С.А. Шейфер

Доказательства и доказывание по уголовным делам

Издательство
НОРМА

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

С.А. ШЕЙФЕР

Семен Абрамович Шейфер - заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, почетный профессор Самарского государственного университета. Известен юридической общественности страны как крупный ученый-процессуалист. Являясь автором ряда монографий, получивших признание ученых и практиков, С.А. Шейфер вносит значительный вклад в развитие отечественной теории доказательств.

В предлагаемой читателю очередной монографии автор подводит итоги исследований правовых форм доказывания, предпринятых им в его прежних работах, написанных на протяжении четверти века.

Рецензенты:

Галузин А.Ф., заместитель прокурора Самарской области, старший советник юстиции, кандидат юридических наук.

Ведяхин В.М., директор Института права Самарского государственного экономического университета, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ.

Вступительная статья

Автор этой книги - широко известный правовед, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, много сделавший для развития российской теории права. Представляемое монографическое исследование посвящено проблеме доказывания в уголовном процессе России, составляющей центральную часть науки об уголовном судопроизводстве и охватывающей все его стадии и институты. Доказательства и доказывание образуют содержание самостоятельной отрасли знания - теории судебных доказательств.

Теорией доказательств занимались давно, ей посвятили труды многие ученые-правоведы, но новизну монографии С.А. Шейфера придает то обстоятельство, что вступивший в силу 1 июля 2002 г. Уголовно-процессуальный кодекс РФ (УПК РФ) существенно видоизменил проблему доказательств и доказывания, а равно и все уголовное судопроизводство в целом. Кодекс был принят на основе Конституции РФ 1993 г., Концепции судебной реформы, постановлений Конституционного Суда в сфере судопроизводства. Перед автором стояла нелегкая задача: определить и проанализировать новые тенденции в уголовном судопроизводстве России и рассмотреть дальнейшие пути его развития. И с этой задачей он успешно справился.

Поражает широтой предмет настоящего исследования. Это и логика доказывания, и процессуальные формы собирания доказательств, и соотношение уголовно-процессуальной деятельности с оперативно-розыскной деятельностью (ОРД), административным производством, таможенным контролем, частно-детективной формой расследования, прокурорским надзором, а также возможные направления дальнейшего развития российского уголовного судопроизводства и многое другое.

Новизну работы С.А. Шейфера, кроме того, подчеркивают неустоявшаяся практика судопроизводства, многочисленные дополнения и изменения законодательства, острые творческие дискуссии по различным вопросам правотворчества и правоприменения (нужно ли доследование, допускается ли обжалование оправдательных приговоров в порядке надзора, какую функцию выполняет следователь и т.д.). Совсем недавно, 5 июня 2007 г., был принят Федеральный закон, учредивший Следственный комитет при

прокуратуре РФ и его органы на местах, который отделил следствие от прокурорского надзора. Естественно, и он не остался без внимания автора монографии.

Предметом исследования также стало соотношение старого и нового в теории судебных доказательств. Это позволяет изучать каждый институт доказательственного права в динамике, причем старое иногда бывает лучше нового. Полезный консерватизм можно считать достоинством настоящей работы. Автор убедительно критикует некоторые законодательные новации, теоретические концепции и обращает взгляд в будущее, прогнозируя, каким станет наше уголовное судопроизводство через много лет.

Автор отстаивает позицию, согласно которой доказывание в уголовном процессе - это не только логическое обоснование выдвинутого тезиса, но и собирание доказательств, позволяющих аргументировать названный тезис. Это не очевидное утверждение. Автору приходится спорить с юристами, считающими, что собираемые следователем и дознавателем данные вовсе не доказательства, а материалы, которые станут доказательствами после их предъявления суду, поэтому собирание этих материалов якобы не является доказыванием в процессуальном смысле слова. Конечно, такое возможно, если ликвидировать предварительное расследование как процессуальную стадию и заменить его ОРД, подконтрольной суду. Такая модель правосудия известна англо-американскому праву, где полиция собирает сведения, которые получают значение доказательств лишь после того, как обвинитель представит их суду. Но усвоение этой модели потребовало бы проведения коренной реформы предварительного расследования, к чему Россия еще не готова. Если же учесть российские правовые традиции и принадлежность к континентальной системе права, то в проведении такой реформы пока нет смысла.

Поднятый автором вопрос имеет выходы на практику. Если собираемые следователем и дознавателем сведения не являются доказательствами, а их деятельность не рассматривается как доказывание в процессуальном смысле, то это значит, что приговор суда не может быть основан на такого рода сведениях. Однако очевидно, что протокол осмотра места происшествия, протокол обыска, вещественные доказательства, изъятые при осмотре и обыске, документы, истребованные следователем, могут и должны использоваться для обоснования приговора после их оглашения и исследования в судебном заседании, т.е. они обладают свойствами судебных доказательств. Сложнее с показаниями подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, свидетелей, полученными при расследовании, от которых они отказались в суде. Закон устанавливает условия, когда они могут и не могут быть оглашены, исследованы и использованы для обоснования приговора.

Много интересных суждений изложил автор книги, рассматривая проблему истины как цели доказывания. Эта проблема оказалась спорной, поскольку истина в качестве цели процесса в новом УПК РФ не предусмотрена. Поэтому появились утверждения типа: "В процессе судебного исследования не истина устанавливается. Это блеф" (бывший председатель Совета судей М.М. Бобров). Об истине как цели доказывания не говорилось и в старом УПК РФ, однако никто не оспаривал ее существование. Новый взгляд на отсутствие истины связывают с расширением сферы применения состязательности в российском уголовном процессе. Но ведь известно, что "истина рождается в споре", поэтому состязательность не препятствует, а способствует достижению истины. Отторжение истины - это лженоваторство, способное причинить вред отправлению правосудия. За эту идею уцепились судьи, не способные обеспечить достижение истины и с удовольствием постановляющие приговоры, основанные на догадках и предположениях, зная, что эти приговоры не будут отменены. В сущности, наблюдается возврат к концепции сталинского палача А.Я. Вышинского, требовавшего вынесения приговоров на основе никем не контролируемой вероятности.

Конечно, и в наши дни многие обвинительные приговоры не содержат истину, но это ошибочные приговоры, подлежащие отмене. Наличие таких приговоров не позволяет

говорить об истине как принципе, реализуемом во всем судопроизводстве. Точнее можно сказать об истине как предписании законодателя стремиться к достоверному (достойному веры) знанию. При этом желательно различать логический и психологический подходы к интерпретации истины в уголовном процессе: логический предполагает, что недоказанное утверждение - не истина (недоказанная виновность равнозначна доказанной невиновности); психологический - что вынесение обвинительного приговора "вне разумного сомнения". Автор монографии лишь затронул вопрос, в какой момент процесса доказывания вероятное знание превращается в истинное, достоверное. Эта проблема ждет своих исследователей. В целом можно сказать, что внутреннее судебное убеждение должно быть как-то объективизировано, т.е. отражать накопленный веками опыт доказывания, общепринятые стандарты доказанности обвинения. Но надо учитывать, что эти стандарты, формируемые вышестоящими судами, подвергнуты изменениям, отражающим сдвиги в уголовной политике.

Автор монографии совершенно прав, утверждая, что имеются так называемые конвенциональные истины, т.е. такие судебные решения, которые, в сущности, невозможно вообще считать истинными. В частности, не достигается истина при оправдании подсудимого за недоказанностью обвинения, что приравнивается к непричастности к совершению преступления - при отказе прокурора от обвинения, при отказе от исследования доказательств в случаях признания подсудимым своей вины по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести (гл. 40 УПК РФ). К этому можно добавить примирение потерпевшего с обвиняемым по делам частного обвинения и восстановительное производство при посредничестве медиатора.

В монографии уделено много внимания возможности использования в уголовном процессе данных ОРД, частных детективов, таможенной службы, актов применения административного права. Автор занимает принципиальную позицию: все эти данные и акты могут быть использованы в уголовном судопроизводстве при условии, что они прошли процессуальную легитимизацию, т.е. были исследованы и проверены в процессуальном порядке. Без такой проверки они не могут использоваться в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве.

Автор обращает внимание на такую наметившуюся недавно тенденцию: оперативные службы претендуют на то, чтобы получаемые ими негласно данные считались судебными доказательствами, поскольку они добыты при соблюдении ОРД-процедуры. Автор не без основания отвергает такую точку зрения. ОРД-процедура не заменяет более широкую и гарантированную уголовно-процессуальную форму, соблюдение которой обязательно для признания фактических данных, полученных в ходе ОРД, доказательствами по уголовному делу. К тому же Федеральный закон от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (Закон об ОРД) вообще не устанавливает процедуру проведения оперативных мероприятий. Такая процедура в какой-то мере рекомендована закрытыми ведомственными инструкциями и комментариями, не вполне доступными для следователя, дознавателя, адвоката и суда и не имеющими силы закона.

Автор обращает внимание на двойственную функцию следователя при собирании доказательств. С одной стороны, он отнесен к стороне обвинения, а с другой стороны, он должен вести расследование полно, объективно и всесторонне, учитывать обстоятельства, устраняющие или смягчающие ответственность обвиняемого.

Автор склоняется к точке зрения, согласно которой следователь не должен быть обвинителем. Но тогда логично было бы предложить иную конструкцию полномочий следователя, т.е. воссоздать фигуру судебного следователя (как это было в дореволюционной России) или следственного судьи (как во Франции). На него можно было бы возложить и обязанность по контролю за законностью применения мер уголовно-процессуального принуждения. Такой следователь должен быть отнесен к институту судебной власти.

Интересно рассмотрение в данной работе следственных ошибок и их причин, объективных и субъективных, - результат социологического и правового исследования, проведенного при участии автора. К сожалению, не рассмотрены судебные ошибки и их причины.

Автор анализирует вопрос об участии в доказывании защитника. Последний в соответствии с законом имеет право собирать и представлять следователю и суду доказательства. Но выполнять данное правомочие защитник не может, поскольку он не вправе проводить процессуальные действия по собиранию доказательств. Собранные защитником данные, как справедливо отмечает автор монографии, до их представления следователю или суду не являются доказательствами в процессуальном смысле слова. Что же делать? Ныне защитник поставлен в трудное положение. Он обращается с ходатайствами к стороне обвинения - следователю, прокурору - и не может рассчитывать на их удовлетворение. Для создания равновесия сил обвинения и защиты на предварительном следствии потребовалась бы обширная радикальная реформа, суть которой - собирание доказательств сторонами и представление их суду, как это имеет место в странах англо-американской системы права. Но такая реформа означала бы коренное изменение природы предварительного расследования и отход от национальных традиций. Поэтому можно предложить лишь полумеры: а) ходатайство защиты о проведении следственных действий для собирания доказательств должно в обязательном порядке удовлетворяться следователем; б) защитник должен иметь право участвовать в производстве таких следственных действий. Это и предлагает автор.

Автор предпринял оригинальную попытку сопоставить изменения в уголовно-процессуальном законодательстве в пользу обвинения, укрепления государственных начал судопроизводства и в пользу защиты прав личности, вовлеченной в уголовный процесс, особенно обвиняемого, и защиты в целом. Результат оказался впечатляющим: законодатель гораздо сильнее заботится об укреплении начала публичности в уголовном процессе, о представлении органам расследования и судам больших полномочий, чем о правах личности в уголовном судопроизводстве. Выявленная тенденция свидетельствует об ужесточении уголовной политики, расширении сферы уголовно-процессуального принуждения.

Можно отметить ряд других рассуждений автора, представляющих ценность для теории и практики судопроизводства (в частности, включение в предмет доказывания обстоятельств, исключающих уголовную ответственность): о соотношении доказательств на следствии и в суде; о введении процессуальной фигуры специалиста, трудно отличаемой от эксперта, но приспособленной адвокатами для защиты интересов клиента (параллельная экспертиза); о консультациях адвоката на допросе подозреваемого (обвиняемого); о допуске оперативника для беседы с подозреваемым, обвиняемым, заключенным под стражу; о правомочиях вновь созданного Следственного комитета и др.

Конечно, в монографии, как и в любом творческом исследовании, имеются спорные положения. Хотелось бы обратить внимание на некоторые из них. Представляется, что автор преувеличивает роль потерпевшего в уголовном процессе, что соответствует его общей позиции о недопустимости ослабления усилий по борьбе с преступностью. По мнению автора, потерпевший продолжает поддерживать государственное обвинение при отказе от него государственного обвинителя, а суд при этом должен продолжать рассмотрение уголовного дела и может вынести обвинительный приговор. Представляется, что потерпевший не может поддерживать обвинение, которого уже нет. Прокурор еще более, чем потерпевший, заинтересован в поддержании обвинения, и если он все же отказывается от обвинения, то, видимо, для этого имеются серьезные основания. Суд, который при отказе прокурора от поддержания обвинения продолжает слушание дела, превращается в орган обвинения, что совершенно недопустимо.

Соглашаясь с тем, что российский уголовный процесс является публично-состязательным, автор вместе с тем утверждает, что он остается и будет оставаться

смешанным с розыскной формой предварительного расследования и состязательным судебным разбирательством. Автор считает, что сохранится сильное публичное несостязательное досудебное производство. Может быть, так и произойдет, но все-таки хотелось бы, чтобы это производство имело черты диспозитивности, состязательности, не было бы устрашающе сильным и находилось под контролем судебной власти.

Обсуждение читателями всех этих вопросов, несомненно, послужит дальнейшему углублению и развитию представлений о концептуальных проблемах теории доказательств.

Заведующий сектором проблем правосудия
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук,
заслуженный юрист РФ,
И.Л.Петрухин

Предисловие

Предлагаемая читателю монография посвящена исследованию актуальных проблем доказывания. В последние годы теория доказательств сделала немало заметных шагов на пути своего развития, которые нельзя не учесть, анализируя теорию и практику доказывания. Серьезный толчок этому процессу дало принятие нового Уголовно-процессуального кодекса РФ (УПК РФ), основанного на демократических принципах судопроизводства, среди которых наиболее тесно соприкасаются с доказательственным правом принципы состязательности и презумпции невиновности. Возникла новая идеология судопроизводства, превращающая его из репрессивного в охранительное и ставящая новые задачи на пути научных исследований. На это явление процессуальная наука отреагировала бурным ростом научной продукции в виде диссертаций, монографий, научных статей.

В последние годы наблюдается, можно сказать, своеобразный исследовательский бум: вышло множество работ, посвященных различным аспектам теории доказательств. Это, думается, закономерно, поскольку ощущение свободы научного творчества, жестко ограниченной в советской период развития теории доказательств, побуждает исследователей и к анализу новых законоположений, и к переосмыслению многих традиционных представлений. Но одновременно наблюдается известная поспешность в суждениях, продиктованная, с одной стороны, неясностью многих новых законоположений, а с другой - стремлением, не дожидаясь накопления эмпирического материала, по-новому осветить главнейшие аспекты теории доказательств - саму сущность доказывания, его цели, роли участников процесса в доказательственной деятельности, понятие доказательства, его необходимые свойства, направления развития доказательственного права и т.д. При этом нередко игнорируются выдержавшие проверку временем постулаты теории доказательств. Часто по проблемным вопросам высказываются различные, порой взаимоисключающие и слабо аргументированные утверждения. Иногда авторы не дают себе труда опровергнуть концепции, противоречащие их взглядам, создавая впечатление, что теория доказательств разрабатывается ими с "чистого листа".

Такая разноголосица побуждает автора настоящей монографии к тому, чтобы, опираясь на накопленные наукой знания, системно проанализировать позиции исследователей, высказанные в последние годы по наиболее важным и спорным вопросам теории доказательств, выявить их сильные и слабые стороны и аргументировать свою позицию. Это намерение отнюдь не означает стремления автора поставить точку в научных дискуссиях - это было бы несовместимо с диалектикой научного творчества.

Наоборот, хотелось бы надеяться, что такой подход может способствовать дальнейшему развитию теории доказательств.

Отметим три обстоятельства, важных для уяснения смысла и содержания предлагаемой читателю работы.

Первое. Автор не претендует на освещение всех традиционно значимых аспектов теории доказательств и не стремится предложить ее целостную концепцию. Речь в работе пойдет только о наиболее острых проблемах, вызвавших самые оживленные дискуссии в последние годы. Это предопределило и структуру работы, которая разбита на главы и пункты, посвященные отдельным, наиболее важным в теоретическом и практическом отношении и дискуссионным проблемам. Отдельные пункты, обозначающие переход к новой мысли, выделены внутри глав в целях придания излагаемому материалу большей последовательности.

Второе. Вследствие такой структуры и тесной взаимосвязи отдельных глав автор не смог избежать "пересечения" рассматриваемых вопросов. Но в каждой главе исследованные ранее проблемы подвергаются анализу под новым углом зрения и с приведением аргументов, соответствующих новому аспекту исследования.

Третье. В работе использованы идеи прежних трудов автора, посвященных доказательствам и доказыванию, выполненных на основе ранее действовавшего законодательства, но существенно переработанных с учетом новых законоположений и современных научных воззрений. В ней также использованы статьи, посвященные актуальным проблемам теории доказательства, опубликованные им в последние годы в журнале "Государство и право", других изданиях. Весь этот научный материал систематизирован и дополнен.

В определенном отношении предлагаемая читателям книга служит продолжением исследований правовых форм доказывания, предпринятых автором на протяжении четверти века в ряде его прежних работ.

Глава 1. ДОКАЗЫВАНИЕ КАК ПОЗНАВАТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Доказывание - получение доказательств и оперирование ими в целях воссоздания действительной картины изучаемого события - является единственным средством достижения целей судопроизводства, т.е. защиты прав и законных интересов потерпевших и ограждения личности от незаконного привлечения к уголовной ответственности, ограничения ее прав и свобод (ст. 6 УПК РФ). За пределами доказательственной деятельности реализация судебной власти, а именно разрешение судом социальных конфликтов в сфере права, невозможна. Поэтому доказывание и доказательства, по мнению прошлых и новых исследователей, были и остаются сердцевиной уголовного судопроизводства.

Понятие доказывания неотделимо от его философской основы - познания. Это обстоятельство всегда рождало теоретические споры о соотношении этих понятий; споры также касались содержания и структуры доказывания, круга субъектов и обязанности доказывания, особенностей его реализации на различных этапах процесса и т.д.

Не утихли, а, наоборот, обострились эти дискуссии с принятием УПК РФ 2001 г., в основу которого законодатель положил системообразующий принцип состязательности (ст. 15). Разграничив процессуальные функции сторон и определив роль суда как арбитра в их споре, закон наделил стороны обвинения и защиты широкими правами, превратив их, таким образом, в активных фигурантов доказывания, имеющих возможность убедить суд в правильности своей позиции. Это побудило исследователей подвергнуть критическому анализу многие положения теории доказательств с точки зрения их соответствия новым законоположениям.

В этой ситуации попытаемся проанализировать взгляды исследователей по наиболее важным проблемам доказывания и на этой основе обосновать по ним свою позицию.

2. На протяжении многих лет в теории доказательств утвердилось представление о доказывании как познании (непосредственном и опосредованном) события прошлого, осуществляемом следователем, прокурором, судом в особой процессуальной форме - путем собирания, проверки и оценки доказательств. Также принято трактовать доказывание в широком и узком смыслах: в первом - как осуществление всей познавательной деятельности субъектов, ведущих процесс, охватывающей не только оценку, но и собирание и проверку доказательств, во втором - лишь как логическую деятельность по обоснованию выдвигаемого тезиса <1>. Такое представление находит поддержку и в общей теории права. Например, по мнению С.С. Алексеева, "доказывание (в широком смысле) - это деятельность субъектов, направленная на установление с помощью доказательств истинности обстоятельств дела". Сюда автор включает собирание, исследование и оценку доказательств. "В... узком смысле понятие доказывания... состоит в деятельности по обоснованию выдвигаемых доводов и возражений, по убеждению в их истинности тех или иных лиц" <2>.

- -

<1> См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1971. Т. 1. С. 298 - 299; Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. М., 1971. С. 156 - 158.

<2> Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 247, 248.

Соответственно этим представлениям обязанность доказывания также принято трактовать в двояком смысле - как обязанность собирания, проверки и оценки доказательств в целях установления истины и как обязанность обосновать свои выводы с помощью доказательств. Естественно, что та и другая обязанности лежат на органах государства, осуществляющих доказывание, - следователе, прокуроре, суде, хотя содержание ее для каждого из этих органов оказывается различным.

3. Однако существуют и иные взгляды на доказывание. В работах некоторых исследователей нередко употребляется термин "уголовно-процессуальное доказывание", позволяющий считать, что существует и доказывание иного рода. С этим термином можно было бы согласиться, если обозначить им доказательственную деятельность в одной из трех сфер осуществления юрисдикции. Тогда другими разновидностями доказывания стало бы "гражданско-процессуальное" и "административно-процессуальное" доказывание, хотя с учетом общих черт процессуального познания соответствующие виды познавательной деятельности предпочтительнее именовать доказыванием в уголовном, в гражданском или административном процессе. Однако сторонники этого термина вкладывают в него более широкий смысл, полагая, что существует некое, не ограниченное сферой юрисдикции, а универсальное для любой познавательной деятельности людей доказывание. "Судебное доказывание, - писал А.А. Эйсман, - это частный случай доказывания вообще, т.е. особого способа передачи информации, связанного с обоснованием передаваемых сведений" <1>. Если встать на такую точку зрения, то действительно есть основания выделять юридическую разновидность "доказывания вообще", т.е. доказывание уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное и т.д. Подобные универсальные представления разделяют И.М. Лузгин, Р.Г. Домбровский, В.С. Джатиев, А.А. Давлетов и многие представители гражданско-процессуальной науки.

- -

<1> Эйсман А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов // Вопросы предупреждения преступности. М., 1985. Вып. 1. С. 82.

Полагаем, что с таким представлением нельзя согласиться, ибо оно не соответствует исходным положениям теории познания.

Прежде всего нет оснований утверждать, что в теории существует универсальное понятие доказывания. Как известно, для обозначения процедуры получения выводного знания логика использует понятие "доказательство", которое твердо устоялось в этой и других (прежде всего математических) областях науки, имеет, следовательно, универсальный характер. Поэтому нет необходимости вытеснять его другим, заимствованным из юриспруденции, понятием.

Существует и противоположный взгляд, служащий основанием для выделения "процессуального доказывания". "Необходимо, - пишет Л.М. Карнеева, - четко различать ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОКАЗЫВАНИЕ как строго регламентированную законом деятельность, включающую обнаружение, получение, проверку и оценку сведений, являющихся доказательствами, от ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ЛОГИЧЕСКОГО (выделено мной. - С.Ш.), имеющего своим предметом абстрактные представления и развивающегося по законам логики" <1>. Автор правильно включает в "процессуальное доказывание" оценку доказательств. Но поскольку необходимой составной частью оценки является обоснование выводов, исключать из доказывания или обособлять от него, а также противопоставлять ему логическую деятельность - оперирование аргументами, нет оснований. Следовательно, и в этом случае теряет смысл обозначение доказывания как "процессуального".

- -

<1> Советский уголовный процесс. М., 1982. С. 120.

Попытки разграничить познание и доказывание по временному признаку, представив их как качественно разные, хотя и выполняемые иногда одним субъектом операции, предприняты и в уголовно-процессуальной науке. В свое время подобные суждения высказывали Э.С. Зеликсон, Р.Г. Домбровский, а в последние годы - А.А. Давлетов и В.С. Джатиев. Они пытаются вывести внешнепредметную познавательную деятельность за пределы "процессуального доказывания", обозначив ее как "познание" или "исследование" доказательств <1>. Показательны в этом отношении суждения Р.Г. Домбровского. "Собирание следователем фактических данных... - пишет он, - является для него познавательным процессом, а не доказыванием" <2>. Автор утверждает, что следователь становится субъектом доказывания лишь тогда, когда результаты познания он излагает в постановлении о прекращении уголовного дела и обвинительном заключении <3>.

- -

<1> См., например: Домбровский Р.Г. Соотношение познания и доказывания в судебном исследовании // Ученые записки Латв. гос. ун-та. Т. 241. Вопросы борьбы с преступностью. Рига, 1975. Вып. 11. С. 158 - 175; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. Свердловск, 1991. С. 142, 143; Джатиев В.С. Доказывание и оценка обстоятельств преступления. Ростов н/Д, 1991. С. 23.

<2> Домбровский Р.Г. Логика и теория доказательств // Оптимизация расследования преступлений. Иркутск, 1982. С. 18.

<3> См.: Домбровский Р.Г. Криминалистическое познание как форма практической деятельности // Вопросы осуществления правосудия по уголовным делам. Калининград, 1982. С. 85.

Логическим следствием подобных представлений является парадоксальный вывод о том, что на протяжении предварительного следствия доказывание отсутствует, а имеет лишь место познание (элементы доказывания обнаруживаются только при составлении итоговых процессуальных актов - обвинительного заключения и постановления о прекращении дела). Получается, что следователь, собирая, проверяя и оценивая доказательства, доказывания не осуществляет. Здравый смысл, однако, не может мириться с мыслью, что оперирование доказательствами не есть еще доказывание.

4. Но дело не только в пренебрежении здравым смыслом. Рассматриваемая концепция беспомощна и в методологическом аспекте, так как пытается развести, разъединить процессы извлечения знаний и обоснования их истинности. Согласно этому познание ограничивают извлечением знаний и в то же время гипертрофируют логический аспект познания - обоснование истинности знания (как об отдельных фактах, так и об их совокупности), - составляющий существенный признак доказывания. Между тем нераздельность этих операций не вызывает сомнений в теории познания. Фактически оба эти вида деятельности составляют лишь разные стороны единого процесса познания <1>. Иначе говоря, доказывание в узком смысле этого слова, т.е. обосновывающая деятельность мысли, есть неотделимый элемент познания, проникающий в систему практических операций по собиранию и проверке доказательств. Следовательно, познание не предшествует обоснованию вывода, а включает его в себя, хотя на отдельных этапах познавательного процесса извлечение знаний и обоснование их правильности имеет разный - больший или меньший - удельный вес. Так, при формировании конечных выводов - составлении обвинительного заключения, произнесении обвинительной речи в суде - на первый план выступает логический, обосновывающий элемент познания, в то время как на этапе собирания и проверки доказательств ведущую роль играет извлечение знаний. Однако было бы непростительной ошибкой считать, что в этот момент "доказывание-обоснование" отсутствует, ибо, как давно подмечено в философской науке, логическая категория "доказательство" не является чем-то внешним по отношению к познанию, не состоит в оправдании уже полученных результатов, а внутреннее присуще процессу их получения <2>. Эту же мысль высказывает и П.В. Копнин: "...ошибочным является представление, что процесс достижения истины и доказательство ее являются абсолютно независимыми и не связанными между собой сферами" <3>.

