной проверки и оценки судом первой инстанции. Например, представлены подлинные документы, подтверждающие недостижение осужденным возраста наступления уголовной ответственности.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении №1 от 5 марта 2004 года «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»⁹⁴ разъяснил, что к дополнительным материалам, представленным в кассационную инстанцию, следует относить характеристики, справки о наградах, инвалидности, копии вступивших в законную силу судебных решений, а также другие документы, если они получены в соответствии с процессуальным законодательством. Одновременно учитывая, что ведение протокола судебного заседания в суде кассационной инстанции законом не предусмотрено, Пленум дал ограничительное толкование ч.4 ст.377 УПК РФ, согласно которой при рассмотрении дела в кассационном порядке суд вправе непосредственно исследовать доказательства. По мнению Верховного Суда, право кассационной инстанции непосредственно исследовать доказательства следует понимать лишь как проверку имеющихся в уголовном деле доказательств, получивших оценку суда первой инстанции (оглашение показаний свидетелей, потерпевшего, заключения эксперта и т.п.).

Нормами УПК не предусмотрено представление дополнительных материалов суду надзорной инстанции, однако такое право участников уголовного процесса не противоречит закону и может использоваться в соответствии с описанными выше правилами. Практика подтверждает правомерность такого утверждения.

⁹⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2004. — № 5.

Заключение

Рассуждения о дополнительных материалах неожиданно прерваны громкими звуками, доносящимися из телевизора. В передаче «Пусть говорят» обсуждается дикая ситуация, известная уже из газетных публикаций: молодой человек осужден за убийство своей родной сестры, и в процессе следствия он в этом убийстве признался. Приговор вступил в законную силу. Между тем сестра оказалась и живой, и здоровой, и даже счастливой, поскольку она убежала из дома в поисках личного счастья. Как представляется, это и ответ на многие вопросы, обозначенные в прочитанной вами работе, и подтверждение многих высказанных в ней суждений, и повод для дальнейших исследований.

*18 января 2007 года
г. Самара*

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Часть 1. Общие проблемы уголовно-процессуального доказывания	7
Глава 1. Конституционные и гносеологические основы теории доказательств. Понятие и цель доказывания	8
§1. Назначение уголовного судопроизводства и его взаимосвязь с доказательственным правом	8
§2. Уголовный процесс как познание	14
§3. Проблема истины в уголовном судопроизводстве	20
Глава 2. Доказывание в состязательном уголовном процессе	34
§1. Вопрос о понятии доказывания в современной уголовно-процессуальной науке	34
§2. Собираение, проверка и оценка доказательств как элементы процесса доказывания	44
§3. Логические основы доказывания	58
§4. Субъекты доказывания. Обязанность доказывания	64
Глава 3. Предмет и пределы доказывания	89
§1. Понятие и значение предмета доказывания. Главный факт	89
§2. Обстоятельства, подлежащие доказыванию	101
§3. Пределы доказывания. Относимость и достаточность доказательств	111
Глава 4. Доказательства и их допустимость	122
§1. Понятие, содержание и форма доказательства. Источники доказательств	122
§2. Понятие, значение и условия допустимости доказательств	133
§3. Основания, порядок и последствия признания доказательства недопустимым	139

Глава 5. Спорные вопросы допустимости использования отдельных видов доказательств	149
§1. Доказательственное значение материалов, полученных в стадии возбуждения уголовного дела	149
§2. Доказательственное значение результатов оперативно-розыскной деятельности	164
§3. Доказательственное значение материалов, представленных стороной защиты	174
Часть 2. Виды и классификация доказательств	183
Глава 6. Классификация доказательств	184
§1. Понятие, значение и основания классификации доказательств	184
§2. Доказательства прямые и косвенные	187
§3. Доказательства первоначальные и производные	197
§4. Доказательства обвинительные и оправдательные	201
§5. Доказательства личные и вещественные	204
Глава 7. Показания	208
§1. Показания подозреваемого	208
§2. Показания обвиняемого	213
§3. Показания свидетеля и потерпевшего	222
§4. Получение и проверка показаний подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего	236
Глава 8. Заключение и показания эксперта и специалиста	243
§1. Понятие и значение заключения эксперта	243
§2. Виды экспертиз. Особенности оценки заключения эксперта	250
§3. Заключение и показания специалиста	259
Глава 9. Вещественные доказательства и документы	268
§1. Вещественные доказательства	268
§2. Протоколы следственных и судебных действий	285
§3. Иные документы	294
Заключение	300

Учебное издание

Лазарева Валентина Александровна

**ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ
В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ**

Учебное пособие

Редактор *Т.И. Кузнецова*
Корректоры *Т.И. Кузнецова, Т.А. Мурзинова*
Художественный редактор *Л.В. Крылова*
Компьютерная верстка, макет *Л.Н. Замамыкиной*

Подписано в печать 17.05.2007.
Формат 60×90/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Усл.-печ. л. 19.
Гарнитура «Newton». Тираж 600 экз. Заказ 532
Издательство «Самарский университет»,
443011, г. Самара, ул. Акад. Павлова, 1.
Тел. (846) 334-54-23. E-mail: lizam@ssu.samara.ru
Отпечатано в ООО «Типография «Книга».
г. Самара, ул. Песчаная, 1.
Тел. (846) 267-36-82. E-mail: slovo@samaramail.ru