- -

<1> На недопустимость отделения доказывания от познания уже было обращено внимание в литературе А.М. Лариным (см.: Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М., 1979. С. 267, 268).

<2> См.: Элез И. Единство практического и теоретического в доказательстве истины // Проблемы научного метода. М., 1964. С. 140.

<3> Копнин П.В. Гносеологические и логические основы науки. М., 1974. С. 159.

Поясним эту мысль. Несомненно, что "доказывание-обоснование" не сводится к построению силлогизма или к иной логической операции, посредством которой из совокупности знаний выводится новое знание. Необходимо обосновать и надежность аргументов, оперируя которыми субъект доказывания подтверждает правильность своих выводов. Но эта сторона познавательной деятельности, обращенная к будущему адресату доказывания, явственно просматривается уже в деятельности по собиранию доказательств. Говоря другими словами, обоснование доброкачественности аргументов, т.е. допустимости и достоверности доказательств, осуществляется следователем (хотя и не окончательно) уже в момент получения доказательств. Так, допрашивая свидетеля, следователь фиксирует данные о нем, показывающие, что информация получена от надлежащего источника (субъекта, не страдающего физическими и психическими недостатками). Он отражает условия допроса (место проведения, время, продолжительность, характер вопросов, а при звукозаписи - их тон), констатирующие такой признак допустимости, как законность способа получения доказательства. Следователь также вносит в протокол уточнения и удостоверение допрашиваемым сделанной в нем записи, что свидетельствует о правильном, неискаженном уяснении смысла сообщения. В протоколах таких следственных действий, как осмотр, обыск, выемка и т.п., гарантией достоверности отображения информации служит подтверждение правильности фиксации наблюдавшихся фактов понятыми, специалистами и т.д. Поэтому нельзя считать, что, собирая доказательства, следователь заботится только об их

допустимости, откладывая оценку их достоверности на завершающий этап расследования. Общеизвестно, что оценка доказательств пронизывает все этапы доказывания. Уже в момент получения показаний следователь своими вопросами выявляет степень убедительности, достоверности показаний. Таким образом, процесс извлечения знаний есть в то же время и процесс обоснования их правильности, неотделимый от того, что составляет содержание "доказывания-обоснования". Против этого не говорит и то, что оценка допустимости и достоверности доказательств - это процесс длящийся, не ограниченный лишь этапом собирания доказательств, вследствие чего первоначальная оценка может измениться.

Приведем еще одну мысль в пользу сказанного. Собирая доказательства и удостоверяя результаты следственных действий, следователь осуществляет познание не только "для себя", как иногда полагают, а мыслит себя частью познающей системы, в которую входят и последующие адресаты доказывания - прокурор, суд. Именно для убеждения их в доброкачественности аргументов и правильности своих выводов следователь и осуществляет вышеназванные действия, направленные в конечном счете на превращение "истины в себе" (неотраженной и неудостоверенной информации) в "истину для всех". Таким образом, обоснование правильности выводов, т.е. доказывание в логическом аспекте, лишь завершается составлением итогового процессуального акта или произнесением обвинительной речи, начинается же оно и протекает в процессе извлечения знаний, т.е. при собирании и проверке доказательств. И не имеет решающего значения тот факт, что обосновывающая деятельность следователя, дознавателя (и прокурора, утверждающего обвинительное заключение или обвинительный акт) обращена к суду не непосредственно, как это имеет место при произнесении обвинительной речи, а опосредованно - в виде формулирования и обоснования обвинительного тезиса, подлежащего исследованию судом.

С учетом сказанного приходим к выводу, что попытки представить познание и доказывание в уголовном процессе как разделенные во времени и сменяющие друг друга операции не соответствуют реальному положению вещей и исходным положениям гносеологии, утверждения же, что следователь ничего не доказывает, могут лишь дезориентировать практику. Ошибочность подобных представлений стала особенно наглядной с принятием УПК РФ, ст. 85 которого определяет доказывание как деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ, ибо эту деятельность, несомненно, осуществляет орган расследования.

5. В свете сказанного отметим, что в литературе предприняты попытки разграничить познание и доказывание не по временному признаку, а по объему полезной информации, присущей тому и другому. И здесь делается ошибочный, на наш взгляд, вывод о несовпадении этих понятий. Широкое распространение получили утверждения о том, что познание в уголовном процессе шире доказывания, так как доказывание осуществляется путем оперирования доказательствами, познание же включает в себя и непроцессуальную информацию. В частности, отмечается, что для определения оснований следственных действий, тактики их проведения, построения следственных версий наряду с доказательствами используются результаты оперативно-розыскных мероприятий. Для повышения эффективности доказывания может быть использован и прошлый опыт следователя, судьи и т.п.

Все это так: постижение следователем, дознавателем обстоятельств уголовного дела осуществляется им с учетом и непроцессуальной информации, которая сопровождает доказывание и повышает его эффективность. В этом смысле познание действительно шире доказывания.

Однако в подобных суждениях речь идет о познании вообще, об обыденном познании, хотя и осуществляемом в связи с производством по уголовному делу. Такое познание лежит за пределами уголовного процесса и не может считаться уголовно-

процессуальным. Уголовно-процессуальное же познание осуществляется в процессуальной форме и поэтому не может быть не чем иным, как доказыванием, т.е. оперированием доказательствами.

Сказанное означает, что отсутствуют какие-либо основания к пересмотру сформировавшейся в процессуальной теории концепции, согласно которой доказывание в уголовном судопроизводстве не существует наряду с познанием: оно и есть познание обстоятельств дела, осуществляемое в особой процессуальной форме <1>. Поэтому доказывание - это специфический юридический, процессуальный термин, обозначающий познавательную деятельность управомоченного органа государства в сфере юрисдикции, осуществляемую по процессуальным правилам. Полагаем, что уяснение этого положения предотвратит как исключение из доказывания практических операций по формированию доказательств (и, следовательно, их недооценку), так и игнорирование правил логики доказывания и порождаемые этим попытки определить достаточность собранных доказательств на уровне интуиции.

- -

<1> См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 296.

6. Попытки пересмотреть и по-новому определить понятие доказывания предприняты в процессуальной литературе в последнее время в связи с чрезмерно широкой трактовкой принципа состязательности.

Так, известны предложения вообще отказаться от широкого понимания понятия доказывания, определенного в ст. 85 УПК РФ, ограничившись его узким аспектом, и рассматривать эту деятельность лишь как логическое обоснование итоговых выводов органов расследования и суда. Предлагается понимать под доказыванием целенаправленную деятельность по логическому обоснованию собранными в установленном уголовно-процессуальным законом порядке по делу доказательствами утверждения о виновности (невиновности) обвиняемого (подсудимого) в совершении преступления <1>. Неясным, однако, остается, какое место отводится самому собиранию доказательств "в установленном уголовно-процессуальном порядке". Автор на этот вопрос не отвечает, но, судя по всему, фактически воспроизводит отмеченную выше позицию ученых, которые считают эту деятельность не доказыванием, а познанием, не пытаясь при этом опровергнуть критические суждения по поводу подобной концепции.

- -

<1> См.: Татаров Л.А. Методические и методологические проблемы доказывания обстоятельств преступления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2006. С. 8, 13.

С иных позиций критикуют ст. 85 УПК РФ другие исследователи. Так, исходя из принципа состязательности и трактовки органов расследования как односторонних обвинителей, утверждается, что положения ст. 85 УПК РФ, установившей, что собирание, проверка и оценка доказательств есть доказывание, противоречат презумпции невиновности, которая возлагает обязанность доказывания на сторону обвинения. В связи с этим предлагается пересмотреть понятие доказывания и понимать под ним "деятельность, направленную на обоснование обвинения", а ст. 85 исключить из УПК РФ <1>. Утверждается, что познавательная деятельность следователя, прокурора есть не доказывание, а деятельность органов уголовного преследования по установлению и обоснованию вины лица в совершении преступления <2>. Собирание же, проверка и оценка доказательств - это не доказывание в традиционном смысле, а не более чем виды, элементы деятельности, направленной опять-таки на доказывание обвинения <3>. Выходит, что эти действия изначально не предназначены (а значит, непригодны) к установлению обстоятельств, оправдывающих обвиняемого, что звучит как парадокс.

- -

<1> См.: Лазарева В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств // Юридический аналитический журнал. Самара, 2006. N 1(15). С. 14.

<2> См.: Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. Самара, 2007. С. 37, 43.

<3> Там же. С. 43.

Такая позиция затрагивает вызвавший острые дискуссии в литературе вопрос о процессуальной функции следователя (дознавателя), т.е. о том, следует ли считать его односторонним обвинителем или же надлежит исходить из того, что он должен объективно исследовать все обстоятельства дела, в том числе и те, которые ослабляют или опровергают обвинение. По этому вопросу высказались многие исследователи, и вряд ли есть смысл повторять и анализировать все "за" и "против". Приведем поэтому наиболее существенные, на наш взгляд, соображения, которые не позволяют видеть в органе расследования субъекта, призванного собирать только обвинительные доказательства.

Первое из них касается сущности российского уголовного процесса и пределов действия в нем принципа состязательности.

И по этому вопросу нет единства среди ученых. Можно, конечно, как это делают некоторые авторы, опираясь на ст. 123 Конституции РФ и ст. 15 УПК РФ, провозгласившие, что судопроизводство в России осуществляется на основе состязательности, и с учетом того, что термин "судопроизводство" охватывает и досудебные стадии, утверждать, будто и предварительное расследование построено на основе последовательной состязательности. Но при этом игнорируется тот факт, что наш уголовный процесс в основе своей был и остается смешанным, в котором досудебное производство включает лишь отдельные элементы состязательности <1>. Из ст. 15 УПК РФ следует, что законодатель, провозглашая состязательность принципом процесса, в первую очередь имел в виду производство в суде, так как именно на суд возложена обязанность создать условия для осуществления сторонами их функций, о чем говорится в этой статье, между тем как на досудебном производстве он это делать не в состоянии. На предварительном расследовании также имеет место свойственное состязательности разделение процессуальных функций, осуществляется судебный контроль, но отсутствует такой существенный признак состязательности, как равноправие сторон, которым они пользуются в суде (ч. 4 ст. 15). Поэтому говорить, что стадия целиком построена на основе состязательности, нет ни логических, ни фактических оснований.

- -

<1> И.Л. Петрухин, обращая внимание на внедрение в предварительное производство состязательных начал, правильно, на наш взгляд, отмечает, что полное преобразование предварительного расследования путем внедрения состязательности маловероятно, так как для этого пришлось бы уравнять во всех процессуальных правах возможности обвинения и защиты. Но мало шансов ожидать столь глубокого преобразования (см.: Петрухин И.Л. От инквизиции - к состязательности // Государство и право. 2003. N 7. С. 31).

Второе соображение касается правового регулирования роли следователя, из которого вовсе не следует, что он односторонний обвинитель. Так, положения п. 5 - 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ обязывают следователя выявлять обстоятельства, реабилитирующие обвиняемого либо смягчающие степень его ответственности, что явно не согласуется с ролью органа расследования как одностороннего обвинителя. Представляется несомненным, что исследование и установление всех элементов предмета доказывания есть всесторонность исследования. Помимо этого составители УПК РФ, "исторгнув" принцип всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, как якобы несовместимый с принципом состязательности (с чем по соображениям логики

невозможно согласиться), не смогли, руководствуясь здравым смыслом, полностью пренебречь этим принципом и фактически сохранили его в отдельных статьях УПК РФ. Так, ст. 152 допускает проведение расследования по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей "в целях обеспечения его полноты и объективности", а ст. 154 разрешает выделение дел в отдельное производство, "если это не отразится на всесторонности и объективности предварительного расследования".

Но есть и другое, не менее убедительное опровержение тезиса: "следователь - только обвинитель". Это постулат логики, именуемый косвенным апагогическим доказательством <1>. Суть его в том, что утверждение какого-либо положения возможно лишь при условии опровержения противоположного утверждения. Эту же мысль высказал и Конституционный Суд РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. N 13-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы". Суд указал, что, осуществляя уголовное преследование, прокурор, следователь и дознаватель обязаны принимать решения в соответствии с требованиями законности, обоснованности и мотивированности (ст. 7 УПК РФ), в силу которых обвинение может быть признано обоснованным только при условии, что все противостоящие ему обстоятельства дела объективно исследованы и отвергнуты стороной обвинения. Из этого постулата следует, что следователь, как сторона обвинения, должен всесторонне исследовать обстоятельства дела и, оставаясь объективным, опровергнуть доводы стороны защиты. Если этого сделать не удалось, то основания для обвинения отпадают. Тщательный и всесторонний анализ позиций защиты, незапрограммированность в законе исхода этой деятельности никак не совмещаются с утверждением, что доказывание - это не деятельность, направленная на объективное установление обстоятельств предмета доказывания, как принято считать, а "деятельность по обоснованию обвинения".

- -

<1> См.: Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. М., 1975. С. 46, 268.

7. Предлагаемый узкий взгляд на доказывание лишь как на обоснование выводов аргументируется и новой ролью суда, который традиционно также рассматривался как субъект доказывания. Такое представление сохранилось и в УПК РФ, ч. 1 ст. 86 которого устанавливает, что собирание доказательств наряду с органами расследования осуществляется и судом путем производства процессуальных действий. Однако в трактовках этого предписания учеными наблюдаются существенные различия. Одни исследователи, считая, что в состязательном процессе суд осуществляет роль пассивного арбитра, лишь разрешающего правовой спор, утверждают, что он доказывания не осуществляет (хотя и признают право суда собирать новые доказательства), т.е. субъектом доказывания не является <1>. Другие занимают противоположную позицию, полагая, что суд осуществляет доказывание и обязан принимать меры для установления истины по делу <2>.

- -

<1> Такова позиция В.А. Лазаревой, В.С. Шадрина, В.М. Бозрова, А.Р. Белкина, В.И. Зажицкого и ряда других исследователей. В.А. Лазарева предлагает даже отказаться от ч. 1 ст. 86 УПК РФ, поскольку она предусматривает право суда собирать доказательства.

<2> См. работы Ю.К. Орлова, Н.Н. Ковтуна, А.А. Власова, В.А. Будникова, И.В. Зверева и многих других процессуалистов.

Определение действительной роли суда в доказывании требует взвешенного подхода, учета его особого положения в состязательном процессе, что исключает возможность безоговорочного присоединения к той или другой позиции спорящих ученых. При этом нельзя не учесть, что суд играет в доказывании достаточно активную роль. Эта активность не может быть беспредельной, она ограничена тем, что

состязательное судебное следствие мыслится как попеременное представление доказательств сторонами (ст. 274 УПК РФ), которые и должны в этом проявлять необходимую активность. Тем не менее в исследовании доказательств не может не участвовать и суд, дополняя в необходимых случаях активность сторон. Этот аспект деятельности суда также получил отражение в законе.

Как видно из ст. 240 УПК РФ, суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, производит другие судебные действия по исследованию доказательств. Но следует иметь в виду, что даже исследование доказательств, представленных сторонами, фактически представляет собой акт собирания доказательств, так как суд, фиксируя в протоколе результаты познавательных действий, формирует новые доказательства, которые по своему содержанию могут совпадать с доказательствами, полученными органом расследования, но могут и отличаться от них. Как отмечает И.Б. Михайловская, в этом случае исследование судом доказательств, собранных на предварительном расследовании, как бы "надстраивает" их процессуальную форму, придает им более высокий юридический статус и этим превращает следственные доказательства в "судебные" <1>.

- -

<1> См.: Михайловская И.Б. Соотношение следственных и судебных доказательств // Государство и право. 2006. N 4. С. 39.

Представляется несомненным право суда собирать новые доказательства помимо имеющихся в деле. Прежде всего это вытекает из обязанности суда проверить представленные ему доказательства в том числе и путем "получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство" (ст. 87 УПК РФ). Было бы странным, если бы суд отверг доказательство, представленное стороной, ввиду его сомнительности, не пытаясь внести ясность посредством допроса новых свидетелей, назначения экспертизы и т.д. К тому же арсенал познавательных средств, имеющихся для этого в распоряжении суда, в новом УПК РФ существенно расширен возможностью проведения в суде освидетельствования, предъявления для опознания, следственного эксперимента. Сам характер этих следственных действий таков, что организовать и произвести их сможет только "хозяин процесса", т.е. суд, а не стороны. Полагаем, наряду с этим, что новые доказательства могут собираться судом не только для проверки уже имеющихся, но и для устранения пробелов в доказательственном материале, касающемся существенных обстоятельств дела, когда стороны об этом по тем или иным причинам не ходатайствуют. Иное положение вынуждало бы суд выносить приговор, сознавая, что он не отражает действительных обстоятельств исследуемого события, т.е. является необоснованным <1>.

- -

<1> Заметим попутно, что в США - стране, в которой судопроизводство осуществляется на основе классической состязательности, - ст. 614 Федеральных правил о доказательствах разрешает суду вызывать и допрашивать новых свидетелей.

Доказательственная деятельность суда проявляется, наконец, и в том, что он обязан мотивировать свой приговор, т.е. привести доказательства, на которых основан его вывод. Деятельность суда по логическому обоснованию выводов представляет собой доказывание в узком смысле слова, т.е. соответствует представлениям тех авторов, которые сводят доказывание к логическим операциям, но при этом исключают суд из круга субъектов доказывания.

Из сказанного следует, что и суд осуществляет доказывание, хотя его доказательственная деятельность отличается своеобразием, обусловленным особым положением в состязательном процессе.

8. Поскольку доказывание, как отмечалось, не может быть сведено к логическим операциям по обоснованию выводов, а включает в себя познавательную деятельность, связанную с получением аргументов для обоснования этих выводов, т.е. доказательств, важно выяснить, каким образом в уголовном деле появляются эти аргументы, т.е. доказательства. Закон, ст. 85 УПК РФ, определяет доказывание как собирание, проверку и оценку доказательств в целях установления обстоятельств, образующих предмет доказывания. Следовательно, доказательства собираются на начальном этапе доказывания.

Разделяемое многими исследователями и ставшее традиционным представление о собирании доказательств определяет эту деятельность как имеющую познавательно-удостоверительный характер и основанную на отражении и преобразовании в сознании познающего субъекта информации, сведений, содержащихся в следах, оставленных событием.

Теперь никто из исследователей не возражает против тезиса о том, что готовых доказательств, т.е. показаний, заключений, вещественных доказательств, протоколов и иных документов (ч. 2 ст. 74 УПК РФ), в природе не существует и существовать не может: объективно существуют лишь следы события, в которых содержится нужная информация. Но эта информация - еще не доказательство. И лишь в процессе познавательно-удостоверительной деятельности определенных субъектов доказывания, наделенных для этого соответствующими правомочиями, информации придается надлежащая процессуальная форма и возникают, т.е. формируются, доказательства <1>.

- -

<1> Сформулированное автором много лет тому назад положение о том, что доказательства фактически не "собираются", а "формируются" (см.: Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. М., 1972. С. 7, 15, 16), разделяется многими, в том числе и современными исследователями. См.: Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев, 1984. С. 10; Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 28; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 9; Победкин А.В., Яшин В.Н. Следственные действия. Тула, 2003. С. 5; Уголовный процесс: Учебник / Отв. ред. А.В. Гриненко. М.: Норма, 2004. С. 206 и др. Однако против концепции формирования доказательств выступает В.А. Лазарева, полагая (и, на наш взгляд, необоснованно), что в свете принципа состязательности и предоставления защите права на собирание доказательств "концепция собирания доказательств как процесса его формирования органами расследования и судом полностью выполнила свое назначение", "эта концепция, исключающая возможность стороны защиты в создании доказательственной базы... вступает в непримиримое противоречие с принципом состязательности" (см.: Лазарева В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств. С. 17, 18). Эту же мысль автор воспроизводит и в более поздней работе (см.: Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. С. 46 - 48).

Рассмотрим более детально, что надлежит понимать под формированием доказательств. Не следует упрощать это понятие, считая, что формирование доказательства ограничивается запечатлением полученных сведений путем применения надлежащих форм фиксации, т.е. протоколированием результатов очной ставки, других следственных действий. Формирование доказательств, как видно из вышеизложенных теоретических положений, в первую очередь состоит в преобразовании первичной доказательственной информации, т.е. извлекаемой субъектом доказывания из следов, оставленных событием <1>. Образы события, хранящиеся в памяти свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подозреваемых, знания, которыми обладает эксперт и специалист, - это еще не доказательства. Информации, сохранившейся в следах события,

еще предстоит преобразоваться в доказательства в результате применения соответствующих познавательных процедур. Так, в результате допроса формируются показания (не случайно ст. 76 - 80 УПК РФ устанавливают, что показания - это сведения, сообщенные этими лицами на допросе), а в результате назначения экспертизы и исследований, проведенных экспертом, появляется заключение эксперта; протоколы следственных действий (ст. 83 УПК РФ) появляются в результате проведения осмотра, обыска и т.д. Можно поэтому утверждать, что собирание, а точнее формирование, доказательств, - это комплекс осуществляемых субъектом доказывания операций, дающих ему возможность выявить носителей искомой информации, воспринять ее и преобразовать в надлежащую процессуальную форму, т.е. в форму показаний, заключений эксперта и т.д. Следовательно, формирование доказательств - это процесс преобразования доказательственной информации в форму доказательств, предусмотренных уголовно-процессуальным законом.

- -

<1> О теоретико-познавательном обосновании этого положения см. гл. 3 монографии. Мысль о том, что в ходе получения доказательств происходит преобразование доказательственной информации, разделяют и другие авторы (см.: Михайловская И.Б. Соотношение следственных и судебных доказательств. С. 44).

9. С учетом сказанного следует уточнить, в какой момент доказательство можно считать собранным, т.е. сформированным. Представляется верной мысль, что таким является момент объективизации субъектом доказывания воспринятых им сведений, т.е. их закрепление с помощью предусмотренных законом средств фиксации. Закрепление доказательств - это завершающий элемент их формирования, без которого эту деятельность законченной считать нельзя. Доказательственная информация, воспринятая и преобразованная субъектом доказывания в ходе допроса, осмотра и т.д. и существующая в его сознании в виде идеальных образов, останется таковой до момента ее объективизации с помощью описания. "Пока доказательство не рассмотрено и не закреплено процессуально, - писал М.С. Строгович, - нельзя утверждать, что доказательство действительно обнаружено, так как еще неизвестно, что именно обнаружено и является ли действительно доказательством то, что обнаружено" <1>.

- -

<1> Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 302. Поэтому нельзя согласиться с выделением закрепления доказательств в самостоятельный элемент процесса доказывания, следующий за собиранием доказательств, как это предлагают некоторые авторы (см.: Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 27, 28).

На первый взгляд некоторым противоречием сказанному являются такие виды доказательств, как вещественные доказательства (ст. 81 УПК РФ) и иные документы (ст. 84 УПК РФ), которые как будто формируются не следователем и не судом, а объективным ходом события (т.е. в процессе, не регулируемом нормами доказательственного права) и включаются в материалы дела в первозданном виде. Но такое представление не учитывает реального процесса их получения. Так, хотя вещественные доказательства - это предметы, которые служат первозданными источниками информации, сочетая в себе ее носителя (сам предмет) и сведения, имеющие значение для дела (его признаки - форму, размер, изменения и т.д.), в действительности такой предмет станет доказательством лишь при условии, что его относимость будет выявлена посредством процессуального действия - осмотра с выявлением признаков предмета и месторасположения и закреплением этих обстоятельств путем протоколирования и иных средств фиксации. Соответственно, и этот вид доказательства формируется субъектом доказывания путем преобразования "вещной" информации в иную форму, в том числе с помощью описания. Признание предмета

вещественным доказательством закономерно оформляется процессуальным актом - постановлением следователя, завершающим процесс его формирования.

Нечто схожее наблюдается и при приобщении к делу иных документов. Они, на наш взгляд, могут быть признаны доказательством также только в ходе процессуальной деятельности с обоснованием необходимости их получения (постановление), фиксацией факта их обнаружения, изъятия и представления (протокол), хотя решение об истребовании документа часто не оформляется отдельным постановлением (в ряде случаев достаточен простой запрос). Но и здесь имеет место преобразование информации.

В свете сказанного представляется очевидным, что даже непосредственно воспринимаемые следы события, реально существующие явления - место происшествия и его отдельные элементы (труп, повреждения на нем, орудия преступления), помещения и хранящиеся в них предметы, тело человека, документы и т.п. - в процессе формирования доказательств подвергаются преобразованию, а информация, заключенная в следах, при переносе ее в материалы дела меняет свою первоначальную форму. Еще более многократному преобразованию подвергаются явления действительности, воспринимавшиеся будущими свидетелями, обвиняемыми, подозреваемыми: сначала они трансформируются в образы памяти, затем (на допросе) - в устные сообщения и, наконец, в протокольную запись.

Таким образом, преобразование информации в иную форму - это универсальная по отношению к любому виду доказательств процедура, сопровождающая их формирование.

Подводя итог сказанному, сформулируем некоторые выводы.

А. Попытка ограничить доказывание лишь обосновывающей деятельностью мысли не соответствует исходным теоретическим представлениям о нераздельности практических и логических познавательных операций, в том числе операций по извлечению знаний и обоснованию их правильности.

Б. Также неправомерны попытки противопоставить доказывание и уголовно-процессуальное познание как по хронологическому основанию, так и по объему используемых знаний, ибо эти явления тождественны. Доказывание не существует наряду с уголовно-процессуальным познанием; оно и есть познание обстоятельств дела, осуществляемое в особой процессуальной форме.

В. Непродуктивны попытки пересмотреть традиционное представление о доказывании как познавательной деятельности, осуществляемой органами расследования и судом и направленной на установление обстоятельств, подлежащих доказыванию. Отсутствуют как нормативно-правовые, так и содержательные аргументы для интерпретации доказывания как деятельности органов уголовного преследования, направленной лишь на обоснование обвинения ввиду того, что: следователь (дознаватель), не будучи односторонним обвинителем, обязан в процессе доказывания объективно отображать все обстоятельства дела, в том числе и несовместимые с обвинением; суд в рамках состязательности процесса также осуществляет познавательно-удостоверительную деятельность.

Глава 2. ОСТАЕТСЯ ЛИ ИСТИНА ЦЕЛЬЮ ДОКАЗЫВАНИЯ?

1. Стремясь найти ответ на этот вопрос, автор не пытается подвергнуть всестороннему анализу многочисленные и разные по занимаемым позициям высказанные в современной науке суждения ученых о возможности (или невозможности) установить истину в ходе доказывания: о соотношении истинности и доказанности, вероятности и достоверности и о других аспектах доказывания, связанных с определением его целей. Указанные аспекты будут затронуты лишь постольку, поскольку это необходимо для решения основной задачи, поставленной перед собой автором: как следует трактовать положения действующего уголовно-процессуального закона относительно целей доказывания и в какой мере эти положения соответствуют традиционным представлениям

об истине как о точном соответствии выводов субъектов доказывания об исследуемом событии реальным обстоятельствам дела, фактам объективной действительности.

По этим вопросам процессуалисты постоянно вели оживленные дискуссии <1>. Но до принятия нового УПК РФ большинство исследователей склонялись к мысли о том, что целью доказывания является установление объективной (материальной) истины и что эта цель достижима, несмотря на возникающие перед субъектом доказывания трудности и препятствия. Споры ученых в большей степени касались вопросов о том, какая истина - абсолютная или относительная - устанавливается приговором суда, входят ли в содержание истины правильная квалификация деяния и правильная мера наказания и т.п. Обязанность органов расследования, прокурора и суда устанавливать истину в ходе производства по делу получила четкое закрепление в действовавшем тогда уголовно-процессуальном законе. Считалось, что одним из принципов процесса являлся нацеленный на установление объективной истины принцип всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела этими органами, выявление ими как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого, а также смягчающих и отягчающих его ответственность обстоятельств (ст. 20 УПК РСФСР). В законе была закреплена и обязанность председательствующего в судебном заседании добиваться установления истины (ст. 243 УПК РСФСР).

- -

<1> Рассмотрению этих вопросов посвящены многочисленные исследования. Из числа фундаментальных отметим работу Г.А. Печникова "Проблемы истины на предварительном следствии" (Волгоград, 2001).

Уголовно-процессуальный кодекс РФ не воспроизвел этих положений. Ученые, причастные к подготовке нового закона, объясняли это тем, что требование всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела несовместимо с положенным в основу УПК РФ принципом состязательности, а также с особой ролью суда, призванного в качестве арбитра, не вставая ни на одну, ни на другую сторону, разрешать спор между обвинением и защитой. В то же время УПК РФ сохранил и усилил положения прежнего УПК, ослабляющие в определенных ситуациях возможность установить истину. Так, конституционное положение о приоритете интересов личности побудило законодателя освободить обвиняемого от обязанности давать показания, а свидетеля - от обязанности изобличать в совершении преступления себя и своих близких, что, несомненно, создает трудности в установлении истины. Затрудняет поиск истины правило об исключении недопустимых доказательств, даже и содержащих существенную для дела информацию, хотя, с другой стороны, этим повышается надежность выводов, которые предстоит сделать субъектам доказывания.

В то же время закон прямо устанавливает случаи, когда уголовное дело может быть разрешено и без установления объективной истины. В частности, при вынесении приговора по делу, рассмотренному с участием присяжных, председательствующий судья руководствуется не действительными фактическими обстоятельствами дела (он в их установлении не участвует), а вердиктом присяжных, который они не мотивируют и мотивировать не могут. В случаях, когда судья вынужден вынести приговор на основе оправдательного (а иногда и обвинительного) вердикта, с которым он внутренне не согласен, говорить о том, что истина в традиционном ее понимании судом установлена, очевидно, нет оснований (исключением являются случаи, когда при обвинительном вердикте судья приходит к выводу о невиновности подсудимого, что позволяет ему в соответствии с ч. 4 и 5 ст. 348 УПК РФ не согласиться с вердиктом).

Сходная ситуация складывается при рассмотрении дел в особом порядке при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением (гл. 40 УПК РФ). На основании согласия подсудимого с обвинением судья выносит обвинительный приговор, если "придет к выводу, что обвинение... подтверждается доказательствами, собранными по

уголовному делу" (ч. 7 ст. 316 УПК РФ). Но так как в этом случае, в отличие от обычного порядка, доказательства в судебном разбирательстве не исследуются (ч. 5 ст. 316 УПК РФ), судья поневоле руководствуется доказательствами, собранными на досудебных стадиях, как бы принимая их на веру. И в этом случае говорить об установлении истины нет оснований. В том и другом случаях судья условно считает истинными выводы, сделанные не им лично, а другими субъектами процесса, и соглашается с ними. В работах ряда авторов подобная истина не без оснований именуется конвенциальной, т.е. договорной.

Убедительным примером конвенциальной истины является оправдание подсудимого ввиду непричастности его к совершению преступления (п. 2 ч. 2 ст. 302 УПК РФ). Это основание охватывает два случая: 1) когда положительно установлено, что преступление совершил не подсудимый (например, при бесспорно установленном алиби); 2) когда в отношении подсудимого не собрано достаточных доказательств его вины. Ранее в п. 3 ч. 3 ст. 309 УПК РСФСР это основание было обозначено как недоказанность участия подсудимого в совершении преступления. В действующем УПК РФ подобная ситуация возникает при отрицательном ответе на вопрос, обозначенный в п. 2 ч. 1 ст. 299, - "доказано ли, что деяние совершил подсудимый". Оправдывая подсудимого при недоказанности его участия в совершении преступления, суд, как отмечает Ю.К. Орлов, руководствуется презумпцией невиновности, согласно которой недоказанная виновность равнозначна доказанной невиновности, хотя "вполне возможно, что преступление совершило именно данное лицо" <1>. При таком положении утверждение, что подсудимый не причастен к преступлению (и тем более направление судом в соответствии с ч. 3 ст. 306 УПК РФ уголовного дела прокурору, а теперь - руководителю следственного органа для установления действительного виновника), - это типичный пример конвенциальной истины <2>.

- -

<1> Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. М., 2000. С. 8 - 9.

<2> В этой ситуации, по мнению М.С. Строговича, "истина заключается в реабилитации невиновного, снятии с него незаслуженного обвинения... истина в правосудии торжествует и тогда... когда невиновный человек реабилитирован, восстановлен в добром имени" (Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 41). С такой оценкой исхода доказывания нельзя не согласиться. Но вряд ли его можно назвать объективной истиной, правильным отражением действительных обстоятельств дела.

Схожая ситуация складывается при отказе прокурора от обвинения в суде. В этом случае, как бы прокурор ни мотивировал свой отказ - отсутствием ли в действиях подсудимого состава преступления, недоказанностью его вины или самого события преступления, - суд, если не находит оснований для оправдания, обязан прекратить уголовное дело, сославшись на одно из этих оснований (ч. 7 ст. 246 УПК РФ). Этим суд как бы солидаризируется с прокурором, хотя внутренне может и не соглашаться с его доводами.

2. Но признавая, что в отдельных случаях следствие и суд ограничиваются установлением конвенциальной истины, можно ли считать, что любой итоговый вывод органов расследования и суда содержит не объективную, а именно конвенциальную (она же договорная, формальная, юридическая и т.п.) истину? И применимы ли эти термины для обозначения вывода суда в обвинительном приговоре? Ответы на эти вопросы требуют развернутого анализа аргументов "за" и "против".

Для начала выясним, что следует понимать под истиной, устанавливаемой в уголовном процессе, с точки зрения действующего УПК РФ. Здесь отчетливо просматриваются два подхода.

Первый. Истинным является вывод, вытекающий из совокупности собранных по делу доказательств. Такое суждение исходит из ч. 4 ст. 302 УПК РФ, согласно которой обвинительный приговор постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждается совокупностью исследованных судом доказательств. Не сопровожденное оговоркой, что сами доказательства, положенные в основу приговора, должны быть достоверными, т.е. истинными, а их исследование - всесторонним и полным, данное суждение может быть интерпретировано как формальная, а не объективная истина.

Второй. Истинным, как полагали раньше и полагают сегодня многие исследователи, надлежит считать вывод, соответствующий действительности, правильно отражающий реальные, фактические обстоятельства дела. И такому суждению находим подтверждение в новом УПК РФ. Статья 380 УПК РФ в качестве основания отмены приговора называет несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, т.е. необоснованность приговора. Рассуждая от обратного, обоснованным, т.е. истинным, следует считать приговор суда, содержащий выводы, соответствующие фактическим обстоятельствам дела. С еще большей определенностью необходимость установления истины при вынесении обвинительного приговора выражена в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г. N 1 "О судебном приговоре". В нем сказано: "...обвинительный приговор постановляется лишь при условии, если в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления доказана... обвинительный приговор должен быть постановлен на достоверных доказательствах, когда по делу исследованы все возникшие версии, а имеющиеся противоречия выяснены и оценены" <1>.

- -

<1> Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам / Сост. С.Г. Ласточкина, Н.Н. Хохлова. М., 2006. С. 403. Это Постановление не входит в число отмененных.

3. Постараемся показать, что именно такая, т.е. объективная, истина может быть достигнута при расследовании и рассмотрении уголовного дела в обычном порядке, т.е. без исключений, присущих суду присяжных и особому порядку судебного разбирательства, о чем сказано выше.

Для начала попытаемся ответить на вопрос, действительно ли требование всестороннего и полного исследования обстоятельств дела несовместимо с принципом состязательности. Многие авторы отвечают на этот вопрос отрицательно и резонно замечают, что противоборство сторон в состязательном процессе не отдаляет суд от установления истины, а, наоборот, способствует этому (в споре рождается истина). Другие же, руководствуясь принципом состязательности, выступают сторонниками формальной истины. В гл. 1 монографии уже отмечалось, что принцип всестороннего, полного и объективного исследования, т.е. принцип отыскания объективной истины, с учетом традиционной структуры отечественного судопроизводства оказалось невозможным полностью исключить из процесса. Напомним, что определение этого руководящего положения в ст. 20 УПК РСФСР сочеталось с необходимостью устанавливать как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его обстоятельства. Эти обстоятельства, как подлежащие доказыванию по уголовному делу, в ст. 73 УПК РФ изложены более конкретно и более детально, чем в ст. 68 УПК РСФСР. Так, п. 5 ст. 73 УПК РФ требует установления обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния, п. 6 - обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, а п. 7 - обстоятельств, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания.

Данные предписания вкупе с другими, содержащимися в этой норме, нельзя, как отмечалось, интерпретировать иначе как требование всестороннего исследования

события, нацеленного на установление его реального, фактического содержания, т.е. истины по делу. Повторим также, что требования всесторонности, полноты и объективности расследования содержатся и в других нормах УПК РФ (об этом более подробно сказано в предыдущей главе монографии).

Таким образом, сосуществование в УПК РФ принципа состязательности (ст. 15) с принципом всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выраженном в рассмотренных выше нормах УПК РФ, снимает вопрос о их несовместимости, что служит аргументом в пользу утверждения о том, что согласно УПК РФ установление истины, как и прежде, следует считать целью доказывания, хотя эта цель выражена в законе менее определенно, нежели раньше. Из вышеизложенного следует, что, хотя в некоторых случаях законодатель считает возможным ограничиться установлением формальной истины, стремление управомоченных органов государства установить обстоятельства исследуемого события такими, какими они были в действительности, сохраняет свое значение как ведущая тенденция доказывания, т.е. его цель. И уж вовсе бесспорно, что обвинительный приговор, который не может быть основан на предположениях (ч. 4 ст. 302 УПК РФ), выносится судом только при условии установления объективной истины <1>.

<1> Этот момент подчеркивает П.А. Лупинская: "...об истине, понимаемой как соответствие установленных обстоятельств дела тому, что имело место в действительности, можно говорить применительно к обвинительному приговору... Выводы, содержащиеся в обвинительном приговоре, должны быть достоверными, т.е. вполне верными, истинными, несомненными" (Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Под ред. П.А. Лупинской. М., 2003. С. 222).

И.Б. Михайловская также отмечает, что "принцип доказанности обвинения означает, что истинность (или, что в данном случае то же самое, достоверность) выводов суда о фактических обстоятельствах уголовного дела является требованием только к тем судебным решениям, которые констатируют виновность лица в совершении преступления" (Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М., 2006. С. 18).

Иная трактовка цели доказывания, полностью отрицающая возможность установления истины, опирается подчас на неутешительные результаты работы органов расследования - слабую раскрываемость преступлений и связанные с этим неправомерные действия данных органов, предпринимаемые с целью "повысить" раскрываемость и создать более благоприятную картину своей работы.

Известны и приемы "решения" этой задачи: уклонение от регистрации преступлений, не имеющих надежной судебной перспективы, прекращение дел о фактически не раскрытых преступлениях по реабилитирующим основаниям, "перевод" таких дел в русло особого порядка производства (с предварительным склонением обвиняемого к признанию вины) и т.п. <1>. На этом фоне утверждение о том, что установление истины остается целью доказывания, воспринимается порой как наивная попытка выдать желаемое за действительное.

- -

<1> О мотивации подобных действий, снижающих эффективность расследования, более подробно см. гл. 11 монографии.

В этом следует разобраться. Действительно, раскрытие многих преступлений - это сложная и трудоемкая работа, с которой не всегда удается справиться следователю. К тому же нередко складывается и неблагоприятная для установления истины обстановка: отсутствие информационно насыщенных следов, оставленных событием, их уничтожение вследствие природных явлений, непонимание их значения гражданами, по

неосторожности уничтоживших следы, и т.п. Все это нередко толкает следственных работников на путь наименьшего сопротивления, порождая действия, отмеченные выше. Но объективные трудности раскрытия преступлений вовсе не означают принципиальной невозможности установить истину по уголовному делу <1>. Против такой возможности не говорит и то, что до сего дня многие громкие преступления продолжают оставаться нераскрытыми. Возможность познания истины, вопреки трудностям, стоящим на этом пути, - это, как уже говорилось выше, проявление философской закономерности, состоящей в том, что мир познаваем. Иной подход означает переход на позиции агностицизма, с чем невозможно согласиться. Да и практика раскрытия тяжких преступлений, которые в течение долгих лет оставались нераскрытыми, подтверждает эту закономерность.

- -

<1> Одновременно трудно возразить Ю.В. Кореневскому в том, что в подобных обстоятельствах возможность установления истины становится проблематичной (см.: Кореневский Ю.В. Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000. С. 149, 150). Но проблематично не значит невозможно.

4. Близкие к отмеченным выше возражения против признания истины целью доказывания подчас базируются на абсолютизации принципа состязательности, интерпретируемой в виде схемы, согласно которой следователь, дознаватель как участники процесса на стороне обвинения должны собирать только обвинительные доказательства, в то время как представление доказательств противоположной направленности - это прерогатива стороны защиты. Суд же взвешивает и те и другие доказательства и решает, какие из них подтверждают либо оправдывают обвинение, т.е. определяет, доказано обвинение или не доказано, не задумываясь над тем, что имело место в действительности. Такую конструкцию доказывания предложил в свое время С.А. Пашин. Он утверждал, что "юрист отвечает не за обнаружение истины, а лишь за то, чтобы результат судоговорения был достигнут определенным образом... с помощью доказательств не устанавливается истина, а обосновываются определенные выводы... а поиск истины - это работа тех, кто отвечает за результат. В отличие от всех прочих судья отвечает за результат лишь в том смысле, что он должен сказать: "Да, виновен", если это доказано, или: "Нет, невиновен", если это не доказано, и больше ничего" <1>. С такой позицией автора связано суждение о том, что основу доказывания составляет определение допустимости доказательств, а также его критическое отношение к внутреннему убеждению как методу оценки доказательства: "...надо спрашивать не о внутреннем убеждении судьи, а о его умении подводить случай под норму закона или прецедент".

- -

<1> Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. М., 1995. С. 312, 322. Схожие суждения находим и в более поздних исследованиях. Например, Я.В. Жданова, повторяя С.А. Пашина, утверждает, что "юрист отвечает не за обнаружение истины, а лишь за то, чтобы результат судоговорения был достигнут определенным образом" (Жданова Я.В. Проблемы вероятного и достоверного в уголовно-процессуальном доказывании и их влияние на принятие отдельных процессуальных решений следователем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 22).

Если согласиться с подобной конструкцией, то действительно об установлении истины в суде говорить не приходится, а то, что содержится в обвинительном или оправдательном приговоре суда, не более чем констатация убедительности позиций одной из сторон. Такая "истина" может быть определена только как формальная.

Но согласиться с этой конструкцией нельзя по ряду причин. Прежде всего ввиду бесспорности отмеченного выше требования о том, что обвинительный приговор не может быть основан на предположениях (ч. 4 ст. 302 УПК РФ). Повторим, что это

требование, вкупе с определением обоснованности приговора как соответствующего фактическим обстоятельствам дела (ст. 380 УПК РФ), означает, что, вынося обвинительный приговор, суд должен быть убежден в правильности своего вывода о виновности подсудимого и что сомнения в этом преодолены, т.е. руководствоваться не формальной, а материальной, объективной истиной. Но и те, кто "отвечает за результат", как выражается С.А. Пашин (т.е., надо полагать, органы расследования), не ограничиваются в действительности односторонней обвинительной деятельностью. Осуществляя функцию уголовного преследования, органы расследования сочетают ее со всесторонним и объективным исследованием события, без чего, как было показано ранее, невозможно успешно осуществлять обвинительную функцию.

Предложенная выше конструкция основана также и на ошибочной трактовке роли суда в состязательном процессе, будто бы полностью отстраненного от установления фактических обстоятельств дела. Как было показано ранее, суд остается субъектом доказывания и, будучи объективным и беспристрастным арбитром, вправе, однако, собирать доказательства для того, чтобы проверить уже представленные ему доказательства либо прояснить то или иное неясное обстоятельство.

5. Под отрицание возможности и необходимости установления объективной истины порой подводят теоретико-познавательные аргументы и, в частности, невозможность установить истину ввиду многообразия и многозначности следов, оставляемых событием, выдвинутых на их основе версий и противоречивой юридической и житейской интерпретации следов. "Знать определенно, какие были события... юрист не может... Какое из этих событий было на самом деле, знает один Бог...", - пишет В.М. Розин <1>.

- -

<1> Розин В.М. Новая ситуация в юриспруденции: формы осознания // Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий. М., 1966. Вып. 1. Ч. 2. С. 243.

Повторим еще раз, что позиция агностицизма (а именно на ней строятся рассуждения автора) в сфере доказывания не имеет под собой теоретических оснований. И это подтверждается повседневной практикой не только научного, но и уголовно-процессуального познания, убеждающего, что события прошлого познаваемы, каким бы трудным ни был путь познания. Тот факт, что определенная часть преступлений остается нераскрытой и что порой допускаются следственные и судебные ошибки, этого не опровергает, ибо исключения лишь подтверждают правило, выступающее, как уже отмечалось, в качестве господствующей тенденции <1>.

- -

<1> Здесь мы не рассматриваем заслуживающий отдельного анализа сложный вопрос о моменте достижения объективной истины при обосновании вывода органа расследования, суда о виновности лица косвенными доказательствами. Ограничимся лишь тем, что каждое косвенное доказательство связано с предметом доказывания лишь вероятной связью, а переход вероятности в достоверность происходит, когда вероятность противоположного вывода сведена к нулю. Логический процесс такого перехода исследован в ряде работ (см., например: Хмыров А.А. Косвенные доказательства. М., 1979; Он же. Теория доказывания. Краснодар, 2006. Гл. 7; Макогон И.Н. Обоснование вины обвиняемого и подозреваемого путем построения комплекса улик: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006).

Глава 3. ПОНЯТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

1. В развитии научных представлений о доказательствах отчетливо просматривается их историческая преемственность. Поначалу в отечественной науке суждения исследователей о понятии доказательств складывались под влиянием теории формальных доказательств, действовавшей в России до момента принятия судебных уставов. Кроме

того, взгляды ученых того времени испытали на себе влияние немецкой уголовно-процессуальной доктрины доказывания, основанной на чувственном эмпиризме <1>. Так, Я.И. Баршев считал, что средства или источники доказательств заключаются либо в собственном непосредственном убеждении в предмете (личный осмотр, осмотр посредством сведущих лиц), либо в убеждении посредственном (собственное признание, показания свидетелей, письменные доказательства) <2>. Подобно этому В.Д. Спасович исходил из того, что способами познания являются чувственный опыт (личный осмотр судьей следов преступления и суждения экспертов) и передание или восприятие чужих убеждений (собственное признание обвиняемого, показания свидетелей и письменные документы). Автор не отграничивал, таким образом, доказательства от способов их получения <3>.

- -

<1> На эти обстоятельства обратил внимание еще В.Д. Спасович, заметив, что основа теории формальных доказательств в России - Воинский устав Петра I, содержавший "краткое изображение процессов и судебных тяжб", был издан на немецком языке, вследствие чего текст Устава поначалу был слабо доступен судьям (см.: Спасович В.Д. Избранные труды и речи. Тула, 2000. С. 30).

<2> См.: Баршев Я.И. Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. М., 2001. С. 52, 53.

<3> См.: Спасович В.Д. Указ. соч. С. 21.

Небезынтересно отметить, что и в действующем доныне УПК ФРГ главы, посвященные доказательствам, исходят из отождествления видов доказательств со способами их получения. Так, гл. 6 УПК ФРГ именуется "Свидетели" (§ 48 - 71), гл. 7 - "Эксперт и осмотр" (§ 72 - 93), гл. 8 - "Выемка, контроль телефонных переговоров и обыск" (§ 94 - 111), гл. 10 - "Допрос обвиняемого" (§ 133 - 136a). Иных определений доказательства УПК ФРГ не содержит. По-видимому, такая регламентация - отражение присущих инквизиционному процессу воззрений, на основе которых в 1877 г. был принят этот нормативный акт <1>. Что же касается общего определения доказательства, то в период до принятия судебных уставов исследователи ограничивались лишь логико-психологическим аспектом этого понятия. Так, Я.И. Баршев разграничивал доказательства и улики, называя доказательствами "те причины, на которых основывается убеждение в действительности какого-либо происшествия или которым предмет исследования делается известным" <2>. Также и В.Д. Спасович выделяет этот аспект: "...доказательствами уголовными называются основания убеждения судьи в виновности или невиновности подсудимого" <3>. Такая трактовка сохранилась в научных исследованиях и после принятия Устава уголовного судопроизводства. И.Я. Фойницкий, разделяя позицию Ю. Глазера, считал, например, что понятие доказательств означает "совокупность оснований убеждения в действительности или недействительности обстоятельства, подлежащего судебному удостоверению по данному делу" <4>.

- -

<1> Эту мысль находим в предпринятом Б.А. Филимоновым исследовании германской теории доказательств (см.: Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. М., 1994. С. 18 - 22; Уголовный процесс западных государств / Под ред. К.Ф. Гуценко. 2-е изд. М., 2002. Гл. 5 "Федеративная Республика Германия". С. 416 - 419).

<2> Баршев Я.И. Указ. соч. С. 52.

<3> Спасович В.Д. Указ. соч. С. 17.

<4> Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. Т. 2. С. 194. Аналогично суждение М.В. Духовского: "Доказательствами может быть все, что способно содействовать разъяснению уголовного преступления, невиновности или степени виновности обвиняемого" (Духовской М.В. Русский уголовный процесс. М., 1910. С. 205).

2. Сознавая недостаточность одного лишь логического подхода к определению доказательства, другие ученые стремились раскрыть содержание этого понятия. Так появилась трактовка доказательства как факта, служащего основанием для вывода суда. Л.Е. Владимиров, посвятивший теории доказательств фундаментальное исследование, утверждал, что "уголовным доказательством называется всякий факт, имеющий назначением вызвать в суде убеждение в существовании или несуществовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет судебного исследования" <1>. Так же определял доказательство С.И. Викторский <2>.

- -

<1> Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. СПб., 1916. С. 100.

<2> См.: Викторский С.И. Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 68.

Этим сделан акцент не только на логико-психологическом, но и на содержательном аспекте понятия: доказательства понимались уже не просто как средства убеждения суда в существовании обстоятельств, подлежащих доказыванию, но и содержательно - как установленные судом промежуточные факты, используемые им в качестве основания построения конечных выводов. При этом не проводилось различия между фактом как реальностью, как фрагментом действительности и фактом как достоверным знанием об этом фрагменте, т.е. продуктом познавательной деятельности. По-видимому, хотя и неосознанно, исследователи имели в виду второй аспект понятия факта - достоверное знание, ибо реальный факт действительности, принадлежащий прошлому, как уже сказано, перенести в материалы уголовного дела невозможно.

Сходное и вместе с тем близкое к современным представлениям, определение доказательства предложено В. Случевским: "...под уголовными доказательствами следует разуметь те фактические данные, на основании которых судья может образовать в себе в отношении преступного посягательства убеждение о событии преступления и виновности совершившего его лица" <1>.

- -

<1> Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913. С. 376.

Что же касается показаний обвиняемых, свидетелей и т.д., то дореволюционные авторы также считали их доказательствами, однако не задумывались над тем, как эти явления соотносятся с доказательствами-фактами.

3. И те и другие представления дореволюционных процессуалистов оказали свое влияние на постреволюционное уголовно-процессуальное законодательство и воззрения ученых советского периода.

Так, УПК РСФСР 1923 г. признавал доказательствами только показания свидетелей, заключения экспертов, вещественные доказательства, протоколы осмотров, иные письменные документы и личные объяснения обвиняемого, не раскрывая содержания этих доказательств и не объясняя их связи с логическими основаниями для построения выводов, т.е. с "доказательствами-фактами". Но, с другой стороны, А.Я. Вышинский, вслед за Л.Е. Владимировым, утверждал, что доказательства - это факты действительности, подчеркивая, что речь идет о реальных обстоятельствах ("доказательства - это обычные факты, те же совершающиеся в жизни явления, те же вещи, те же люди, те же действия людей"), а отнюдь не о знании об этих обстоятельствах <1>. Аналогичные представления развивал в своих трудах М.А. Чельцов <2>, отождествляя, таким образом, обстоятельства, которые необходимо доказать, со средствами доказывания этих обстоятельств.

- -

<1> См.: Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в судебном праве. М., 1950. С. 223.

<2> См.: Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1962. С. 132.

По поводу трактовки термина "факт" как фрагмента объективной действительности следует заметить, что это лишь одно из значений данного понятия. Не менее важным (а в аспекте теории доказательств, на наш взгляд, более важным) является второе его значение - "синоним понятия истина" <1>, "знание, достоверность которого доказана" <2>. Б.М. Кедров понимает под фактом "дискретный кусок действительности, установленный человеком, познанный им", чем подчеркивает преобразованность реального явления, ставшего фактом <3>. По мнению В.А. Штоффа, термин "факт" обозначает не только фрагмент действительности, но и особого рода эмпирические высказывания или предложения (фактофиксирующие предложения), в которых описываются подлинные события или явления <4>. Недопустимость отождествления понятия "факт" с объективной реальностью подчеркивает В.Ф. Кузьмин. Он отмечает, что констатация факта - это прежде всего форма отражения человеческим сознанием реальной действительности. Факт - элемент знания, единство объективного и субъективного <5>.

- -

<1> Кедров Б.М. Типы противоречий в развитии естествознания. М., 1965. С. 635.

<2> Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 1408.

<3> См.: Кедров Б.М. Указ. соч. С. 25.

<4> См.: Штофф В.А. Проблемы методологии научного познания. М., 1978. С. 136, 137.

<5> См.: Кузьмин В.Ф. Объективное и субъективное. М., 1976. С. 142, 143, 145, 149.

Таким образом, факт следует трактовать как продукт познавательной деятельности, знание, достоверность которого доказана.

4. Однако признание доказательствами только фактов объективной действительности, вернее, достоверных сведений о них, и наряду с этим показаний, заключений и т.д. оставляло без рассмотрения вопрос, откуда берутся факты, т.е. достоверные сведения, признаваемые доказательствами. Ответом на него стала разработанная М.С. Строговичем двойственная трактовка понятия доказательства: показания обвиняемого, свидетеля, заключения эксперта, документы, именуемые автором источниками доказательств, признавались им доказательствами, поскольку содержали сведения об отдельных фактах, с помощью которых устанавливались обстоятельства, подлежащие доказыванию, и которые тоже признавались доказательствами. При такой конструкции доказательства-источники служили средством установления доказательств-фактов, а последние - средством установления обстоятельств, подлежащих доказыванию <1>.

- -

<1> См.: Строгович М.С. Избранные труды. М., 1991. Т. 3. С. 81, 82.

Принятые в декабре 1958 г. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (ст. 16), а вслед за ними, два года спустя, и УПК РСФСР (ст. 69), в сущности, закрепили данную трактовку, признавая доказательствами любые фактические данные об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, устанавливаемые показаниями подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и т.д. Тем не менее некоторые исследователи (М.А. Чельцов, С.А. Голунский) усмотрели в новом законоположении подтверждение мысли о том, что доказательства - это только факты действительности, а показания, заключения и др., т.е. то, что именуется источниками доказательств, доказательствами не являются <1>. Уже тогда подобная трактовка была подвергнута критике за ее внутреннюю противоречивость: отождествление доказательства с предметом доказывания, смешение реальных обстоятельств действительности с достоверным знанием о них, игнорирование доказательственного значения "источников" - показаний обвиняемого, свидетеля, заключения эксперта и т.д.

- -

<1> Трактовка понятия доказательств как фактов, а не как сведений о фактах (хотя и без ясного обоснования и объяснения такой позиции) наблюдается и в современной литературе. См.: Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 31.

5. Ошибочность взглядов, считающих доказательствами факты объективной действительности, стала особенно наглядной при анализе доказывания с позиций теории отражения и информационного подхода, разработанных в трудах В.Я. Дорохова <1>. В последние десятилетия такой подход стал методологической основой определения понятия доказательств в работах многих других исследователей. В свете теории отражения образование доказательства представляет собой сложный отражательно-информационный процесс. При этом следует учесть, что любой отражательный процесс, представляя собой воспроизведение до определенной степени полноты и точности и в иной форме объекта, существующего вне сознания познающего субъекта, сопровождается преобразованием отражаемого объекта <2>. Исследуемое событие, отражаясь в окружающей обстановке, оставляет в ней следы разного рода, которые несут в себе информацию об этом событии. Это "первичное отражение" события. Будучи выявленной, преобразованной субъектом доказывания и облеченной им в требуемую законом процессуальную форму, информация о событии, оставившем следы, становится доказательством в процессуальном смысле. Это, на наш взгляд, "вторичное отражение" события, на этот раз в сознании познающего субъекта и затем в материалах уголовного дела <3>.

- -

<1> См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. 2-е изд. / Отв. ред. Н.В. Жогин. М., 1973. С. 197 - 228.

<2> См.: Копнин П.В. Гносеологические и логические основы науки. С. 103.

<3> См. гл. 1 монографии. Подробнее об этом см.: Шейфер С.А. Собирание доказательств в советском уголовном процессе. Саратов, 1986. С. 20 - 31.

6. Анализ доказывания под углом зрения отражательных процессов позволяет соединить разъединенные в прежних определениях два явления - фактические данные, т.е. информацию о событии, и показания, заключения и т.д., в которых эти данные содержатся. Так возникло разделяемое ныне многими авторами представление о доказательстве как о единстве содержания (фактические данные) и формы (показания, заключения и др.). Новый УПК РФ еще более укрепил это представление, отказавшись в ч. 1 ст. 74 от не вполне ясного определения доказательств как фактических данных, поскольку этот термин давал известные основания для его отождествления с фактами действительности, и заменив его термином "сведения", который ясно подчеркивает информационное содержание доказательства <1>. Заметим при этом, что сохранение слова "любые" применительно к слову "сведения" не дает оснований для его расширительной интерпретации, наблюдаемой в литературе, так как явно относится к содержанию информации, допуская ее разнообразие, и вовсе не затрагивает источников и способов ее получения. Не менее важно второе нововведение: показания, заключения, протоколы и т.д. включены теперь в определение доказательства (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) не как средства установления фактических данных (такое их назначение усматривалось из прежней формулировки ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР, где говорилось, что фактические данные "устанавливаются показаниями свидетеля..." и проч.), а как допустимые доказательства ("в качестве доказательств допускаются..."), чем подчеркивается неотделимость сведений от показаний, заключений и т.д. <2>. Теперь понятие доказательства обрело более четкое определение: первая часть ст. 74 УПК РФ раскрывает содержание доказательства, вторая - его форму. Иными словами, показания, заключения, вещественные доказательства, протоколы и документы являются доказательствами, но рассматриваемыми со стороны их

формы (ч. 1 ст. 74), в то время как сведения о фактах, подлежащих доказыванию, составляют содержание доказательств (ч. 2 ст. 74). Синтезированное же определение доказательства будет звучать так: доказательство - это сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, полученные законным способом и облеченные в надлежащую процессуальную форму - в форму показаний, заключений и др. Равнозначно и определение, начинающееся не с содержания, а с формы: доказательствами являются показания, заключения и т.п., содержащие полученные законным способом сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию <3>.

- -

<1> Против такого словоупотребления необоснованно возражают авторы, предлагающие вернуться к прежнему термину "фактические данные". См.: Балакшин В.С. Указ. соч. С. 35, 36; Колесов О.М. Письменные доказательства в уголовном процессе России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 14.

<2> Ввиду сказанного нельзя согласиться с утверждением о том, что формулировка понятия доказательства в ст. 74 УПК РФ "есть шаг назад в разрешении проблемы выработки оптимального понятия уголовно-процессуального доказательства" (Балакшин В.С. Указ. соч. С. 38. Также см.: Колесов О.М. Указ. соч. С. 14).

<3> Сходное определение предложено Р.В. Костенко. См.: Костенко Р.В. Доказательства в уголовном процессе: концептуальные подходы и перспективы правового регулирования: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2006. С. 20.

7. В процессуальной литературе имела место попытка переосмыслить понятие доказательства, сделав акцент на его форме в ущерб содержанию. Так, по мнению А.С. Пашина, "доказательствами служат процессуально оформленные сообщения, а также документы или другие предметы, которые правомерно использовать в судопроизводстве для установления фактов, учитываемых при вынесении процессуальных решений, в особенности приговоров". По мнению автора, все доказательства - суть материалы, под которыми понимаются сообщения, документы или другие предметы, используемые при судопроизводстве <1>. Вряд ли такое представление является более точным и полным, чем традиционное. В нем отсутствует указание на весьма существенное свойство доказательства - его относимость, т.е. связь доказательства с предметом доказывания (не любые сообщения являются доказательствами, а лишь такие, которые указывают на обстоятельства, подлежащие доказыванию). Нет в нем и четкого указания на способ получения доказательства ("процессуально оформленными" могут быть и сообщения, полученные незаконным способом), а главное - не разграничиваются содержание и форма доказательства, присущие любому явлению (сообщения, т.е. сведения, стоят в одном ряду с "документами или другими предметами").

- -

<1> См.: Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий. Вып. 1 и 2. С. 315.

Попытки переосмыслить легитимное определение доказательств как сведений о существенных обстоятельствах дела, полученных субъектами доказывания, в том числе и органами расследования, с соблюдением надлежащей процедуры предпринимаются и в связи со стремлением распространить состязательность в полной мере на досудебное производство. Так, по мнению А.В. Смирнова, легализацию доказательств, собранных сторонами в ходе предварительного расследования, должен осуществлять суд. Они "уже на стадии предварительного расследования могут приобретать статус судебных лишь при условии проверки их в ходе состязательной процедуры... перед лицом независимого следственного судьи" <1>. Эту мысль воспроизводит и А.И. Макаркин. "В состязательном процессе, - пишет он, - доказательственная информация может приобрести статус доказательства лишь в ходе исследования ее судом" <2>. Автор также именует эту процедуру легализацией доказательств, указывая на заимствование этого термина из

англо-американской процессуальной теории. "Легализация доказательств имеет своим содержанием непосредственное восприятие судом информации, собранной сторонами в ходе их непроцессуальной деятельности, ее проверку и придание ей статуса судебных доказательств... Судебные доказательства образуются лишь в ходе судебной процедуры" <3>. Аналогичную позицию занимает и В.А. Лазарева, считая, что доказательства - это "любые сведения, представленные суду сторонами обвинения и защиты" <4>, из чего следует, что до представления их суду они таковыми не являются.

- -

<1> Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 50 - 51. Заметим, что в другой работе А.В. Смирнов корректирует свою позицию, освобождая ее от жесткого отрицания юрисдикционного значения досудебного производства. Автор, в частности, признает право следователя на получение судебных доказательств, принятие окончательных решений по делу, решений об отводе защитника, разрешение ходатайств защиты и т.д. См.: Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. А.В. Смирнов. СПб., 2003. С. 20 - 21.

<2> Макаркин А.И. Состязательность на предварительном следствии. СПб., 2004. С. 34.

<3> Там же. С. 34, 35, 109.

<4> Лазарева В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств. С. 19.

Эти суждения были бы справедливыми при условии полного преобразования отечественного досудебного производства, уподобления его досудебному производству в странах обычного права. Однако в действующей структуре судопроизводства они неприемлемы, в связи с тем что органы расследования согласно закону осуществляют юрисдикционную функцию распоряжения производством, вследствие чего при соблюдении предписаний закона, регулирующих доказывание, оно завершается получением полноценных доказательств и основанных на них процессуальных решений <1>.

- -

<1> О возможных направлениях развития отечественного судопроизводства см. гл. 12 монографии.

8. В работах последних лет стало модным утверждать, что положения ч. 1 и 2 ст. 74 УПК РФ противоречивы. В действительности же никакого противоречия в этих нормах нет, ибо каждая из них раскрывает существенные, но различные стороны доказательства - его содержание и форму.

В связи с этим обращают на себя внимание не вполне удачные попытки устранить имеющиеся якобы противоречия и создать синтезированное определение доказательств путем объединения предписаний части первой и части второй этой статьи без учета того, что в каждой из них констатируются не совпадающие, но существенные стороны единого понятия. Например, предлагается считать доказательствами "сведения о фактах, полученные и закрепленные... в источниках и порядке, предусмотренном настоящим Кодексом" <1>, "сведения, содержащиеся в протоколах допросов, других следственных действий..." <2>. В таких определениях независимо от желания авторов, во-первых, "гальванизируется" ошибочная мысль о том, что "источники" - показания, заключения и т.д. - это не доказательства <3> и, во-вторых, исчезает важнейший признак показаний - их непосредственное бытие как сведений, изложенных на допросе в устной форме. По этой причине происходит неправомерное "удвоение" одного из доказательств: закон считает доказательствами показания допрошенных лиц, а цитируемые авторы - протоколы, в которых эти показания зафиксированы <4>. В действительности речь идет об одном виде доказательств, а именно о показаниях, непосредственно полученных в ходе допроса, протоколы же допроса - это способ консервации сформированного доказательства -

показаний с целью их процессуального использования, а отнюдь не самостоятельный вид доказательств <5>.

- -

<1> Балакшин В.С. Указ. соч. С. 37. При этом автор, критикуя термин "источник доказательств", заменяет его термином "источник фактических данных", не объясняя, в чем его преимущество.

<2> Купряшина Е.А. Источники доказательств и критерии их оценки в уголовном процессе РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2007. С. 9.

<3> Этот отвергнутый в современных исследованиях постулат пытается возродить Я.В. Жданова, утверждая, что явления, перечисленные в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, - это не доказательства, а источники сведений о фактах и обстоятельствах дела (см.: Жданова Я.В. Указ. соч. С. 11).

<4> По мнению О.М. Колесова, информация, письменно отраженная в протоколе, уже не является показаниями в строгом смысле этого слова, поскольку показания воспринимаются не только с позиции допрашиваемого, но и с учетом диалога и изготовления протокола (см.: Колесов О.М. Указ. соч. С. 21). Налицо неправомерное "удвоение" доказательства, хотя и выраженное в замысловатой форме.

<5> Этот момент получил правильное отражение в УПК РСФСР, ст. 87 которого не включала протоколы допроса и очной ставки в число протоколов как самостоятельного вида доказательств. Однако данное положение, к сожалению, не учтено в ст. 83 УПК РФ.

9. Важнейшим признаком доказательства является его допустимость и в первую очередь соблюдение надлежащей процедуры получения. Эта мысль достаточно определенно выражена в ст. 75 УПК РФ, провозгласившей вслед за ст. 50 Конституции РФ, что доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ, являются недопустимыми и не имеют юридической силы. Отсутствие у полученных сведений свойства допустимости означает, что, каким бы значимым ни было их содержание, они доказательством не являются. Отсюда по логике вещей следует, что доказательствами являются лишь сведения, полученные законным, т.е. предусмотренным УПК РФ способом. Это, казалось бы, элементарное положение теории ставится под сомнение авторами, пытающимися "втиснуть" в понятие доказательства сведения о существенных обстоятельствах, полученные без соблюдения надлежащей процессуальной процедуры. "Попытки выдать (?!) за доказательство результаты познавательной деятельности следователя или прокурора, - пишет В.А. Лазарева, - не соответствуют смыслу понятия доказательства как объективно существующей, независимой от познающего субъекта информации" <1>. Автор признает доказательствами "любые сведения о совершенном преступлении, независимо от того, получены ли они в предписанной законом процедуре" <2>. Вряд ли стоит опровергать столь широкое и, главное, лишенное существенных нормативных признаков представление о доказательстве.

- -

<1> См.: Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. С. 49.

<2> Лазарева В.А. О некоторых обвинительных тенденциях в судебной практике и эмансипации процессуальной формы доказательств // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории законодательства, практики применения (к пятилетию УПК РФ). М., 2007. С. 236.

Подобная оценка распространяется и на результаты оперативно-розыскной деятельности в виде стремления показать, что полученные при этом сведения также обладают необходимыми признаками доказательства <1>.

- -

<1> См., например: Воробьева Ю.Ю. Современные проблемы процесса доказывания в российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2006. С. 70.

С такими суждениями согласиться нельзя, прежде всего потому, что материалы, полученные за пределами процессуальной формы, могут быть преобразованы в доказательства лишь с соблюдением процессуального, т.е. предусмотренного УПК РФ порядка, каким, на наш взгляд, может быть только официальное, с указанием происхождения сведений, представление их органам расследования. Именно поэтому Закон об ОРД в ст. 11 предусматривает такую возможность лишь с соблюдением процессуальной процедуры, соответствующей положениям уголовно-процессуального законодательства, регламентирующим собирание, проверку и оценку доказательств <1>.

- -

<1> Подробнее см. гл. 5 монографии.

Чем же аргументируют свои предложения сторонники противоположной позиции? Они считают, что материалы оперативно-розыскной деятельности (ОРД) приобретают свойство допустимости, если при их получении оперативный орган соблюдал правила проведения оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), предусмотренных в ст. 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" (Закон об ОРД) <1>. Очевидно, однако, что эти правила, установленные закрытыми ведомственными актами, являются непроцессуальными и не содержат необходимых гарантий против возможных искажений информации (участие понятых, предупреждение об ответственности за сообщение ложной информации, протоколирование и т.п.). Поэтому само по себе соблюдение этих правил полученным результатам свойства допустимости не придаст, каким бы убедительным и значимым ни было их содержание <2>.

- -

<1> По мнению М.П. Полякова, "результат ОРД есть готовый информационный продукт, нуждающийся не в трансформации, а в интерпретации" (Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Н. Новгород, 2001. С. 220). В.А. Лазарева также считает, что представляемые органу расследования результаты ОРД - это уже "сформированные без участия следователя доказательства" (Лазарева В.А. Концепция формирования доказательств в свете состязательности уголовного судопроизводства // Военно-юридический вестник Поволжского региона. Самара, 2006. С. 117). По мнению В.С. Балакшина, "в доказывании по уголовному делу могут быть использованы результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные способами и в порядке, установленными Федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, и облеченные в предусмотренную названным законом форму" (Балакшин В.С. Указ. соч. С. 44). В.Л. Будников и И.В. Зверев также полагают, что информацию, полученную в рамках ОРД, "необходимо в соответствующих случаях признавать доказательствами, допустимость которых не вызывает сомнений", и что не вызывает в теории доказательств каких-либо особых возражений возможность субъектов ОРД собирать доказательства "не в границах действия процессуальной формы" (Будников В.Л., Зверев И.В. Субъекты доказывания в уголовном судопроизводстве. Волгоград, 2006. С. 90). Аналогичной позиции придерживается В.М. Бозров (см.: Бозров В.М. Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. N 4. С. 46 - 48).

<2> Ю.В. Кореневский в связи с этим замечает, что необходимо проверить: соблюдены ли требования о проведении ОРМ управомоченным государственным органом, предусмотрены ли ОРМ Законом об ОРД, получено ли разрешение суда на проведение ОРМ, не нарушена ли охраняемая законом неприкосновенность соответствующих лиц и т.п. Нарушение этих требований исключает возможность

использования полученных результатов (см.: Кореневский Ю.В. Указ. соч. С. 50 - 57). Что же касается соблюдения ведомственных нормативных актов, регламентирующих организацию и тактику проведения ОРМ, автор правильно утверждает: "Следователь, прокурор, суд... не проверяют, соблюдались ли при проведении оперативно-розыскных мероприятий требования и рекомендации, содержащиеся в ведомственных актах" (Там же. С. 58). Признание за результатами ОРМ доказательственного значения только потому, что они получены в порядке, предусмотренном Законом об ОРД, исходит из заведомой законности этого порядка, чего установить нельзя.

Конкретизируя вышеназванные положения ст. 11 (Закон об ОРД), принятая недавно в новой редакции Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд от 17 апреля 2007 г., утвержденная Приказом восьми правоохранительных ведомств (Инструкция от 17 апреля 2007 г.), устанавливает, что эти результаты "должны позволять (адресатам) ФОРМИРОВАТЬ доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом... содержать... указания на оперативно-розыскные мероприятия, при проведении которых получены ПРЕДПОЛАГАЕМЫЕ доказательства" (выделено мной. - С.Ш.). Из этих нормативных предписаний с очевидностью следует, что за пределами процессуальной формы результаты ОРД доказательствами не являются, но они могут быть преобразованы в доказательства с соблюдением требований УПК РФ, к которым относится известность происхождения доказательственной информации.

10. Во многом сходны с вышеназванными предложения считать собиранием доказательств действия защитника, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ, а полученные им при этом результаты - доказательствами. Утверждения такого рода во множестве появились в работах последнего времени. Авторы их исходят из необходимости более последовательно претворять в жизнь начала состязательности и, соответственно, повысить роль защитников в доказывании, с чем нельзя не согласиться. Однако обозначение действий защитника, свободных от процессуальной формы (получение предметов и документов, проведение опросов, истребование документов), собиранием доказательств выбивается из системы нормативных предписаний, жестко регламентирующих доказывание, в частности, не соответствует приведенным выше положениям ст. 75 УПК РФ о недопустимых доказательствах, а также статьям УПК РФ, детально регламентирующим способы собирания конкретных доказательств. В условиях, когда по своей структуре отечественное судопроизводство остается в основном смешанным, с учетом неприемлемости параллельного адвокатского расследования субъектом доказывания, формирующим доказательственную базу, остается следователь (дознаватель) и от него зависит, принять или не принять, ввести или не ввести в дело представленный защитником материал. Это относится и к полученным защитником документам, которые могут быть отвергнуты следователем ввиду их неофициальности, неизвестности происхождения и т.п. Уже отмечалось, что сторонники подобных взглядов вынуждены утверждать, что требование надлежащей процессуальной формы доказательств вообще оказывается ненужным, так как становится препятствием на пути "собирания доказательств" защитником. Фактически речь идет об устранении одного из важнейших постулатов теории доказательств - их допустимости, что подрывает всю ее систему. Согласиться с таким представлением нет никаких разумных оснований <1>.

<1> Подробнее см. гл. 8 монографии.

11. Обращает на себя внимание и отсутствие единства в определении свойств, которыми должно обладать доказательство, чтобы считаться таковым. Не вызывает сомнения, что необходимыми свойствами доказательства являются его относимость и

допустимость. Но следует ли включать в понятие доказательства такое его свойство, как достоверность? Под достоверностью принято понимать верность, истинность сведений, составляющих содержание доказательства <1>. Нельзя не учесть, что итоговые выводы органов расследования, суда могут опираться только на достоверные доказательства.

- -

<1> Полагаем, что заблуждаются те авторы, которые, толкуя этот термин лишь как "достойный веры" и исходя из того, что вера - это субъективный, иррациональный фактор, способный породить ошибку, приходят к парадоксальному выводу о том, что достоверное доказательство может оказаться ложным (см.: Лазарева В.А. О цели доказывания в уголовном судопроизводстве // Юридический аналитический журнал. Самара, 2005. N 3-4. С. 11). Такое суждение основано на односторонней трактовке термина "достоверность" лишь как "достойный веры". Между тем в различных словарях термин "достойный веры" обозначает истинное знание (достойно веры потому, что истинно). Так, В. Даль трактует термин "достоверный" как "истинный", "несомненный" (Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1980. Т. IV. С. 479), а С.Н. Ожегов и Н.Ю. Шведова - как "не вызывающий сомнения" (Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 479). Эти же авторы трактуют частицу "досто-" как усиливающую достоинство существительного, означающую "высоко", "весьма" ("достославный", "достопочтенный"). В логическом словаре-справочнике Н.И. Кондакова данный термин определяется как правильное, точное, не вызывающее сомнений отображение мыслью предметов и явлений окружающего мира; проверенное практикой знание (см.: Указ. соч. С. 164). Как синоним истины определяет термин Философский энциклопедический словарь (М., 1983. С. 176).

В то же время некоторые авторы полагают, что доказательством следует считать сведения, которые не только обладают относимостью и допустимостью, но и являются достоверными, т.е. правильными по существу. Так, Р.В. Костенко полагает, что "нельзя согласиться с неточным утверждением, что каждое доказательство становится таковым с момента его получения соответствующими субъектами..." <1>. По мнению автора, выполняя в ходе расследования различные действия по собиранию сведений, следователь не может воспринимать их как уже "готовые" доказательства, поскольку таким доказательствам предстоит "выкристаллизироваться" из собранной информации позже. Поэтому "для определения понятия доказательства в уголовном процессе явно недостаточно ограничивать его только лишь исключительно двумя признаками - относимости и допустимости. Каждое доказательство должно обладать также признаком достоверности" <2>.

- -

<1> Костенко Р.В. Указ. соч. С. 28.

<2> Там же. С. 27. Такова же точка зрения В.С. Балакшина (см.: Указ. соч. С. 39) и В.Л. Будникова (см.: Содержание уголовного доказательства // Правовой аспект. 2007. N 1. С. 24 - 27).

В этих рассуждениях верно лишь одно: достоверность доказательства действительно не может быть выявлена в момент его получения, так как окончательно она определяется на завершающем этапе доказывания, когда оценивается вся совокупность собранных доказательств. Но это вовсе не означает, что полученные следователем и облеченные в надлежащую форму сведения - это еще не доказательства. Такая позиция не только необоснованно отдаляет момент появления в деле доказательств, но и игнорирует реальный процесс формирования доказательств, состоящий в выявлении и отображении информации, заключенной в следах, о чем говорилось ранее. Логика познавательного процесса такова, что любое полученное управомоченным органом доказательство всегда поначалу проблематично, так как содержащаяся в нем информация может быть как истинной, так и ложной. Именно поэтому каждое полученное доказательство подлежит последующей проверке и оценке, в процессе которых и определяется его достоверность.

Но вероятностный характер информации вовсе не ставит под сомнение ее доказательственное значение и возможность оперирования ею. Например, показания свидетеля, оставаясь доказательством, могут проверяться путем очной ставки, назначения экспертизы, они могут стать основой для выдвижения версий и т.д. Не случайно закон (ст. 87 УПК РФ) предусматривает проверку именно доказательств, а не сведений. Иной подход, продиктованный на первый взгляд заботой об обоснованности и достоверности решений, принимаемых субъектами доказывания, фактически разоружает их, так как вынуждает осуществлять доказывание и принимать промежуточные решения при отсутствии доказательств <1>.

- -

<1> Это обстоятельство правильно подчеркивает И.Б. Михайловская. См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. С. 116, 117.

12. Все вышесказанное дает основание подвергнуть критическому анализу правомерность термина "источник доказательств", которым, как ранее показано, часто обозначают явления, предусмотренные ч. 2 ст. 74 УПК РФ, т.е. показания, заключения, протоколы и т.д.

Основание для критики выявляется уже при анализе исторического процесса развития отечественного законодательства. Поначалу, как видно из вышесказанного, термину "источник доказательств" придавался иной, нежели теперь, смысл. Так, Я.Н. Баршев отождествлял этот термин с путями получения судом знаний об обстоятельствах дела. Можно полагать, что такое отождествление и положило начало современному словоупотреблению.

Б.А. Филимонов по этому поводу приводит суждение А. Миттермайера, согласно которому доказательством должен рассматриваться любой предусмотренный законом источник (Quelle), который может быть достаточным, чтобы судья сформулировал убеждение и признал релевантные факты истинными <1>.

- -

<1> См.: Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 15.

В такой трактовке термина есть определенный смысл: осмотр, допрос, обыск действительно являются источниками (точнее - способами) получения доказательств.

Но в более позднее время другие российские процессуалисты отмечали неправомерность отождествления доказательств со способами их получения. В четкой форме эту мысль выразил В. Случевский: "Судебный осмотр и освидетельствование - не доказательство, а только источник, из которого суд черпает доказательства..." <1>.

- -

<1> Случевский В. Указ. соч. С. 317.

Однако в современной теории доказательств термин "источник доказательств" приобрел другой смысл: им стали обозначать не способ, а результат познавательной деятельности, т.е. показания допрошенных лиц, заключения эксперта и т.д.

13. Неоправданность термина "источник доказательств" становится очевидной с учетом двух обстоятельств. Первое из них связано с логико-познавательными аспектами доказывания. Этимологически "источник - означает то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь" <1>. Логично утверждать, что источник какого-либо явления не может быть элементом, частью этого явления, а должен находиться вне его. Как заметил С.В. Курылев, "никто не объяснил, почему процессуальная теория должна отступать от этого смысла, называть источником не свидетеля, из которого "истекает" показание, а само показание, из которого ничего не "истекает" <2>. С точки зрения любого познавательного процесса источник - это его начальный элемент. Однако если обратиться к рассмотренному ранее реальному процессу собирания доказательств, то дело

обстоит как раз наоборот: органы расследования и суд, получая информацию от ее носителя, формируют показания, протоколы, т.е. создают в результате познавательной деятельности то, что неправомерно именуется источником доказательств. В реальном познавательном процессе формирования доказательства появление "источника" есть завершение, а отнюдь не начало познавательного процесса, так как "источник" - это не что иное, как сформированное в познавательном процессе доказательство. Ясно, что для следователя, формирующего доказательство, оно не есть источник доказательства.

- -

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. С. 250.

<2> Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 156.

Следующее возражение против термина - это неадекватность понятий "источник" и "форма" доказательства. Если показания, заключения и т.д. считать формой доказательства, что признается большинством исследователей, и, как представляется, не должно вызывать сомнений, то очевидно, что форма явления не может быть его источником, ибо в теоретическом смысле это разные и несовместимые явления. Форма - неотделимый элемент любого явления, ибо, выражаясь философским языком, - это способ существования и выражения содержания <1>. Да и что, к примеру, может означать утверждение, что показания свидетеля, т.е., по терминологии законодателя, допустимое доказательство, являются не формой, а источником доказательства? Источником самого себя?

- -

<1> См.: Философский энциклопедический словарь. С. 621.

Из сказанного следует вывод: явления, обозначенные в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, следует именовать не источниками, а видами доказательств, ибо термин "вид" адекватен термину "форма" <1>. Такое представление разделяется ныне многими исследователями и постепенно завоевывает свое место в научной и учебной литературе <2>.

- -

<1> Так, согласно словарю В.И. Даля форма - "наружный вид, образ" (Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. IV. С. 537); С.И. Ожегов и Н.Ю. Шведова трактуют форму аналогично, как "внешнее очертание, наружный вид предмета" (Толковый словарь русского языка. С. 843).

<2> С учетом вышесказанного ошибаются авторы, пытающиеся отождествить понятия "источник доказательств" и "форма доказательств". См.: Костенко Р.М. Указ. соч. С. 5, 19; Купряшина Е.А. Указ. соч. С. 513.

Заметим, что никто из дореволюционных процессуалистов не употреблял термин "источник доказательств" для обозначения показаний, заключений экспертов и т.д. В. Случевский, например, предпочитал видеть в заключении экспертов "совершенно особый ВИД уголовных доказательств", а свидетельские показания считать "наиболее употребительным РОДОМ уголовных доказательств" (выделено мной. - С.Ш.) <1>. Также и И.Я. Фойницкий именовал показания подсудимого, свидетеля, эксперта, вещественные доказательства и др. видами доказательства <2>.

- -

<1> Случевский В. Указ. соч. С. 391, 397.

<2> См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1897. Т. 2. С. 304 - 305. В более поздних изданиях Курса этот термин не воспроизведен, полагаем, не по принципиальным соображениям.

Рассмотренная выше трактовка понятия доказательства как единства содержания и формы дает основание к тому, чтобы отказаться от широко распространенного в науке

наименования явлений, обозначенных в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, источниками доказательств. Представляется убедительным взгляд исследователей, согласно которому этот термин можно сохранить в теории лишь для обозначения носителей доказательственной информации, каковыми являются свидетели, потерпевшие, обвиняемый, подозреваемые, эксперты, специалисты, а также предметы материального мира, сохранившие на себе следы исследуемого события.

14. Однако для обозначения показаний, заключений, протоколов и т.д. многие авторы продолжают использовать термин "источник доказательств", а иногда, наряду с ним, как равнозначный, и термин "вид доказательств". Термин "источник доказательств" используется и в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. N 1 "О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".

В чем причины такого явления? Одной из них, полагаем, является дань традиции, поскольку данный термин получил в науке широкое применение и отказ от него наводит на мысль о "ниспровержении" основ теории доказательств. Но, являясь конструктивным поначалу, когда наряду с фактами источники рассматривались как один из аспектов понятия доказательства, этот термин по мере развития теории доказательств на основе отражательно-информационных процессов перестал соответствовать понятию доказательства как единству содержания и формы.

Более же глубокая причина сохранения этого термина состоит, как ранее отмечалось, в разном значении, которое придается показаниям, заключениям, протоколам на досудебном и в судебном производстве, поскольку первые получены при отсутствии необходимых гарантий установления истины, что рождает сомнения, являются ли они доказательствами.

Тем не менее в соответствии с действующим законодательством показания, заключения, протоколы и т.д., полученные органами расследования, считаются доказательствами как в досудебных, так и в судебных стадиях процесса. Но обозначение их в стадии предварительного расследования источниками доказательств неоправданно, так как термин "источник" не соответствует отмеченному ранее реальному процессу их формирования.

Не подходит ли этот термин для судебного разбирательства, где суд в соответствии с законом непосредственно исследует все собранные по делу доказательства? Согласно ч. 1 ст. 240 УПК РФ именно суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключения эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и другие документы, производит другие действия по исследованию доказательств. К этому следует добавить право суда согласно УПК РФ назначить экспертизу (ст. 283), провести следственный эксперимент (ст. 288), предъявление для опознания (ст. 289), освидетельствование (ст. 290). Разумеется, эта деятельность осуществляется судом во взаимосвязи с активной и основанной на законе (ч. 2 ст. 274) познавательной деятельностью сторон и не должна ее ограничивать. Но в действиях суда находит проявление его общее, предусмотренное законом правомочие на собирание доказательств путем производства следственных действий (ч. 1 ст. 86 УПК РФ). При этом важно отметить, что результаты познавательных действий суда и сторон фиксируются в протоколе судебного заседания (п. 10 - 12 ч. 3 ст. 259 УПК РФ). По логике вещей получение и процессуальное закрепление судом доказательственной информации есть не что иное, как формирование доказательств, которые по содержанию могут совпадать с доказательствами, собранными следователем, но могут и отличаться от них.

Но если суд формирует доказательства, то можно ли считать последние "источниками доказательств" для самого суда? И в этом случае ответ должен быть отрицательным, ибо доказательства не могут быть источниками самих себя.

Проведенный с позиций информационно-отражательного подхода анализ представлений о доказательствах, высказанных в отечественной процессуальной науке, позволяет сделать следующие выводы.

А. Исторический процесс формирования понятия доказательств, проходя ряд этапов, развивался от логико-психологических представлений (доказательства - это средства убеждения в существовании фактов) к информационно-содержательным (доказательства - это сведения о фактах, подлежащих установлению), получившим закрепление в современном уголовно-процессуальном законодательстве.

Б. Нормативная регламентация понятия доказательств в УПК РФ, раскрывающая его информационное содержание и констатирующая, что показания, заключения, протоколы и т.д. являются доказательствами, стала заметным шагом вперед в развитии теории доказательств, позволяя в сложном понятии доказательства выделить две равнозначимые стороны - содержание и форму (или вид) доказательства - и показать беспочвенность попыток ограничить рассматриваемое понятие только его содержанием.

В. Уяснению смысла понятия "доказательство" способствует концепция их формирования в процессе познавательно-удостоверительной деятельности субъекта доказывания, сущность которой состоит в том, что процесс получения доказательств всегда включает преобразование информации, содержащейся в следах, оставленных исследуемым событием, и придание ей надлежащей процессуальной формы - превращение ее в показания, заключения, вещественные доказательства и т.д. Вопреки мнению некоторых исследователей формирование доказательств не сводится лишь к закреплению полученной информации, а само закрепление не есть отдельный этап собирания (формирования) доказательств, так как представляет собой органичный, неотделимый элемент этой деятельности.

Г. Важнейшим признаком доказательства является его допустимость, и в первую очередь соблюдение процедуры получения. Представляются необоснованными встречающиеся в литературе предложения считать доказательствами результаты ОРД, если при ее проведении оперативный орган соблюдал правила проведения оперативно-розыскных мероприятий. Данные правила не носят уголовно-процессуального характера, а подмена ими процессуальных требований относительно собирания доказательств противоречит закону и Инструкции от 17 апреля 2007 г.

Д. Ошибочны утверждения о том, что необходимым свойством доказательства является его достоверность. В момент получения доказательства и в последующем, вплоть до завершения доказывания, истинность доказательства всегда проблематична, что не мешает оперировать им в процессе производства по делу. Лишь после завершающей оценки доказательства может быть определена его достоверность, т.е. истинность и возможность использовать его при построении итоговых выводов органов расследования и суда. Также нельзя согласиться с суждениями о том, что действия защитника, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ, представляют собой собирание доказательств. Эта норма выбивается из системы правовых предписаний, жестко регламентирующих способы собирания доказательств, а утверждение, что защитник собирает доказательства, хотя и в непроцессуальной форме, ведет к отрицанию допустимости как необходимого свойства доказательства.

Е. Следует признать необоснованным достаточно широкое использование в научных исследованиях термина "источник доказательств". Он не соответствует реальному познавательному процессу получения доказательств и в то же время создает ошибочное представление, будто "источники" изначально существуют в природе, упрощая этим действительное содержание сложной деятельности органов государства по собиранию доказательств. Данный термин также несовместим с правильным обозначением показаний, заключений и подобными видами доказательств, вместе с тем такое обозначение способствует преодолению разрыва между содержанием и формой доказательств. Отказ от употребления термина "источник доказательств" в

вышеозначенном смысле поможет устранению путаницы, бытующей в научной и учебной литературе, когда им одновременно обозначают принципиально разные понятия - виды доказательств и носителей доказательственной информации.

Глава 4. О ПРЕДМЕТЕ И ПРЕДЕЛАХ ДОКАЗЫВАНИЯ

1. С вопросом о цели доказывания, которой, как сказано ранее, является установление истины, т.е. объективное воспроизведение фактических обстоятельств дела, тесно связан вопрос о его предмете и пределах.

Понятие предмета доказывания продолжает оставаться дискуссионным в теории доказательств. Представляется продуктивным стремление исследователей углубить это понятие, построив его на базе философских представлений об объекте и предмете познания. Если под объектом познания в гносеологии понимают часть объективной действительности, на которую направлена познавательная деятельность человека, то предмет познания призван вычленить в объекте те его свойства и состояния, которые, с учетом познавательной потребности субъекта, составляют цель этой деятельности. Трактуя предмет познания как стороны, свойства и отношения объектов, исследуемых субъектом с определенной целью в данных условиях и обстоятельствах <1>, закономерно следует признать, что юридическим выражением этого философского понятия служит понятие предмета доказывания, ибо оно как раз и охватывает не любые стороны изучаемого следователем и судом события, а лишь те из них, которые характеризуют событие как действие общественно опасное и уголовно наказуемое (либо, наоборот, как правомерное) и служат основанием для применения в конкретном случае норм материального и процессуального права в целях разрешения уголовного дела и реализации задач судопроизводства. Из многих фактических обстоятельств, образующих исследуемое событие, в содержание предмета доказывания закон (ст. 73 УПК РФ) включает лишь те, которые имеют правовое значение, влияют на окончательное разрешение дела.

- -

<1> См.: Философский словарь. М., 1986. С. 379; Философский энциклопедический словарь. С. 525.

В этом смысле предмет доказывания в самом общем виде следует трактовать как своеобразную программу доказательственной деятельности субъекта доказывания, в ходе которой отсекается все, что лежит за пределами цели уголовно-процессуального познания.

2. Определить роль предмета доказывания в доказывании можно только с учетом его предназначения.

В свое время М.С. Строгович высказал мысль о том, что предмет доказывания может иметь две основные формы. Одна из них - это обстоятельства, соответствующие описанным в ст. 15 Основ уголовного судопроизводства (ей соответствовала ст. 68 УПК РСФСР) и выражающие главный факт в положительной форме (о понятии главного факта см. далее), а другая - обстоятельства, исключающие уголовную ответственность и выражающие главный факт в отрицательной форме <1>. Анализируя ст. 15 Основ, А.М. Ларин справедливо отмечал, что в ней описывается не родовое понятие предмета доказывания, а предмет обвинения <2>. И для такого суждения имелись достаточные основания. Эта норма, а также ст. 68 УПК РСФСР требовали от субъекта доказывания установления только таких обстоятельств, которые указывают на факт совершения преступления определенным лицом (событие преступления, виновность обвиняемого, данные о его личности, размер ущерба, обстоятельства, способствующие совершению преступления). Не меняло дела требование установить наряду с отягчающими и смягчающие обстоятельства (п. 3 ст. 68), так как эти обстоятельства, указывая на

необходимость объективного исследования, требовались опять-таки для вынесения обвинительного приговора.

- -

<1> См.: Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 270 - 272.

<2> См.: Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. С. 250, 260; Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.И. Уголовный процесс России: Лекции-очерки. М., 1997. С. 89, 90.

Стремясь преодолеть односторонность такого предназначения предмета доказывания, авторский коллектив Института государства и права АН СССР при разработке теоретической модели уголовно-процессуального законодательства реализовал идею М.С. Строговича о двух формах предмета доказывания, выразив ее в следующей формуле: "для установления объективной истины и разрешения уголовного дела подлежат доказыванию: 1) обстоятельства, составляющие основания для обвинения и осуждения, для выбора вида наказания и определения его размера... 2) обстоятельства, составляющие основания для реабилитации подозреваемого или обвиняемого" <1>.

- -

<1> Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР: Теоретическая модель. М., 1989. С. 118.

В противоположность представлению о доказывании как об обосновании обвинения и о предмете доказывания как о предмете обвинения авторы "Теоретической модели" исходили из понимания доказывания как всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, нацеленного на установление объективной истины.

При таком подходе предмет доказывания выступает как программа всестороннего изучения события, о котором возбуждено уголовное дело, для определения, является оно преступным или правомерным деянием, а если оно все же является преступлением - виновен или невиновен обвиняемый в его совершении, а если виновен - подлежит ли наказанию.

УПК РФ приближает нас к такому пониманию предмета доказывания, так как наряду с событием преступления и виновности обвиняемого требует в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ установления обстоятельств, исключающих преступность деяния (в соответствии с гл. 8 УК РФ это необходимая оборона, крайняя необходимость, причинение вреда при задержании, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа). Установление этих обстоятельств делает событие непреступным, правомерным. Также необходимо установление обстоятельств, исключающих наказуемость и влекущих за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания (п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ).

3. Существенное обновление круга обстоятельств, подлежащих доказыванию, дало основание некоторым авторам полагать, что современное определение предмета доказывания сочетает в себе как предмет обвинения, так и предмет защиты <1>. Это действительно так, но признание этого факта свидетельствует о несовершенстве обновленного описания предмета доказывания. В самом деле обоснование наличия события преступления и одновременно обстоятельств, исключающих преступность, говорит о внутренней противоречивости дефиниции. К тому же некоторые из этих обстоятельств (физическое или психическое принуждение, исполнение приказа) исключают и виновность обвиняемого, выведенную в ст. 73 УПК РФ в отдельный элемент предмета доказывания.

- -

<1> См.: Громов Н.А., Зайцева С.А., Гущин А.Н. Доказательства, их виды и доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. М., 2006. С. 10.

Думаем, что нормативное описание предмета доказывания нуждается в уточнении. Из сказанного выше о цели доказывания и о двойственном характере предмета доказывания вытекает, что предмет доказывания должен быть описан по принципу дихотомии, с обозначением двух возможных исходов доказывания.

4. В теории доказательств спорным остается вопрос о том, входят ли в предмет доказывания наряду с обстоятельствами, характеризующими событие как преступление, совершенное определенным лицом, также и промежуточные (доказательственные) факты, на основе которых строится умозаключение о существовании этих обстоятельств. Хотя конечной целью доказывания является установление фактов, имеющих правовое значение, нет сомнения в том, что и промежуточные факты должны быть доказаны. Но правомерно ли включать их в предмет доказывания, как это делают многие исследователи? Учитывая изоморфизм философского (предмет познания) и процессуального (предмет доказывания) понятий, следует согласиться с тем, что в предмет доказывания надлежит включать не только факты, составляющие конечную цель доказывания, но и промежуточные факты, с помощью которых первые устанавливаются <1>. Оговоримся, что в этом случае речь идет лишь о предмете доказывания по конкретному делу (об этом далее будет сказано более подробно).

- -

<1> См.: Давлетов А.А. Указ. соч. С. 99.

В связи со сказанным представляется значимым вопрос о выделении в предмете доказывания так называемого главного факта, под которым обычно понимают факт виновного совершения преступления определенным лицом. Критические суждения по этому вопросу часто обосновываются тем, что выделение в предмете доказывания главного факта, т.е. обстоятельств, указанных в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ, ослабляет внимание к другим обстоятельствам предмета доказывания, которые как бы становятся неглавными, второстепенными <1>. С этим суждением трудно согласиться. Выделение главного факта вовсе не оставляет в тени другие обстоятельства предмета доказывания, но побуждает субъекта доказывания в первую очередь определить - было ли событие, совершил ли его обвиняемый, является ли событие преступлением и виновен ли обвиняемый в его совершении. Выделение этих вопросов среди подлежащих разрешению судом (ст. 229 УПК РФ) подчеркивает мысль, что при отсутствии главного факта выяснение других обстоятельств предмета доказывания утрачивает смысл. "Уголовный процесс начинается... и продолжается, пока есть основания предполагать, что совершено преступление и что существует лицо, его совершившее. Если это предположение не подтверждается, уголовное дело прекращается" <2>.

- -

<1> См.: Теория доказательства в советском уголовном процессе. 2-е изд. С. 184.

<2> Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. С. 77. Добавим к сказанному, что выделение главного факта становится надежной основой для деления доказательств на прямые и косвенные.

5. Определенная трудность для определения органом расследования, судом предмета доказывания по конкретному делу состоит в том, что круг обстоятельств, имеющих правовое значение, в уголовно-процессуальном законе указывается в самом общем виде (ст. 73 УПК РФ). Это придает познавательной деятельности следователя и суда отчетливо выраженный поисковый, избирательный характер: исследуя событие, оставшееся в прошлом, эти лица распознают в нем и фиксируют в материалах дела лишь те стороны, свойства и отношения, которые соответствуют гипотетическому (на первых порах с весьма неопределенными границами) образу события, сформировавшемуся в сознании субъекта на основе требований закона, причем общие предписания ст. 73 УПК РФ дополняются конкретными признаками деяния (или нескольких возможных деяний), содержащимися в нормах уголовного закона. При некотором усилении акцента на

субъективный момент получается, что предмет доказывания - это не совокупность объективно существующих обстоятельств деяния, а нечто существующее в сфере сознания. По-видимому, этим объясняется утверждение В.Д. Арсеньева о том, что понятия предмета познания в гносеологии и предмета доказывания в уголовном процессе не совпадают.

По мнению автора, предмет доказывания - это данные о реальных обстоятельствах происшедшего события, на установление которого направлена доказательственная деятельность по уголовному делу, т.е. информация о них, которой располагают следователь и суд <1>. Однако сведения о факте, информация - это содержание доказательства, отражение объективно существующих фактов. При такой трактовке предмета доказывания он неизбежно сливается с комплексом доказательств, собранных по делу, что лишает данное понятие присущей ему объективной основы, смешивает отражаемое и отражение.

- -

<1> См.: Арсеньев В.Д. К вопросу о предмете и объекте доказывания по уголовным делам // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам. Красноярск, 1987. С. 24 - 26.

Не меняет дела ссылка автора на то, что в понятие доказательства входит и материальный носитель информации, который не относится к понятию предмета доказывания <1>. Поскольку содержание - ведущий признак доказательства, налицо неправомерное отождествление доказательства и предмета доказывания, неоднократно ранее подвергавшееся справедливой критике.

- -

<1> См.: Арсеньев В.Д. Указ. соч. С. 26.

На наш взгляд, преодоление трудностей в определении предмета доказывания, связанных с объективно-субъективным характером данного понятия, возможно путем не разведения его с понятием предмета познания, а подчеркивания их однозначности и взаимосоответствия. Предмет доказывания есть специфическое процессуальное обозначение предмета познания по уголовному делу. Это такие объективно существующие свойства и связи, т.е. фактические обстоятельства исследуемого события, которые имеют правовое значение, характеризуют его как общественно опасное и уголовно наказуемое деяние, а лицо, совершившее деяние, как виновное. Установление таких сторон события соответствует познавательной потребности общества, ибо позволяет применить соответствующие нормы права и достичь цели судопроизводства. И тот факт, что распознание, выявление и фиксация этих обстоятельств происходят на основе предписаний закона и их идеального гипотетического образа, возникающего в сознании познающего субъекта, не устраняет их объективного характера.

6. Следует отметить, что предмет доказывания как процессуальная категория имеет материально-правовую основу в виде положений уголовного права, определяющих понятие преступления, элементы его состава, отдельные виды преступлений, отягчающие и смягчающие обстоятельства и т.д. Это вполне объяснимо, так как и уголовно-процессуальные отношения в целом имеют своим предметом отношения уголовно-правовые, при отсутствии которых процессуальная деятельность утрачивает смысл. Но это несовпадающие правовые явления: предписания уголовно-процессуального права служат средством перевода материально-правовых требований на процессуальный язык, притом, однако, что предмет доказывания как научная абстракция - это не состав преступления.

На основе такого представления правомерно говорить о трех различных уровнях предмета доказывания.

Первый выступает как его обобщенная нормативная модель, структура и содержание которой обрисованы в ст. 73 УПК РФ и в нормах Общей части уголовного закона. Здесь

круг подлежащих отражению обстоятельств определен в виде схемы, доступной детальному теоретическому анализу, но свободной от признаков конкретного преступления <1>. Такой уровень понятия крайне важен для определения общих целей доказывания, принципа всесторонности исследования обстоятельств дела.

- -

<1> На это обстоятельство указывают многие авторы. Так, по мнению И.Б. Михайловской, "предмет доказывания... сформулирован в законе в общем виде, т.е. применим ко всем видам преступлений" (Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. 2-е изд. М., 2006. С. 186).

Второй уровень понятия определяется на уровне норм особенной части уголовного закона, в которых сформулированы юридические признаки конкретного уголовно-наказуемого деяния, охватывающие его объективную сторону, объект, субъективную сторону и субъект. Такое представление о предмете доказывания служит одним из оснований для разработки криминалистической характеристики и методик расследований отдельных видов преступлений - краж, убийств и т.д., правильной организации работы по расследованию преступлений определенных категорий <1>.

- -

<1> Сходного взгляда придерживается Н.П. Кузнецов (см.: Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 55, 56).

Третий уровень понятия определяется путем конкретизации его с учетом обстоятельств совершения отдельного преступления. Требования закона относительно обстоятельств совершения кражи, грабежа, убийства и т.д. "проецируются" на обстоятельства конкретного дела, приобретая индивидуальные, неповторимые черты. В такой обрисовке предмет доказывания становится для следователя, суда программой исследования обстоятельств конкретного дела, гарантией против его односторонности и неполноты. В этом случае он охватывает не только главный, но и доказательственные факты.

Но каждое из трех рассмотренных представлений, хотя и на разных уровнях, - общего, особенного, отдельного (единичного) - обозначает совокупность определенных фактов, реальных явлений действительности, составляющих цель познавательной деятельности.

7. С достаточным основанием можно утверждать, что по отдельным категориям дел, отнесенных законодателем к особым производствам, общее положение о предмете доказывания и составляющих его элементах подвергается конкретизации и известному преобразованию. Подтверждение этому находим в ст. 421, 430, 434, 442 УПК РФ. При этом возникает вопрос: устанавливает ли закон в этих случаях отдельные, самостоятельные предметы доказывания?

Ответ вытекает из анализа этих норм в сопоставлении с положениями ст. 73 УПК РФ. Так, ст. 421 УПК РФ требует в ходе производства по делам несовершеннолетних наряду с доказыванием обстоятельств, указанных в ст. 73 Кодекса, выяснять возраст несовершеннолетнего, условия жизни и воспитания, уровень психического развития и иные особенности его личности. Эти обстоятельства не что иное, как конкретизация и детализация применительно к личности подростка общего требования об установлении обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого (п. 3 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). А выявление влияния на несовершеннолетних старших по возрасту лиц - уточнение требования об установлении виновности лица, формы его вины и мотивов (п. 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Статья 430 Кодекса конкретизирует общее требование о возможности освобождения лица от наказания (п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Таким образом, в этих случаях определен не отдельный, самостоятельный предмет доказывания, а лишь детализированные и конкретизированные требования "общего" предмета доказывания.

Такой же вывод следует из анализа ст. 434 УПК РФ, определяющей обстоятельства, подлежащие доказыванию по делам об общественно опасных деяниях психически больных лиц. Время, место, способ и другие обстоятельства совершения деяния, характер и размер вреда, причиненного деянием, которые надо установить, - это переобозначение соответствующих пунктов ст. 73 УПК РФ (п. 1, 4), связанное с тем, что общественно опасное деяние, совершенное психически больным лицом в состоянии невменяемости, не является преступлением. Наличие же у лица психического заболевания - это преобразование вопроса о виновности (п. 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Заметим при этом, что в случае, когда деяние совершено лицом, лишь впоследствии заболевшим душевной болезнью, никакого преобразования общего предмета доказывания не происходит - речь идет о преступлении, совершенном этим лицом, и о его виновности <1>.

<1> См.: Громов Н.А., Зайцева С.А., Гущин А.Н. Указ. соч. С. 16.

Можно поэтому утверждать, что вышеназванные нормы определяют не отдельные и самостоятельные предметы доказывания, а модификации общего предмета доказывания применительно к особенностям личности совершителя деяния.

Помимо рассмотренных выше общего предмета доказывания, его различных уровней и модификаций, сориентированных на окончательные процессуальные решения, можно выделить разновидности, связанные с промежуточными процессуальными решениями. Очевидно, что круг фактов, которые согласно УПК РФ надо установить для принятия решения о возбуждении уголовного дела (ч. 2 ст. 140), привлечении в качестве обвиняемого (ч. 1 ст. 171), задержании (ст. 91), применении меры пресечения (ст. 97), существенно различен в каждом из этих случаев. Особое место занимают в доказывании так называемые усеченные предметы доказывания, при которых достаточно установить лишь некоторые из обстоятельств, охваченных ст. 73 УПК РФ. Так, при рассмотрении дел в особом порядке "могут быть исследованы обстоятельства, характеризующие личность подсудимого, и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание" (ч. 5 ст. 316 УПК РФ). Думаем, что в свете ст. 73 УПК РФ эти обстоятельства подлежат обязательному исследованию. Правомерно вести речь и об особом круге обстоятельств, которые должны быть установлены при принятии решений о производстве отдельных следственных действий, выступающих основаниями решения. Но и при принятии такого итогового процессуального решения, как решение о прекращении дела, модификации предмета доказывания, оказываются весьма многообразными: они обусловлены различным характером оснований прекращения (ст. 24 - 28, 427, 431, 432, п. 1 ч. 1 ст. 439, ч. 2 ст. 443 УПК РФ), которые также должны быть установлены посредством доказывания.

8. Продолжаются дискуссии относительно сущности пределов доказывания. Справедливо отмечается, что это наименее устоявшееся понятие теории доказательств. Действительно, исследователями предложено немало определений пределов доказывания; некоторые из них, на наш взгляд, не выражают существа данного понятия и фактически имеют в виду другие процессуальные явления.

Иногда пределы доказывания связывают с глубиной познания, т.е. необходимой степенью конкретизации обстоятельств, подлежащих доказыванию. Например, к пределам доказывания относят определение объема действий, образующих конкретное преступление, детализацию иных обстоятельств, входящих в предмет доказывания, в том числе круга условий, способствующих совершению преступления, и т.д. <1>. Также считают пределами доказывания "уровень исследования сведений, устанавливающих обстоятельства, подлежащие доказыванию", "фактический объем обстоятельств, подлежащих доказыванию" <2>. С такими представлениями согласиться нельзя. Конкретизировать обстоятельства, подлежащие доказыванию применительно к условиям отдельного преступления, действительно необходимо, поскольку в законе (ст. 73 УПК РФ) они изложены в виде общей схемы. Но в этих случаях речь, как говорилось раньше,

идет об определении предмета доказывания на уровне, относящемся к конкретному преступлению, а вовсе не о пределах доказывания. Смешивать эти понятия нельзя.

- -

<1> См.: Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976. С. 65 - 67; Зеленецкий В.С., Колтунов Г.С. Пределы исследования предмета доказывания в советском уголовном процессе // Проблемы социалистической законности. Харьков, 1982. Вып. 10. С. 67 - 69.

<2> Громов Н.А., Зайцева С.А., Гущин А.Н. Указ. соч. С. 16.

Нельзя видеть пределы доказывания и в тех ограничениях, которые закон устанавливает для собирания, проверки и оценки доказательств на отдельных стадиях процесса (например, при назначении судебного заседания) <1>. В этом случае речь идет об особенностях режима доказывания, продиктованных ограниченными познавательными задачами, решаемыми в данной стадии. Но и в условиях ограниченного режима доказывания его пределы могут быть разными - более или менее широкими.

- -

<1> См.: Нуркаева М.К. Специфика пределов доказывания в распорядительном заседании в стадии предания обвиняемого суду // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам. Красноярск, 1987. С. 90.

В отличие от предмета доказывания пределы доказывания не получили в законе определения. Однако этот факт, как и отсутствие единства мнения ученых в определении данного понятия, не должен служить основанием к отказу от дальнейшей его разработки как якобы бесперспективной <1>.

- -

<1> См.: Банин В.А. К вопросу о предмете и пределах доказывания в советском уголовном процессе // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам. Красноярск, 1987. С. 22.

Полагаем, что понятие пределов доказывания обладает немалой научной ценностью и, как будет показано ниже, большой практической значимостью. В литературе правильно подчеркивается, что данное понятие предопределено и обусловлено понятием предмета доказывания и соотносится с ним как средство с целью, но в то же время имеет и самостоятельное содержание. Важно подчеркнуть его многогранность (отсюда и множество конкурирующих между собой определений). В самом общем виде можно считать, что пределы доказывания - это границы познавательной деятельности следователя и суда, определяемые моментом, когда цель доказывания оказывается достигнутой, т.е. когда с необходимой степенью надежности (вероятно либо достоверно) установлены подлежащие доказыванию обстоятельства. В этот момент доказывание прекращается, ибо необходимость в нем отпадает. Оно может быть продолжено либо для решения более сложных познавательных задач (например, для решения вопроса о наличии оснований для окончания следствия, после того как лицу предъявлено обвинение), либо в другой стадии процесса, где возникают иные познавательные задачи и соответствующий им режим доказывания.

9. Для определения момента достижения пределов доказывания используются различные критерии.

Так, под пределами доказывания понимают необходимую и достаточную совокупность доказательств, которая, будучи собранной по делу, обеспечивает его правильное разрешение путем установления обстоятельств, подлежащих доказыванию <1>. Здесь критерием достижения пределов доказывания выступает количественный результат доказывания, т.е. объем доказательств, который должен быть достаточным для того, чтобы не оставить неисследованным каждый элемент предмета доказывания, и необходимым для того, чтобы доказываемый факт был установлен надежно. Другие

авторы определяют пределы доказывания как границы сбора, исследования и оценки доказательственного материала, проверки имеющихся версий <2>. В таком представлении пределы доказывания также определяются объемом работы, которую необходимо проделать для установления нужных обстоятельств, с той лишь разницей, что акцент делается не на результате познавательной деятельности, а на путях, ведущих к нему, - комплексе процессуальных действий, имеющих целью сбор, исследование и оценку доказательств.

- -

<1> См.: Алексеев Н.С. Доказывание и его предмет в советском уголовном процессе // Актуальные проблемы советского государства и права в период строительства коммунизма. Л., 1967. С. 446; Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 187.

<2> См.: Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. М., 1959. С. 23; Танасевич В.Г. Пределы и предмет доказывания по уголовному делу // Практика применения нового уголовно-процессуального законодательства. М., 1962. С. 37.

Пределы доказывания трактуют и как степень доказанности обстоятельств, подлежащих установлению, достаточную для построения выводов разных степеней вероятности или обоснования достоверности <1>. Здесь в основу определения положен качественный аспект понятия - достигнутое в результате доказывания знание об искомых обстоятельствах (вероятное или достоверное).

- -

<1> См.: Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. Волгоград, 1988. С. 16 - 18.

Вряд ли есть основания считать одно определение лучше другого либо находить между ними существенные противоречия, ибо каждое из них с разных сторон раскрывает понятие пределов доказывания. Поэтому правомерны определения, объединяющие рассмотренные выше представления <1>.

- -

<1> См.: Фаткуллин Ф.Н. Указ. соч. С. 65 - 67; Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 92 - 94; Панарин В.Я. Производство по гражданскому иску при расследовании уголовного дела. Воронеж, 1978. С. 71.

10. Утверждения о неопределенности понятия "пределы доказывания" и о нецелесообразности его дальнейшей научной разработки мотивируют тем, что значение пределов доказывания не отличается от правил об относимости доказательств <1>. Согласиться с этим нельзя, ибо суждение об относимости полученных доказательств само по себе не означает, что собрана достаточная для обоснования вывода их совокупность, т.е. выполнены требования, раскрывающие смысл пределов доказывания.

- -

<1> См.: Банин В.А. Указ. соч. С. 21.

Наряду с понятием предмета доказывания научное понятие пределов доказывания служит важнейшей характеристикой познавательной деятельности следователя (дознавателя) и судьи, придавая ей целеустремленность и освобождая указанных лиц от ненужной работы. Оно позволяет ясно представить себе различия в характере выводов об искомых обстоятельствах, которые делаются на разных этапах процесса. Главное же - исследование пределов доказывания - требует углубленного анализа логики доказывания, овладения приемами построения различных по характеру комплексов доказательств, обеспечивающих надежность выводов следователя и суда. Без этого невозможно преодолеть широко распространенную в следственной и судебной практике тенденцию к

сужению пределов доказывания, попытки компенсировать пробелы исследования за счет разного рода упрощенческих стереотипов <1>.

- -

<1> Подробнее об этом см. гл. 11 монографии.

Глава 5. ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ КАК ЭЛЕМЕНТ ДОКАЗЫВАНИЯ

1. Как известно, начальным элементом процесса доказывания является собирание доказательств. Согласно закону (ч. 1 ст. 86 УПК РФ) оно осуществляется проведением следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ.

Одним из процессуальных действий по собиранию доказательств является представление доказательств. Термину "представление доказательств" законодатель придает различный смысл.

В нормах закона, определяющих процессуальное положение неофициальных участников процесса, предусмотрено их право представлять доказательства органам расследования и суду. Этим правомочием на стороне обвинения согласно УПК РФ наделены потерпевший (п. 4 ч. 2 ст. 42), частный обвинитель (ч. 2 ст. 43), гражданский истец (п. 2 ч. 4 ст. 44), а на стороне защиты - подозреваемый (п. 4 ч. 4 ст. 46), обвиняемый (п. 4 ч. 4 ст. 47), защитник (п. 2 ч. 1 ст. 53), гражданский ответчик (п. 7 ч. 2 ст. 54). Такими же правами наделены и представители этих участников. В норме, регламентирующей собирание доказательств, законодатель, повторяя эти предписания, употребляет несколько иную формулу и уточняет, что подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств (ч. 2 ст. 86 УПК РФ), а защитник вправе собирать доказательства <1>. Во всех этих случаях речь идет о пополнении собранного следователем доказательственного материала по волеизъявлению неофициальных участников процесса, располагающих таким материалом.

- -

<1> Подробнее об этом см. гл. 8 монографии.

В судебном разбирательстве термину "представление доказательств" закон придает иное значение. В соответствии с принципом состязательности этот термин означает, что сторона обвинения и сторона защиты поочередно демонстрируют суду имеющиеся в уголовном деле и собранные на досудебном производстве доказательства. Однако в норме, регламентирующей доказательственную деятельность в суде, для ее обозначения употребляется и иной термин - исследование доказательств (ст. 274 УПК РФ). Практически же представление доказательств сторонами, т.е. их исследование, осуществляется посредством следственных действий, т.е. посредством допросов лиц, дающих показания, проведения экспертизы, осмотра вещественных доказательств, помещений и т.д. Поскольку стороны "представляют" доказательства суду, а суд также их исследует и фиксирует результаты исследования в протоколе судебного заседания, эту деятельность, как уже отмечалось, с полным основанием можно трактовать как собирание доказательств, на каковую деятельность управомочен и суд (ч. 1 ст. 86 УПК РФ) <1>. Но наряду с этим в суде возможно и представление доказательств в чистом виде, когда в ходе или по окончании судебного следствия (ст. 291 УПК РФ) стороны представляют суду новые доказательственные материалы, в том числе допрашивают дополнительно вызванных ими свидетелей.

- -

<1> Подробнее о роли суда в доказывании см. гл. 1 монографии.

Еще одно значение термина связано с использованием в доказывании результатов ОРД. В Законе об ОРД говорится о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд (ч. 3 ст. 11), а Инструкция от 17 апреля 2007 г. устанавливает процедуру представления этих результатов.

Своеобразным субъектом представления доказательств являются и другие органы государства, а именно органы, осуществляющие административно-юрисдикционную деятельность, в процессе которой обнаруживаются признаки преступления <1>.

- -

<1> Об этом подробнее см. гл. 6 монографии.

Есть еще один случай употребления этого термина законодателем. В ч. 5 ст. 377 УПК РФ сказано, что в подтверждение или опровержение доводов, приведенных в кассационных жалобе и (или) представлении, стороны вправе представить в суд кассационной инстанции дополнительные материалы.

Возникает вопрос: могут ли быть субъектами представления доказательств иные, помимо сторон и правоохранительных органов, субъекты? В ранее действовавшем УПК РСФСР ст. 70 такую возможность представляла любым гражданам, предприятиям, учреждениям, организациям. Полагаем, что в настоящее время это нормативное положение сохраняет свое значение применительно к государственным учреждениям и предприятиям, контрольным, финансовым и другим органам, на которые закон возлагает обязанность направлять прокурору, органам расследования или в суд материалы о выявленных преступных злоупотреблениях для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Однако данное правомочие утратило свое процессуальное значение и осталось нормой административного права. Что же касается посторонних граждан - они не лишены права представлять органам расследования обнаруженные ими доказательственные материалы, но это не более чем моральное долженствование.

2. Несмотря на интерес процессуальной науки к рассматриваемому элементу доказывания, некоторые аспекты представления доказательств остаются не вполне ясными. Требуют уточнения вопросы о юридической природе представления доказательств, месте этой деятельности в системе доказывания, круге доказательственных материалов, которые могут быть представлены, стадиях процесса, на которых возможно представление доказательств. Процессуальная наука и практика не выработали еще единой процессуальной формы, обеспечивающей наиболее эффективную реализацию права на представление доказательств.

При анализе норм УПК РФ обращают на себя внимание различия в правовой природе представления доказательств указанными выше субъектами уголовного процесса. Представление доказательств подозреваемым, обвиняемым, защитником, гражданским ответчиком, потерпевшим, гражданским истцом, частным обвинителем, их представителями - это действенная мера реализации правового статуса субъектов доказывания с самостоятельным или представляемым интересом. Именно для отстаивания своих законных интересов <1>, успешного выполнения своих процессуальных функций эти лица наделены правом представлять доказательства, заявлять ходатайства, участвовать в исследовании доказательств. Реализуя эти права, обвиняемый, потерпевший и другие неофициальные участники процесса получают возможность влиять на направление познавательной деятельности, осуществляемой следователем и судом, вносить свой вклад в установление истины по делу.

- -

<1> Если под интересом в социальном смысле следует понимать осознаваемую субъектом потребность, проявляющуюся в его стремлении к определенной пользе, выгоде, к получению всех материальных и иных благ, обладание которыми обеспечивает наиболее благоприятные условия социальной жизнедеятельности, то законный интерес - это такое стремление субъекта к получению указанных благ, которое не противоречит требованиям закона, поддерживается им. Процессуальный интерес - это стремление

участника процесса к получению определенных благ, соответствующее задачам уголовного судопроизводства. Данное понятие пересекается с правами и свободами человека и гражданина, находящимися под защитой Конституции РФ и обеспечиваемыми правосудием (ст. 18 Конституции РФ).

Сказанное не опровергается тем, что законный интерес соответствующего участника, хотя и не противоречит законным интересам других участников, но и не совпадает с ними полностью. Это различие обусловлено спецификой процессуальных функций указанных лиц. Так, в случаях, когда обвиняемый считает себя невиновным, его процессуальный интерес состоит в прекращении дела, оправдании и в восстановлении прав. Если же он сознает, что его виновность бесспорно доказана, его интерес направлен на выявление всех смягчающих обстоятельств и данных о возможности смягчения наказания. В противоположность этому процессуальный интерес потерпевшего направлен на установление виновности лица, причинившего ему ущерб, всех отягчающих обстоятельств, обоснование размера причиненного ему ущерба. Представляя соответствующее доказательство, каждый участник процесса реализует свою уголовно-процессуальную функцию и со своих позиций способствует выяснению подлинных обстоятельств дела, установлению истины. Однако неофициальные участники процесса представляют органу расследования и суду документы, полученные за пределами процессуальной формы, в том числе случайно оказавшиеся в их распоряжении, и предметы, уже отделенные ходом события от места их первоначального нахождения (например, потерпевший приносит следователю найденные им возле своего дома предметы, оброненные преступником).

Как сказано выше, закон наделяет правом представления доказательств и обвинителя. Когда прокурор является государственным обвинителем, он реализует свое право на представление доказательств в судебных стадиях процесса. Однако при этом его право одновременно выступает и как его обязанность, ибо, будучи органом государства, при осуществлении обвинительной деятельности он руководствуется принципами публичности, всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела. Такое его положение обусловлено требованиями презумпции невиновности, согласно которой бремя доказывания обвинения и опровержения доводов защиты лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14 УПК РФ). В этом существенное отличие от представления доказательств неофициальными участниками процесса. Однако и частный обвинитель, который также несет бремя доказывания, обязан представлять доказательства суду под угрозой прекращения дела или вынесения оправдательного приговора.

3. Иную правовую природу имеет представление доказательств, полученных в результате осуществления оперативно-розыскной деятельности.

Как видно из ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД, результаты оперативно-розыскной деятельности <1> могут использоваться в доказывании по уголовным делам. Законодатель не возлагает на оперативно-розыскные органы обязанности представлять органам расследования, прокурору и суду результаты проведения всех ОРМ, имеющих своим назначением получить значимую для целей расследования информацию (ст. 6 Закона об ОРД). Нет ее и в норме, определяющей обязанности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ст. 14 Закона об ОРД). Это объясняется рядом причин. Во-первых, не каждое ОРМ окажется результативным в плане использования в целях доказывания. Во-вторых, в ряде случаев представление результатов ОРМ становится невозможным в связи с опасностью нарушения требований конспирации, обязанность соблюдать которую закреплена в ч. 5 ст. 14 Закона об ОРД (рассекречивание сведений о результате ОРД, составляющих государственную тайну, ст. 12 данного Закона обусловливает жесткими условиями). Кроме того, в определенной ситуации немедленное представление уже полученных результатов может оказаться нецелесообразным, ввиду того, что они носят промежуточный характер и могут быть скорректированы с учетом

осуществления запланированных последующих мероприятий. Из сказанного следует, что оперативно-розыскные органы вправе представлять органам расследования результаты ОРМ и реализуют это право при наличии необходимых условий.

- -

<1> Согласно п. 36.1 ст. 5 УПК РФ ими являются сведения, полученные в соответствии с Законом об ОРД, о признаках подготавливаемого, совершаемого и совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия и суда.

В то же время следует учесть, что изначально задача оперативно-розыскных органов определена как выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, выявление и установление лиц, их совершивших (ст. 2 Закона об ОРД). Будучи органами государства, они обязаны эффективно ее разрешать, из чего следует, что полученные с соблюдением необходимых условий и значимые для целей расследования результаты ОРД они обязаны доводить до сведения процессуальных органов. В этом существенное отличие представления ими доказательств от представления доказательств неофициальными участниками процесса, которые вольны распоряжаться своим правом.

Следует отметить, что получение следователем предметов и документов, добытых в результате проведения ОРМ, создает еще одну трудность. "Завладение" объектом в процессе оперативно-розыскной работы неизбежно сопровождается отделением его от окружающей обстановки (подобно тому, как это бывает, например, когда гражданин, найдя нож на месте, где произошло преступное посягательство, относит его к следователю). Между тем связь объекта с окружающей обстановкой сама по себе имеет доказательственную ценность. Процессуальные способы получения вещественных доказательств и документов (осмотр, обыск, выемка) позволяют эту связь зафиксировать. Если от граждан, обнаруживших доказательство, нельзя требовать проявления предусмотрительности и заботы о сохранении и запечатлении этой связи, то осуществляющие оперативно-розыскную деятельность органы дознания, сознавая смысл и значение процессуального порядка обнаружения и приобщения к делу вещественных доказательств и документов, обязаны применять именно этот, более эффективный процессуальный порядок. Но в случаях, когда он оказывается фактически неприменимым, в интересах раскрытия преступления возможно "завладение" объектом посредством проведения ОРМ, естественно, без соблюдения процессуальных правил, с последующим представлением его следователю в соответствии с ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД. Такое же положение складывается, когда доказательственный материал (наркотическое вещество, оружие и др.) изъят работником милиции в процессе пресечения преступления, т.е. до возбуждения уголовного дела.

4. Сказанное позволяет определить место представления доказательств в системе доказывания. Собирание (формирование) доказательств в качестве начального элемента процесса доказывания - это, как говорилось ранее, активная целенаправленная деятельность органа расследования, суда, состоящая в извлечении из следов, оставленных событием, фактических данных, относящихся к делу, в преобразовании и закреплении этих данных, т.е. в придании им надлежащей процессуальной формы. Представление же доказательств, замечает В.Д. Арсеньев, есть пассивная форма получения доказательств <1>. Доказательственный материал появляется в поле зрения органа расследования, суда не по их инициативе, а по волеизъявлению участников процесса, им обладающих. Представление участниками процесса предметов и документов, имеющих, по их мнению, отношение к делу, еще не означает появления в деле доказательства: следователь, судья могут признать эти объекты доказательствами, лишь убедившись в их относимости к обстоятельствам дела. В принципе не исключено, что, ознакомившись с представляемым объектом, следователь сразу же определит, что он не имеет отношения к делу, и возвратит его владельцу.

- -

<1> См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964. С. 15.

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, констатирующий появление доказательства. Пока такое решение не принято, доказательство еще не существует, оно еще не получено.

Поэтому представление доказательств, будучи важным каналом получения доказательственной информации, все же не может отождествляться с собиранием доказательств. Представление участниками процесса, оперативно-розыскными и административными органами предметов и документов создает условия для собирания доказательств, но находится за пределами непосредственных границ этого этапа доказывания, являясь как бы извне направленным к следователю, судье познавательным актом. Способом же пополнения доказательственного материала для следователя (суда) будет принятие представленного объекта.

До сих пор, говоря о представлении доказательств подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим, его представителем и другими участниками, мы имели в виду лишь предметы и документы. Однако высказано мнение, что право представления доказательств охватывает и иную информацию. Так, по мнению Г.М. Миньковского и А.Р. Ратинова, "представлены могут быть и устные сообщения... об обнаруженном месте происшествия, следах и других вещественных объектах" <1>.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 376 - 377.

Представляется, что подобные суждения необоснованно расширяют действительный объем представляемых доказательственных материалов.

В этом можно убедиться, подвергнув анализу правовой статус участников процесса. Так, в ст. 42 - 48 УПК РФ неофициальные участники процесса наряду с правом представления доказательств наделены и правом давать показания (объяснения). Очевидно, что право давать показания, будучи весьма важной формой участия в доказывании, не отождествляется законодателем с другой специфической формой - представлением доказательств.

Не сливается представление доказательств и с такими формами участия в доказывании, как заявление этими лицами ходатайств и участие их в следственных действиях.

Каждая из форм участия в доказывании - заявление ходатайств, дача показаний, представление доказательств, участие в следственных действиях - по-своему эффективна, а использование всех форм позволяет участникам процесса активно влиять на ход познавательной деятельности, пополнять доказательственный материал в желаемом направлении. Совершенствование практики доказывания предполагает разработку мер по повышению его эффективности путем дифференцированного изучения и освоения отдельных его форм, не допуская их подмены и отождествления.

Полагаем, что, когда речь идет о представлении доказательств, законодатель имеет в виду не сведения, а лишь материальные объекты, несущие информацию о существенных обстоятельствах дела. Таковыми являются предметы, могущие впоследствии стать вещественными доказательствами, и документы, исходящие от государственных и негосударственных учреждений и организаций, должностных лиц и граждан и удостоверяющие тот или иной существенный факт.

Практика показывает, что доказательственные материалы представляются участниками процесса чаще всего в виде документов. Таковыми являются справки о состоянии здоровья обвиняемого, длительности утраты трудоспособности потерпевшим,

характеристики и т.д. Однако имеют место случаи представления органам расследования предметов (например, запрещенных орудий лова, отобранных инспекторами рыбнадзора у браконьеров, портфеля, забытого обвиняемым на месте изнасилования и обнаруженного потерпевшей, пропуска на имя обвиняемого, выхваченного у него из кармана потерпевшей во время борьбы с ним и т.п.).

Определенным своеобразием обладает представление доказательств органами, близкими к органам расследования, но осуществляющими не уголовно-процессуальную, а административно-юрисдикционную деятельность, - милицией, таможенной службой и др. По издавна сложившейся традиции о передаче материала для решения вопроса о возбуждении уголовного дела (ранее - прокурору, а теперь - соответствующему следственному органу) выносится постановление, в котором обосновывается необходимость "перевода" производства в уголовно-процессуальную сферу. Такой же порядок установлен и для передачи органам расследования результатов оперативно-розыскной деятельности. Но и в том и в другом случае в рамках доказывания имеет место представление доказательственных материалов.

5. Право обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего и других участников на представление доказательств носит, по нашему мнению, универсальный характер, т.е. может быть реализовано на всех стадиях процесса. К этому выводу приводит анализ правовых форм доказывания и познавательной ситуации, складывающихся на отдельных стадиях процесса.

Как известно, на стадии возбуждения уголовного дела применяются лишь те способы пополнения доказательственного материала, которые свободны от принуждения. Этому условию вполне соответствует представление таких материалов заинтересованными лицами. И хотя на этой стадии процесса нет еще обвиняемого, потерпевшего, защитников, представителей, лица, которые в будущем могут быть таковыми, не должны, на наш взгляд, лишаться возможности защищать свои законные интересы, представляя (при заявлениях, объяснениях, путем личной явки) соответствующие предметы и документы. Такая практика фактически существует, и она должна получить более четкое закрепление в законе. Отчасти эта проблема решена введением в уголовный процесс фигуры заявителя (ст. 141 УПК РФ).

Из смысла п. 4 ст. 228 УПК РФ видно, что в стадии назначения судебного заседания участники процесса могут заявлять ходатайства. Это могут быть ходатайства о приобщении к делу имеющихся у них документов (например, при отклонении аналогичного ходатайства на предварительном следствии).

В то же время сторона может заявить ходатайство об исключении доказательств, и тогда вопрос о назначении судебного заседания выносится на предварительное слушание. Здесь сторона защиты имеет право заявить ходатайство об истребовании дополнительных доказательств (ч. 7 ст. 234 УПК РФ). С учетом того, что в соответствии с УПК РФ для проверки обоснованности этого ходатайства суд вправе допросить свидетелей и "приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве" (ч. 3 ст. 235), представляется, что сторона защиты не может быть лишена права представить суду и другие доказательственные материалы (в частности, обосновывающие необходимость исключения доказательств как недопустимых, а также возвращения дела прокурору (ст. 237), приостановления и прекращения дела (ст. 238 и 239)). Тот факт, что в этой стадии процесса не определяется достоверность доказательств, не исключает возможности их представления и принятия.

Как уже отмечено, закон допускает представление сторонами дополнительных материалов в кассационную инстанцию (ч. 5 и 6 ст. 377 УПК РФ). При этом, как сказано в ч. 6 ст. 377 УПК РФ, дополнительные материалы не могут быть получены путем производства следственных действий, однако сторона должна указать, каким путем они получены. Правомерно представление их и в надзорную инстанцию, на что обращено внимание в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. N 1.

Несмотря на то что дополнительные материалы принципиально менее надежны, чем доказательства, полученные процессуальным путем, они достаточно широко используются в практике вышестоящих судов при решении вопроса о законности и обоснованности приговора суда первой инстанции.

При таком положении представляется целесообразным указать в соответствующих нормах УПК РФ, что доказательства могут быть представлены участниками процесса на любой стадии процесса с соблюдением действующих там правил доказывания.

6. В интересах участников процесса и установления истины существует настоятельная необходимость в унификации процессуальной формы представления доказательств, на что неоднократно указывалось в литературе <1>.

- -

<1> См.: Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. М., 1965. С. 156; Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. С. 84 - 89; Ларин А.М. Истребование и представление предметов и документов в стадии расследования // Актуальные проблемы совершенствования производства следственных действий. Ташкент, 1982. С. 63; Фуфыгин Б.В. Представление доказательств в советском уголовном процессе // Уголовно-правовые и процессуальные гарантии защиты конституционных прав граждан. Калинин, 1982. С. 28 - 37.

Необходимость эта в первую очередь обусловлена тем, что, несмотря на его важное значение, закон оставляет данный вопрос открытым. Практика же породила множество различных форм, часто не обеспечивающих законные интересы лиц, представляющих доказательственные материалы, а также индивидуализацию последних.

Нет единства мнений и среди ученых. В свое время П.С. Элькинд считала, что факт представления и принятия доказательств следователем надо оформлять протоколом выемки либо осмотра <1>. В современной литературе такой позиции придерживается О.Д. Жук <2>. С этим суждением трудно согласиться, и прежде всего потому, что выемка - это следственное действие, производимое, как и другие следственные действия, по инициативе следователя. Но когда имеет место представление доказательств, они появляются в поле зрения следователя не по его инициативе, а по волеизъявлению лица, обладающего доказательством.

- -

<1> См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 11.

<2> См.: Жук О.Д. Особенности производства следственных действий по уголовным делам об организации преступного сообщества // Законодательство и экономика. М., 2003. N 11.

Несколько вольно трактуют представление доказательств как "добровольную выдачу", понимая под этим приемом выдачу искомого предмета по предложению лица, производящего расследование <1>. Но, как известно, добровольная выдача - это элемент обыска (ст. 182 УПК РФ). Кроме того, в таком представлении, как и в первом случае, фактически исчезает определяющий признак - инициатива лица, представляющего доказательство. А.М. Ларин полагал, что факт представления предмета надлежит оформлять протоколом принятия доказательства <2>. Здесь верно констатируется момент введения в доказательственную базу нового доказательства. Однако при таком оформлении остается в тени тот факт, что принятие доказательства произошло по ходатайству и инициативе лица, передавшего его следователю. Кроме того, далеко не каждое ходатайство о приобщении к делу предмета и документа подлежит удовлетворению и в случае отказа в его удовлетворении предлагаемое название протокола не соответствовало бы его содержанию.

- -

<1> См.: Баев О.Я. Криминалистическая тактика и уголовно-процессуальный закон. Воронеж, 1977. С. 93.

<2> См.: Ларин А.М. Истребование и представление предметов и документов в стадии расследования. С. 63.

По мнению В.Т. Томина, представление предметов - это следственное действие - принятие доставленного <1>. Но представление доказательств - это не следственное действие. Ведь следственное действие - это процесс восприятия и закрепления следователем обнаруженных им следов, чего в рассматриваемой ситуации нет. Кроме того, акцент на принятие доказательства и в этом случае затушевывает факт его представления, т.е. инициативу лица, которое вручает доказательство следователю. На практике часто представление объекта вообще не документируется, и о том, что он был вручен следователю (суду) обвиняемым, потерпевшим, можно узнать, лишь ознакомившись с показаниями этих лиц.

- -

<1> См.: Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. М., 1991. С. 116.

Процессуальная форма представления доказательств участниками процесса должна определяться соответственно характеру представленных материалов (предметы и документы) и учитывать юридическую природу этого действия (в одном случае это защита законного интереса, в другом - выполнение служебной обязанности).

7. Обобщая высказанные соображения, можно назвать следующие черты процедуры представления доказательств.

А. Она должна быть сконструирована так, чтобы отразить инициативу участника процесса, направленную на пополнение комплекса доказательств материалами, соответствующими его законным интересам. Недопустимо оформление этого акта протоколом выемки или осмотра, истребованием предметов и документов следователем или судом по их инициативе. Столь же недопустимо истребование нужного материала следователем с последующим оформлением получения его так называемой добровольной выдачей.

Б. Чтобы избежать подобных явлений, процессуальная форма представления доказательств должна обязательно включать фиксацию ходатайства о приобщении к делу предмета или документа, представляемого следователю (суду) обвиняемым, потерпевшим, иным участником. При этом по аналогии с положениями ч. 1 ст. 271 УПК РФ лицо, представляющее доказательство, должно указать, для установления какого обстоятельства представляется предмет или документ.

В. Процедура представления должна обеспечить отражение индивидуальных признаков представляемого объекта, с тем чтобы избежать возможных впоследствии нареканий о подмене объекта или жалоб на необоснованный отказ в его приобщении к делу.

Наилучшей формой для этого послужит соответствующий требованиям процессуального закона протокол, т.е. акт, фиксирующий место и дату производства процессуального действия, его содержание, время начала и окончания, круг участвующих лиц (ст. 166 УПК РФ). В судебном разбирательстве представление доказательств должно фиксироваться в протоколе судебного заседания.

В протоколе должно быть отражено содержание ходатайства о приобщении объекта, цель представления, содержание документа, результаты осмотра предмета, его индивидуальные признаки. При необходимости со слов лица, представляющего объект, фиксируются и обстоятельства его обнаружения. На предварительном расследовании данный протокол целесообразно именовать "протоколом представления доказательств" <1>.

- -

<1> Это суждение, высказанное автором много лет назад (см.: Шейфер С.А. Собирание доказательств в советском уголовном процессе. С. 123), ныне разделяют многие исследователи.

Г. Процедура представления должна учитывать, что признание представленного объекта доказательством - это прерогатива следователя (суда). Поэтому, приняв решение об относимости либо неотносимости представленного документа к делу, следователь выносит постановление, а суд - определение об удовлетворении ходатайства и принятии предмета или документа либо об отказе в удовлетворении ходатайства и о возврате объекта владельцу. При выявлении признаков вещественного доказательства выносится постановление (определение) о приобщении предмета к делу в качестве вещественного доказательства (ч. 2 ст. 81 УПК РФ).

Существенными гарантиями законности и прав граждан могут, на наш взгляд, стать привлечение понятых к представлению доказательств, а также вручение лицу, представившему предмет или документ, копии протокола представления доказательств.

Глава 6. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ НЕПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПОЗНАВАТЕЛЬНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

1. Формирование в стране правового государства привело к необходимости принятия ряда нормативных актов, с тем чтобы более строго, чем прежде, урегулировать познавательную деятельность, связанную с установлением правонарушений. Такая деятельность помимо доказывания в уголовном процессе осуществляется в других различных формах: а) административного производства, направленного на установление факта административно-правовых правонарушений; б) оперативно-розыскной деятельности, имеющей целью выявить путем оперативно-розыскных мероприятий признаки преступления и лиц, его совершивших; в) частной детективной деятельности, предусматривающей сбор сведений на договорной основе с заинтересованными лицами, в том числе по уголовным делам. Познавательная деятельность, осуществляемая в этих сферах, регламентирована в соответствующих нормативных актах (Законе об ОРД, Кодексе РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ), Законе РФ от 11 марта 1992 г. N 2487-1 "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" и в определенной мере в Таможенном кодексе РФ (ТК РФ), с изменениями и дополнениями данных актов).

Данное явление отражает закономерность, присущую российскому государству на нынешнем этапе его развития: стремление определить правовую форму (т.е. установить соответствующие ограничения) деятельности, так или иначе затрагивающей законные интересы личности, охране которых Конституция РФ придает приоритетное значение. Вместе с нормативными актами, регулирующими доказывание, т.е. познавательную деятельность в сфере уголовного судопроизводства, вышеуказанные нормативные акты формируют некий познавательный комплекс, который хотя и различается (и весьма существенно) задачами и способами познания в различных сферах, имеет в то же время и некоторые общие черты. Системный анализ элементов, образующих данный комплекс, представляет немалый научный интерес.

2. Одной из общих черт комплекса является сходство приемов получения нужной информации, а также сходство результатов этой деятельности. Так, КоАП РФ, регламентируя процедуру установления правонарушений <1>, определяет: обстоятельства, подлежащие выяснению, т.е. предмет доказывания (событие административного правонарушения, лицо, его совершившее, виновность и т.д. - ст. 26.1); доказательства, которыми устанавливается правонарушение (любые фактические данные, устанавливающие обстоятельства, подлежащие доказыванию, - ст. 26.2); виды доказательств, используемых в этих целях, - объяснения правонарушителя, показания

потерпевшего и свидетелей (ст. 26.3), заключение эксперта (ст. 26.4), вещественные доказательства (ст. 26.6), документы (ст. 26.7). Эти доказательства оцениваются субъектом, производящим административное расследование, по внутреннему убеждению (ст. 26.11).

- -

<1> На эту деятельность согласно ст. 28.3 КоАП РФ управомочен ряд органов, осуществляющих наряду с административным расследованием и дознание, т.е. действующих и в уголовно-процессуальной сфере. Это органы внутренних дел, должностные лица таможенных и пограничных органов, должностные лица, осуществляющие государственный пожарный надзор, судебные приставы, органы ФСБ, госнаркоконтроля. Данное обстоятельство оказывает на органы административной юрисдикции определенное психологическое воздействие, способствуя сближению методов осуществляемой ими познавательной деятельности с методами деятельности уголовно-процессуальной.

Соответственно мерами обеспечения производства по делу об административных правонарушениях, т.е. способами получения доказательств, в соответствии со ст. 27.1 КоАП РФ являются: 1) досмотр (личный, вещей, транспортного средства, помещений, территорий, находящихся там вещей и документов); 2) изъятие вещей и документов; 3) медицинское освидетельствование на состояние опьянения; 4) арест товаров, транспортных средств и иных вещей; 5) привод и ряд других мер. Кодекс предусматривает и такие способы установления правонарушений, как направление запросов и поручение совершения отдельных действий (ст. 26.9), истребование необходимых сведений (ст. 26.10).

Также и ТК РФ предусматривает в ст. 366 определенные формы осуществления таможенного контроля: таможенный осмотр помещений и транспортных средств, таможенный досмотр товаров и транспортных средств, личный досмотр, осмотр помещений и территорий, таможенную ревизию, а гл. 36 ТК РФ предусматривает при проведении таможенного контроля назначение экспертиз и исследований.

Все эти нормы устанавливают достаточно детализированную систему административно-правового доказывания.

Обращает на себя внимание определенное сходство этих приемов доказывания и полученных доказательств с доказательствами и способами их получения, применяемыми в уголовном процессе.

Нечто подобное устанавливается и нормами Закона об ОРД. Одной из задач ОРД является выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений (ст. 2), для решения которой предусмотрено получение необходимой информации. Видами проводимых для этого ОРМ являются в соответствии со ст. 6 Закона об ОРД: опрос граждан, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений и ряд других. И здесь нельзя не заметить определенного сходства названных приемов с такими следственными действиями, как допрос, назначение экспертизы, предъявление для опознания, осмотр, обыск, выемка.

Закон РФ "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" разрешает применять в целях сбора искомых сведений такие приемы, как опрос граждан и должностных лиц (с их согласия), наведение справок, изучение предметов и документов (с письменного согласия их владельцев), внешний осмотр строений, помещений и других объектов, наблюдение, а также кино- и фотосъемку, видео- и аудиозапись (ст. 5). Здесь также просматривается некоторое сходство со следственными действиями.

Общность указанных приемов и, в известной мере, полученных результатов, не должна вызывать недоумения. В любом познавательном процессе, направленном на установление правонарушения, предметом исследования являются следы, оставленные событием, а само исследование представляет собой отражательный процесс. Как уже отмечалось в литературе, заключенная в следах информация обладает определенными типическими свойствами. Поэтому для ее извлечения могут быть применены соответствующие особенностям следов приемы "фактофиксирующего" познания, хорошо изученные в гносеологии, - расспрос, наблюдение, сравнение, измерение, эксперимент, моделирование и описание <1>. Однако форма применения этих приемов будет различной в разных сферах познания, что находит объяснение в более или менее строгом режиме получения знаний в каждой из них. В целом можно утверждать, что только в сфере доказывания, осуществляемом в судопроизводстве, эти приемы облечены в строгую форму и подкреплены достаточными гарантиями, имеющими целью обеспечить получение достоверной информации, необходимой для решения более ответственных социально значимых задач. Например, допросы, экспертизы по уголовному делу осуществляются по значительно более сложным правилам, нежели аналогичные приемы в административном производстве. Также и изъятие нельзя отождествлять с выемкой, а допрос - с обыском. В сфере же ОРД форма применения сходных приемов в законе не регламентирована вообще (они проводятся в порядке, предусмотренном ведомственными подзаконными актами). Полностью отсутствует правовая форма применения познавательных приемов при осуществлении частной детективной деятельности.

- -

<1> Подробнее см.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 9 - 19.

3. Тем не менее непроцессуальная информация может быть использована в доказывании по уголовному делу. Не претендуя на всестороннее освещение этой проблемы, которой в каждой из обозначенных выше сфер правоприменения посвящена обширная литература, попытаемся выявить то общее, что позволяет использовать результаты, полученные в каждой сфере, для установления истины. Самым общим аргументом в пользу суждения о возможности использования непроцессуальных познавательных мероприятий в целях доказывания служит получение с их помощью информации, которая обладает одним из свойств уголовно-процессуальных доказательств - свойством относимости, ибо указывает на факты, образующие предмет доказывания по уголовному делу. Так, при осуществлении административно-юрисдикционной деятельности нередко выявляются признаки правонарушения, за совершение которых установлена не административная, а уголовная ответственность. Так бывает в случаях, когда выясняется, что правонарушение, которое, как предполагалось, носит административно-правовой характер, в действительности содержит в себе признаки преступления. К примеру, в момент выявления факта незаконного оказания финансовой поддержки избирательной кампании (ст. 5.20 КоАП РФ) не всегда ясен размер поддержки, в то время как ее крупный размер образует состав преступления (ст. 141 Уголовного кодекса РФ (УК РФ)).

Также не всегда ясно, осуществлялась ли подделка подписей избирателей единолично лицом, осуществлявшим сбор подписей (ст. 5.46 КоАП РФ), или группой лиц (ст. 142 УК РФ). Подобно этому порой трудно определить размер незаконно приобретенных, хранимых, перевозимых, изготавливаемых, перерабатываемых наркотических средств (ст. 6.8 КоАП РФ), в то время как их крупный размер при аналогичных действиях образует состав преступления (ст. 228 УК РФ). От характера последствий нарушения санитарно-эпидемиологических правил, не всегда очевидных, зависит отнесение их к административным правонарушениям (ст. 6.6 КоАП РФ) либо к преступлениям (ст. 236 УК РФ). Как известно, мелкое хищение (ст. 7.27 КоАП РФ)

отличается от кражи (ст. 158 УК РФ) размером похищенного, который не всегда очевиден. Сходные пограничные ситуации обнаруживаются при анализе экологических правонарушений (порча земли, лесонарушений и т.д.), правонарушений на транспорте и в области дорожного движения (нарушение правил дорожного движения и др.), в сфере предпринимательской деятельности и таможенного дела (фиктивное или преднамеренное банкротство, контрабанда и проч.), против порядка управления и общественной безопасности (самоуправство, хулиганство и т.п.).

В подобных случаях возникает проблема перехода от административного к уголовно-процессуальному производству.

Согласно Закону об ОРД оперативно-розыскная деятельность изначально нацелена не только на получение данных, важных для подготовки и проведения следственных действий, выявление признаков преступлений, становясь поводом и основанием возбуждения уголовного дела (ст. 11), но и на раскрытие преступления, т.е. на получение данных, подтверждающих факт совершения преступления и указывающих на лиц, их совершивших (ст. 2). Последнее означает, что результаты ОРМ могут содержать относимую доказательственную информацию и поэтому при определенных условиях быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, как это определено ст. 11 Закона об ОРД.

Закон РФ "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" одним из видов этой деятельности называет сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса (п. 7 ст. 3). Исследовав ряд существенных признаков частной детективной деятельности, В.Г. Семенов обоснованно, на наш взгляд, определяет ее как предусмотренный законодательством отдельный вид юридической лицензируемой деятельности по оказанию услуг юридическим и физическим лицам на возмездной договорной основе в целях защиты их прав и законных интересов <1>.

- -

<1> См.: Семенов В.Г. Частная детективная деятельность при расследовании преступлений. М., 2006. С. 20.

Рассматриваемый Закон не устанавливает обязанности частных детективов передавать органам расследования и суду полученные ими в ходе сыскной деятельности сведения по уголовному делу. Эти органы лишь уведомляются частным детективом письменно в течение суток о заключении контракта с клиентом на сбор таких сведений. Частное детективное предприятие отчитывается о результатах проделанной работы только перед клиентом (ст. 9). Но по логике вещей клиент вправе просить управомоченный государственный орган использовать собранные детективом сведения в целях доказывания. Полученные им от детектива результаты опроса, изучения предметов и документов, результаты осмотра объектов, данные фото- и киносъемки, видео- и аудиозаписи могут быть представлены органу расследования с ходатайством придать им доказательственное значение. Таким образом, возможность использования непроцессуальной информации в целях доказывания возникает и здесь. С учетом этого целесообразно дополнить положения ст. 86 УПК РФ правом неофициальных участников процесса собирать предметы и документы с помощью частного детектива, как это предложено в литературе <1>.

- -

<1> См.: Соловьев А.Б., Семенов В.Г. Использование результатов частной детективной деятельности при расследовании преступлений // Уголовное право. 2005. N 5. С. 83 - 85.

4. Однако проблема эта весьма непроста. Важно подчеркнуть, что традиционное для теории доказательств отрицание доказательственного значения непроцессуальной информации в ее первоначальном виде сохраняет свое значение и сейчас. Взятые сами по

себе данные, полученные в результате оперативно-розыскной, административно-процессуальной и частной детективной деятельности, доказательствами не являются, ибо не соответствуют нормативному определению доказательства, а также предписаниям ст. 89 УПК РФ, согласно которой в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ <1>.

- -

<1> Иной позиции придерживаются Б.Т. Безлепкин (см.: Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. 1991. N 8. С. 101), Д.И. Бедняков (см.: Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. С. 67) и ряд современных исследователей, о чем говорилось в гл. 3 монографии.

Обязательным свойством доказательства помимо относимости является свойство допустимости, означающее, что доказательство получено из надлежащего источника, управомоченным лицом, законным способом и облечено в надлежащую форму. Свойство допустимости настолько важно, что оно впервые в истории нашей страны получило закрепление в Конституции РФ, а затем и в УПК РФ (ст. 75). И это не удивительно. Требование допустимости имеет своей целью обеспечить надежность, достоверность используемых в процессе доказательств, неправомерность использования в доказывании информации об обстоятельствах дела, полученной с нарушением процессуальной формы и поэтому порождающей неустранимые сомнения в своей достоверности. Следовательно, допустимость доказательств - это существенная гарантия установления истины. В принципе возможно, что недопустимое по форме доказательство объективно содержит достоверные сведения. Однако сомнения в их достоверности, обусловленные нарушением процессуальной формы, всегда сохраняются, что приводит к непригодности такого доказательства для целей установления истины.

Любой вид непроцессуальной информации не обладает свойством допустимости. В первую очередь это объясняется способами ее получения, свободными от формы, накладываемой уголовно-процессуальным законом на приемы познания, вследствие чего полученные результаты всегда являются менее надежными, чем полученные процессуальным путем.

5. Поэтому введение в уголовный процесс непроцессуальной информации в качестве доказательства возможно лишь при условии неуклонного соблюдения основных постулатов доказательственного права и теории доказательств, в частности требований, определяющих допустимость доказательств.

Одним из них является требование проверяемости доказательства. Статья 70 УПК РСФСР ранее устанавливала, что все собранные доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке со стороны лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда. Действующий УПК РФ выделяет требование о проверке доказательств в отдельную норму (ст. 87). Это значит, что управомоченные органы должны иметь возможность проследить весь путь формирования доказательств, чтобы убедиться в надежности источника и в том, что в этом процессе не произошло искажения сведений, содержащихся в доказательстве. Из нормативного определения доказательства и положения п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ вытекает общее правило: фактические данные неизвестного происхождения ни при каких условиях не могут стать доказательствами. Применительно к результатам ОРД эта мысль с достаточной определенностью выражена в Инструкции от 17 апреля 2007 г. Согласно приложению 2 к Инструкции в постановлении оперативно-розыскного органа о представлении этих результатов адресатам должно быть указано: когда, где, в результате какого оперативно-розыскного мероприятия и какие именно получены результаты. Это положение представляется особенно важным при разрешении проблемы преобразования в доказательства данных, полученных посредством ОРМ. Последние в значительной своей части являются негласными и осуществляются на

строго конфиденциальной основе, а многие из полученных сведений в соответствии со ст. 12 Закона об ОРД составляют государственную тайну, причем рассекречивание возможно лишь на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. Кроме того, на рассекречивание требуется согласие лиц, внедренных в организованные преступные группы, штатных негласных сотрудников органов, осуществляющих ОРД, а также лиц, осуществлявших им конфиденциальное содействие. Поэтому в случае невозможности рассекречивания сведения, при всей их значимости, не могут быть преобразованы в доказательства. Органу расследования придется искать другие пути установления интересующих его фактов. Важнейшим в рассматриваемом аспекте является положение о том, что представляемые доказательства должны иметь форму, предписанную уголовно-процессуальным законом, т.е. относиться к одному из закрепленных в законе видов доказательств (ч. 2 ст. 74 УПК РФ).

6. Какими же доказательствами могут стать результаты ОРД? В известной мере об этом говорит сам характер проводимых с этой целью оперативно-розыскных мероприятий (ст. 6 Закона об ОРД). Так, опрос граждан и наведение справок могут выявить свидетелей по делу, подлежащих допросу. Проверочная закупка, производимая для установления сбыта оружия, наркотиков, фальсификации продаваемого товара или иных преступлений в сфере финансовой либо торговой деятельности, может сопровождаться письменной фиксацией акта закупки, а также аудио- и видеозаписью. Результаты этого ОРМ могут быть представлены следователю в качестве иных документов, а также приобретенных предметов. Наблюдение, т.е. фиксация поведения и действий лица, подозреваемого в преступной деятельности, его связей, образа жизни, может быть отражено в каком-либо оперативном служебном документе, а также с помощью киносъемки, видеозаписи и средств электронного наблюдения. В этом случае речь также может идти о представлении иных документов.

Отождествление личности, т.е. идентификацию лица или трупа, а также похищенных вещей, орудий преступления и т.д., учитывая конспиративный характер данного ОРМ, неправомерно приравнивать к предъявлению для опознания (ст. 193 УПК РФ). Оперативное отождествление документируется, однако наиболее надежной формой реализации его результатов в доказывании станет процессуальное действие - допрос лица, негласно отождествившего соответствующий объект <1>.

- -

<1> В этом случае процессуальное предъявление для опознания объекта лицу, ранее оперативно его отождествившему, становится невозможным, так как мысленная идентификация уже произошла. Но этот объект может быть предъявлен другим лицам, способным его опознать.

Негласным оперативно-розыскным путем может производиться обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. При этом оперативным работником могут быть обнаружены следы преступления, орудия совершения преступления, иные предметы, имеющие отношение к делу. В этом случае следователю могут быть представлены вещественные результаты оперативного обследования, в частности предметы, документы либо слепки, оттиски следов, видеозаписи, киносъемки, которые могут стать вещественными доказательствами и иными документами.

В результате контроля почтовых отправлений, т.е. конспиративного их просмотра, оперативный работник может представить следователю изъятый документ - письмо, телеграмму, иное отправление, содержащее важную для дела информацию, либо изготовленную его копию, а также оперативно-служебный документ, отражающий содержание проведенного ОРМ. Представленные почтовые отправления станут иным документом, а предметы - вещественным доказательством.

Особой сложностью отличается оперативный эксперимент. В науке не сложилось четкого определения этого ОРМ. Наиболее распространенным является представление о нем как об опытном действии, направленном на проверку данных о намерении лица совершить тяжкое преступление и о легендированных шагах навстречу его желанию (например, получить взятку), с тем чтобы осуществить захват с поличным непосредственно при совершении преступления. Результатом этого ОРМ может быть изъятие предметов (например, меченых купюр). Следователю могут быть представлены изъятые предметы, аудиозаписи переговоров оперативного работника, другого лица с потенциальным обвиняемым и иные документальные материалы. Кроме того, возможен допрос участников оперативного эксперимента об обстоятельствах его проведения <1>.

- -

<1> Ю.В. Кореневский правильно обращает внимание на "деликатность" этого ОРМ, по существу представляющего собой вмешательство оперативных служб в процесс совершения преступления - взятие его под контроль (см.: Кореневский Ю.В. Указ. соч. С. 71).

В той или иной мере изложенные соображения относятся и к другим ОРМ, предусмотренным ст. 6 Закона об ОРД.

С учетом сказанного непроцессуальная информация может быть введена в дело не в виде любого доказательства, а только в виде вещественных доказательств и иных документов. Это объясняется тем, что предметы и документы вводятся в уголовный процесс при определенном преобразовании доказательственной информации, но с сохранением своей изначальной формы, между тем как любая другая информация, содержащаяся в следах события, в ходе следственного действия всегда полностью преобразуется, принимает иную форму (образы памяти, "предметная" информация преобразуются в описание). Не случайно закон говорит о представлении обвиняемым и другими неофициальными участниками процесса именно предметов и документов (ч. 2 ст. 86, ст. 286 УПК РФ). По логике вещей непроцессуальная информация не может быть интерпретирована как показания обвиняемого, подозреваемого, заключение эксперта, протокол следственного действия, ибо все эти виды доказательств формируются на основе непосредственного или опосредованного восприятия следов события, обнаруженных процессуальным (не оперативно-розыскным) способом.

Наконец, важнейшим условием трансформации непроцессуальной информации в доказательства определенного вида является применение предусмотренного законом способа получения доказательств. Этот момент специально подчеркивается в ст. 11 Закона об ОРД: "Результаты оперативно-розыскной деятельности могут... использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств". Заметим, что принятый ранее, 13 марта 1992 г., Закон об ОРД решал этот вопрос иначе. Статья 10 данного Закона устанавливала, что результаты ОРД могут быть использованы в качестве доказательства "после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством". Из этого следовало, что результаты ОРД изначально как бы считались доказательством, которое оставалось только проверить. Теперь же акцент в новой формуле следует сделать на собирании доказательств, ибо именно на этом этапе доказывания происходит их формирование. Данное положение Закона об ОРД вполне применимо, на наш взгляд, к доказательственным материалам, полученным в процессе административного производства и частной детективной деятельности.

Подтверждение этому находим в ТК РФ, ст. 392 которого устанавливает: "Результаты проведения таможенного контроля... могут быть признаны в качестве доказательств по уголовным... делам... наряду с другими доказательствами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации..." Можно считать,

что последняя часть этой формулы, соответствующая ст. 11 Закона об ОРД, означает, что полученные в ходе таможенного контроля доказательственные материалы - результаты таможенного осмотра, досмотра товаров и транспортных средств, осмотра помещений и территорий, заключения экспертов и т.п. - должны быть преобразованы в доказательства по уголовному делу с применением уголовно-процессуальных средств, предназначенных для собирания доказательств.

7. Вопрос о способах преобразования непроцессуальной информации в доказательства в уголовно-процессуальном смысле заслуживает более подробного освещения.

Решение этого вопроса зависит от того, на какой стадии уголовного процесса в поле зрения органа расследования появляется значимая непроцессуальная информация.

Она может появиться в стадии возбуждения уголовного дела. На этом этапе процесса прокурор и органы расследования рассматривают поступившие к ним сообщения и определяют, содержатся ли в них достаточные данные, указывающие на признаки преступления, т.е. основания к возбуждению уголовного дела. Можно спорить о том, есть ли в этой стадии доказывание (или оно начинается лишь в стадии предварительного расследования), но бесспорно, что для решения вопроса о возбуждении уголовного дела необходимы убедительные фактические данные, указывающие на признаки преступления. Поскольку такие данные получены законными способами, они, на наш взгляд, обладают нормативно-определенными признаками доказательств.

Деятельность органов милиции, пограничной и таможенной службы, госпожнадзора, госнаркоконтроля, обнаруживших в процессе административного разбирательства при описанных выше ситуациях признаки преступления, представляет собой один из поводов к возбуждению уголовного дела, а именно непосредственное обнаружение управомоченным органом признаков преступления (такой смысл повода вытекает из анализа ст. 143 УПК РФ). Следует подчеркнуть, что использование материалов административной деятельности этих органов в целях доказывания обычно ограничивается именно стадией возбуждения уголовного дела, ибо неясность в "принадлежности" правонарушения административному или уголовному процессу возникает в начальный момент производства по делу, при выявлении признаков правонарушения.

Как известно, уголовно-процессуальный закон, раскрывая содержание оснований возбуждения уголовного дела, не предписывает данным о признаках преступления строго определенной формы. Можно считать, что такой формой являются поводы к возбуждению уголовного дела, и в частности письменные или устные сообщения (ст. 141 УПК РФ), материалы, непосредственно обнаруженные органами, осуществляющими административную деятельность, а также материалы, полученные в ходе предусмотренной законом (ч. 1 ст. 144 УПК РФ) проверки наличия оснований для возбуждения уголовного дела.

В соответствии с ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД результаты ОРД "могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела". Согласно ст. 7 Инструкции от 17 апреля 2007 г. они представляются в виде рапорта об обнаружении признаков преступления или сообщения о результатах ОРД, а ст. 10 требует наряду с этим и вынесения постановления оперативного органа об их представлении, один экземпляр которого остается в материалах оперативного органа, а второй направляется адресату - процессуальному органу <1>. К рапорту или сообщению в соответствии со ст. 17 названной Инструкции могут прилагаться "вещественные" результаты ОРМ - фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, акты, справки, другие документы, а также иные материальные объекты. Такими материалами могут выступать результаты различных ОРМ, в том числе и таких, как проверочная закупка, контролируемая поставка, оперативный эксперимент и др. Большая часть этих материалов в качестве поводов и

оснований возбуждения уголовного дела выступает в форме документов - сообщений о совершенном или готовящемся преступлении (п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК РФ).

- -

<1> Этого не требовала ранее действовавшая Инструкция от 13 мая 1998 г., согласно которой постановление о представлении результатов ОРД выносилось в одном экземпляре и не направлялось органу расследования. Отсутствие у органа расследования постановления о представлении материалов, в котором обосновывалась их доказательственная ценность, затрудняло решение вопроса о принятии материалов в качестве доказательств.

Что же касается материалов, полученных в процессе деятельности частных детективных предприятий, они, судя по имеющимся данным, обычно попадают в поле зрения управомоченных органов на более позднем этапе процесса - в стадии предварительного расследования.

8. Иной является процессуальная форма введения в уголовный процесс непроцессуальной информации на стадии предварительного расследования.

Как уже отмечалось, закон устанавливает, что помимо непосредственного собирания и истребования доказательств органом расследования, прокурором и судом доказательства могут быть представлены подозреваемым, обвиняемым, защитником, обвинителем, а также потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями. Фактически представление - это единственный канал получения в уголовном процессе доказательств извне. Следовательно, любой участник процесса, а также орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, для введения в уголовный процесс ее результатов может использовать именно данный канал. Не случайно Инструкция от 17 апреля 2007 г. именуется Инструкцией о порядке представления результатов ОРД. Поэтому вызывает возражение позиция Е.А. Доли, полагающего, что производство следственных и судебных действий является единственным законным способом собирания доказательств в уголовном процессе <1>. Следуя такому представлению, автор считает, что материалы оперативной видеозаписи должны быть восприняты в ходе ее просмотра в рамках следственного осмотра <2>. Полагаем, однако, что факт представления видеограммы и ее содержание должны быть отражены в протоколе ее представления (необходимость составления такого протокола в подобных ситуациях обоснована в гл. 5 монографии). Осмотр для этой цели неприменим, ибо он не предусматривает отражения: 1) факта представления видеограммы; 2) лица, представившего ее; 3) происхождения видеограммы.

- -

<1> См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 35.

<2> Там же. С. 78.

Полемизируя с автором настоящей работы по этому вопросу, А.Б. Соловьев поддерживает позицию Е.А. Доли <1>, но, как и Е.А. Доля, не учитывает того, что в соответствии с законом (ч. 1 ст. 86 УПК РФ) доказательства могут собираться "путем производства следственных И ИНЫХ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ" (выделено мной. - С.Ш.). Таким процессуальным действием и является представление (и, соответственно, принятие) доказательств органом расследования.

- -

<1> См.: Соловьев А.Б. Актуальные проблемы досудебных стадий уголовного судопроизводства. М., 2006. С. 348, 349.

Как отмечено в гл. 5 монографии, сотрудники оперативно-розыскных органов обязаны, при наличии необходимых условий, представлять доказательства органам, ведущим производство по делу, в то время как применительно к неофициальным

участникам речь идет о праве представления доказательств. Общим в этих случаях является лишь то, что фактически представляются не доказательства, а предметы и документы, которым еще предстоит получить статус доказательств.

По-видимому, исходя из государственной обязанности оперативно-розыскных органов принимать меры для выявления и раскрытия преступлений (ст. 2 Закона об ОРД), установлена специальная форма представления результатов ОРМ, о которой умалчивает УПК РФ: оно осуществляется на основе постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. Из содержания Инструкции от 17 апреля 2007 г. видно, что в постановлении должны быть приведены обстоятельства получения фактических данных, которые будут определять допустимость доказательства. В нем должно содержаться и предложение приобщить представляемые материалы к делу.

В то же время постановление само по себе не предопределяет введение данных оперативно-розыскного происхождения в систему доказательств. Вопрос о принятии этих данных должны решать следователь, прокурор, суд. Они могут вынести постановление (определение) об отказе в приобщении материалов ОРД, если найдут их не относящимися к делу или не удовлетворяющими требованиям допустимости (например, при неизвестности происхождения тех или иных данных). Наряду с этим лицо, производящее расследование, и суд вправе истребовать из оперативно-розыскного органа значимые для дела результаты ОРД, полученные по их заданию. По-видимому, такое истребование будет возможным лишь в случае, когда не будут нарушены требования конспирации или когда оперативно-розыскной орган согласен на рассекречивание сведений.

9. С учетом сказанного выше правила представления результатов ОРД оперативными органами и принятие их органами расследования можно рассматривать как нормативный комплекс, охватывающий как предписания Закона об ОРД, так и нормы УПК РФ и вытекающие из них положения. Этот комплекс должен, как представляется, удовлетворять следующим требованиям:

- предметы и документы должны быть получены оперативным органом с соблюдением Закона об ОРД (в частности, там, где необходимо по решению суда) <1>;

- -

<1> Требование соблюдения надлежащего порядка получения непроцессуальной информации как предпосылки придания ей доказательственного значения имеет универсальное значение и должно распространяться также и на материалы, полученные в процессе административного производства и частной детективной деятельности.

- факт их получения оперативным органом должен быть удостоверен соответствующим оперативно-служебным документом (рапортом);

- предметы и документы направляются органу расследования с постановлением оперативного органа, в котором обосновывается доказательственное значение и происхождение представляемого объекта;

- при получении материального объекта он должен быть осмотрен следователем (дознавателем), фонограмма прослушана, кинофильм или видеограмма просмотрены с участием понятых. Эти действия должны быть отражены в протоколе представления предметов и документов с отражением происхождения и отличительных признаков объектов;

- признав результат ОРД относимым и удовлетворяющим требованиям допустимости, следователь (дознаватель) выносит постановление о приобщении его к делу, а в противном случае - отказывает в этом. Решению может предшествовать проведение следственных действий, направленных на проверку допустимости объекта (например, проведение фоноскопической экспертизы фонограммы). В такой ситуации момент принятия материала и момент приобщения к делу могут не совпадать.

Что же касается материалов, полученных от предприятий, осуществляющих частную детективную деятельность, их использование неофициальными участниками процесса в

целях доказывания реализуется в виде представления клиенту отчета детективной службы и приложенных к нему кино- и фотоснимков, видео- и аудиозаписей и последующего ходатайства участника процесса о приобщении этих материалов к делу либо о производстве соответствующих следственных действий.

Применительно к представлению доказательственных материалов органом, осуществляющим ОРД, и принятых расследованием, возникает вопрос: сохраняют ли предметы и документы свое первоначальное качество? Представляемыми предметами могут быть результаты оперативной фото- и киносъемки, звуко- и видеозаписи. Полагаем, что материалы наглядно-образного отображения значимых для дела фактов (фото- и киносъемка, видеозапись) должны приобщаться к делу в качестве вещественных доказательств, а звуковые отображения (звукозапись) - в качестве иного документа, так как в отличие от вещественных доказательств в последнем случае информация передается с помощью знаков - слов <1>. В процессе последующего доказывания эти материалы сохранят свое первоначальное качество, т.е. останутся вещественными доказательствами и документами.

- -

<1> На последующей стадии предварительного расследования некоторые из полученных данных в результате применения процессуальных способов получения доказательств приобретут иную форму и станут показаниями, т.е. доказательствами в уголовно-процессуальном смысле.

Могут быть представлены и письменные документы, полученные в процессе проведения ОРМ, - справки о результатах исследования предметов и документов, а также протоколы таких ОРМ, как проверочная закупка, наблюдение, отождествление личности, исследование помещений и других объектов, контроль почтовых и телеграфных сообщений. К этим документам могут быть приложены и предметы - ксерокопии почтовых отправлений, накладных, отражающих движение ценностей, впоследствии уничтоженных преступниками, и т.д.

И в этом случае представленные материалы станут либо иными документами (справки и протоколы), либо вещественными доказательствами (приложения) и останутся впоследствии в деле в этом процессуальном качестве.

Наряду с представлением предметов и документов орган, осуществляющий ОРД, может направить следователю (дознавателю) сообщения, которые могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий (ч. 1 ст. 11 Закона об ОРД). Но представление сведений, которые несут лишь ориентирующую информацию, нельзя отождествлять с представлением доказательств <1>. Тем не менее такие сведения также могут способствовать успеху расследования. Так, сообщение о том, что лицо, оказывающее содействие оперативно-розыскным органам на конфиденциальной основе, наблюдало значимые для дела обстоятельства, может стать основанием для допроса этого лица в качестве свидетеля. Может также быть допрошен и оперативный работник об обстоятельствах получения информации при проведении им ОРМ. Точно также сообщение о месте совершения преступления, хранения похищенных ценностей и т.п. может стать частью оснований проведения осмотра, обыска и выемки. Процессуальная форма представления сведений такого рода может ограничиваться письменным сообщением, направляемым органу расследования.

- -

<1> Возражая против этого, А.Б. Соловьев вслед за Е.А. Долей и Ю.В. Кореневским считает, что оперативно-розыскная информация может быть введена в уголовное дело также и в виде показаний, так как лицо, осуществляющее ОРМ или содействующее ему в этом, может быть допрошено в качестве свидетеля (см.: Соловьев А.Б. Актуальные проблемы досудебных стадий уголовного судопроизводства. С. 344). Это, конечно, верно, но в этом случае представляется лишь ориентирующая информация, которая так ею и останется, не превратившись в показание.

В целях проверки представленных предметов и документов следователь, дознаватель могут проводить следственные действия, направленные на получение новых доказательств. Так, звуко- и видеозапись могут быть подвергнуты экспертизе на предмет отождествления голоса и изображения, для проверки справки о результатах проведенного специалистом исследования следователь может назначить экспертизу и получить новое доказательство - заключение эксперта. Точно так же для проверки протоколов ОРД (например, наблюдения, обследования помещений) могут быть допрошены свидетели, произведен осмотр или обыск соответствующего объекта <1>. Но было бы неправильным считать, что ранее представленные доказательства преобразуются этим в новую процессуальную форму. В действительности вновь сформированные доказательства существуют наряду с ранее представленными, сохраняющими свое значение вещественными доказательствами и иными доказательствами и могут подтверждать (или опровергать) подлинность первых <2>.

- -

<1> Сложнее обстоит дело с представлением протокола отождествления личности, так как по общему правилу оперативное отождествление делает практически невозможным последующее предъявление для опознания, осуществляемое в процессуальной форме.

<2> Иначе считает Е.А. Доля, полагая, что негласная видеозапись может стать основой для формирования такого вида доказательства, как заключение эксперта (см.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 82). Фактически речь идет о проверке видеодокумента с помощью экспертизы, а не о преобразовании первого во второй.

10. Заключая изложенное, сформулируем краткие выводы.

А. Непроцессуальная познавательная деятельность наряду с доказыванием в уголовном процессе образует своеобразный познавательный комплекс, элементы которого, различаясь принадлежностью к различным сферам фактоустанавливающей деятельности, имеют некоторые общие черты, обусловленные общими закономерностями познания.

Б. Результаты административно-процессуальной деятельности милиции, таможенных и других органов, ведущих эту деятельность, могут быть введены в уголовный процесс главным образом как результаты непосредственного обнаружения признаков преступления органом дознания, а в процессе доказывания могут приобрести значение вещественных доказательств и иных документов.

В. Результаты частной детективной деятельности могут быть представлены клиентом детективного предприятия - участником процесса органу расследования в качестве документов с ходатайством о приобщении их к делу либо с ходатайством о допросе свидетелей, выявленных детективом.

Г. Результаты ОРД могут на основании постановления органа, ее осуществляющего, также быть представлены органу расследования в целях придания им доказательственного значения. Принятие этих материалов органом расследования в качестве доказательств будет возможным, если при их получении были соблюдены требования Закона об ОРД и удалось выявить происхождение доказательственной информации.

Д. Представленные оперативными органами доказательственные материалы могут быть приняты органом расследования только в качестве вещественных доказательств (ст. 82 УПК РФ) и иных документов (ст. 84 УПК РФ). Проведенные в процессе доказывания следственные действия по проверке этих доказательств не преобразуют их процессуальной формы и не вытесняют их из доказывания, а имеют целью посредством получения новых доказательств подтвердить или опровергнуть содержащиеся в вещественных доказательствах и иных документах сведения.

Глава 7. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ И СУДЕБНОЕ СЛЕДСТВИЕ ПО УПК РФ: ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ

1. Принятие УПК РФ, нацеленного на утверждение судебной власти, повышение ее роли в разрешении социальных конфликтов, на последовательную реализацию принципа состязательности сторон, устранило существовавшее прежде искаженное соотношение между досудебным и судебным производством. Материалы расследования перестали, как это было прежде, предопределять собой решения суда, который просто "штамповал" обвинительные заключения, перенося их содержание в свой приговор. И это, конечно, важное направление реформирования нашей правовой системы, означающее, что суд, перестав быть придатком административно-командной системы, превращается в орган подлинно независимой судебной власти, как это предусмотрено Конституцией РФ.

2. Изменение функций и повышение авторитета суда закономерно потеснили прерогативы органов расследования. Ушел в прошлое институт возвращения судом дела на дополнительное расследование, фактически ставивший суд в положение органа, восполняющего пробелы обвинения. Утвердился и расширяет сферу своего действия судебный контроль за действиями и решениями органов расследования (как предварительный, так и последующий). К тому же собранные следователем доказательства могут быть исключены из доказывания вследствие признания их судом недопустимыми.

3. Но означает ли все это, что предварительное следствие утрачивает свое значение, что собранные следователем доказательства в ходе судебного разбирательства остаются как бы в тени, поскольку суд, руководствуясь принципами состязательности и непосредственности, исследует доказательства, представленные ему сторонами, и именно на них, а не на материалах расследования, строит свои выводы. Этот вопрос требует более обстоятельного рассмотрения, анализа некоторого нормативного и исторического материала.

4. В судопроизводстве стран англо-саксонской правовой системы досудебное преследование, осуществляемое потерпевшим, полицией или прокуратурой, сопровождалось сбором информации для последующего представления ее в суд. Однако материалы, полученные в досудебном производстве в форме записей, протоколов, официальных документов, фотографий, фонограмм, могли быть признаны доказательствами лишь при представлении их в суд, который обязан был для решения этого вопроса проверить соблюдение ряда условий, касающихся их получения и содержания, т.е. относимости и допустимости (ст. VIII - X Федеральных правил о доказательствах США). До их представления в суд они доказательствами не считались. Как мы уже отмечали, такую позицию занимают и некоторые современные авторы (см. гл. 3 монографии).

В странах континентальной правовой системы познавательная деятельность органов расследования осуществляется в процессуальной форме, а порядок получения и закрепления доказательств подчинен достаточно строгой регламентации. Но и здесь признание фактических данных, полученных в ходе процессуальных действий, доказательствами по делу сопряжено с определенными проблемами.

Наиболее существенная проблема - недостаточная надежность доказательств, полученных вне судебного контроля. В практике органов расследования континентальных стран показания допрошенных полицией лиц нередко признаются не заслуживающими доверия ввиду жалоб допрошенных на применение незаконных приемов допроса (ссылки на это встречаются во многих решениях Европейского суда по правам человека). Критическое отношение к доказательствам, полученным на досудебных стадиях, ярко проявляется в теоретических воззрениях на доказывание, сложившихся в процессуальной доктрине ФРГ. Там деятельность полиции и прокуратуры по собиранию и использованию

доказательств называют свободным доказыванием, целью которого является не доказанность обвинения, а обоснование достаточного или серьезного подозрения, указывающего на вероятность осуждения. Соответственно, методы доказывания включают не только проведение предусмотренных законом следственных действий, но и непроцессуальные (в том числе агентурные) приемы познания. В то же время аналогичная деятельность в суде, направленная на установление истины и осуществляемая в строгой процессуальной форме, именуется строгим доказыванием <1>.

- -

<1> См.: Филимонов С.А. Указ. соч. С. 25 - 35.

Как отмечают многие исследователи, с принятием в России Устава уголовного судопроизводства 1864 г. (УУС) в теории и практике доказывания проводилась довольно четкая грань между понятием доказательств в широком значении данного термина и "судебными" или "уголовно-судебными доказательствами". Значимые для дела фактические данные, полученные до судебного разбирательства, еще не признанные судом отвечающими всем требованиям закона относительно их допустимости, считались просто доказательствами. Уголовно-судебными же признавались только доказательства, которые с соблюдением установленных законом правил представлены в уголовный суд и допущены им в процесс судебного исследования обстоятельств дела <1>.

- -

<1> В дореволюционной литературе такой позиции придерживались С.В. Познышев (см.: Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913. С. 193), В. Случевский (см.: Указ. соч. С. 517) и другие авторы. На это же обращают внимание и современные исследователи (см.: Кудрявцев В., Трусов А. Политическая юстиция в СССР. М., 2000. С. 195, 196).

Следует, однако, иметь в виду, что по Уставу 1864 г. предварительное следствие представляло собой деятельность, строго регламентированную законом. Согласно ст. 249 УУС оно производилось судебным следователем, который, как предусмотрено ст. 266, должен был принимать меры, необходимые для собирания доказательств. С этой целью он производил следственные действия (осмотры, освидетельствования, обыски, выемки, допросы обвиняемых и свидетелей и др.), отражая полученные результаты в протоколе (ст. 467 - 475 УУС). Таким образом, уже на этой стадии происходило формирование доказательств.

Но сохраняли ли полученные судебным следователем доказательства свое значение для суда, иными словами, являлись ли они "уголовно-судебными", могли ли служить доказательственной основой разрешения дела судом после их проверки? Ответ на этот вопрос вытекает из процессуального положения судебного следователя. Он, как известно, являлся по должности членом окружного суда, входил в ведомство юстиции, т.е. был представителем судебной власти, действовал под контролем суда. Если собранные полицией фактические данные по общему правилу не являлись до суда доказательствами (таковыми они могли стать после их дополнения и проверки следователем), то данные, собранные следователем и исследованные судом, могли быть положены в основание приговора, так как являлись "уголовно-судебными" доказательствами.

5. Сходное положение сохранилось в послеоктябрьские годы. Уголовно-процессуальные кодексы 1922 и 1923 гг. предусматривали, что предварительное следствие осуществлялось следователями, состоящими при судах и действующими под их контролем, т.е. фактически воспроизводили модель следственного аппарата, созданную Уставом уголовного судопроизводства. И в этот период полученные ими материалы служили доказательствами по делу, а после исследования их в суде могли быть положены в основание приговора.

Однако такое соотношение предварительного и судебного следствия стало препятствием для поднявшейся в стране волны репрессий, осуществляемой партийной

верхушкой и органами госбезопасности под видом борьбы с "врагами народа" против действительных и мнимых противников курса ВКП(б). В этой ситуации не нужен был независимый суд и независимые же органы расследования. Начался этап усиления репрессивного следственного аппарата, фактически доминирующего над судом. Одним из проявлений этой линии стало изъятие в конце 20-х гг. XX в. следователей из ведомства юстиции и передача их в подчинение прокуратуры <1>.

- -

<1> См.: Кудрявцев В., Трусов А. Указ. соч. С. 221 - 231.

Принятые в середине 50-х гг. XX в. меры по устранению произвола и беззакония не затронули все же сложившуюся на протяжении предшествующих десятилетий систему взаимоотношений между досудебным и судебным производством, при которой контроль суда за предварительным следствием был крайне слабым и осуществлялся лишь при судебном разбирательстве уголовного дела. Именно в 1950-е гг. сложилась и просуществовала много лет практика "штамповки" судом обвинительных заключений, о которой упоминалось выше. В то же время, несмотря на утрату судебного контроля за предварительным следствием, доказательственные материалы, полученные на этом этапе процесса, и предъявленное на их основе обвинение, как и прежде, определяли в основном предмет и пределы судебного разбирательства.

Новый УПК РФ не возвратил следственный аппарат в лоно судебной власти, но, как отмечалось, закрепил и расширил судебный контроль за его деятельностью, упрочив этим важную роль суда в обществе.

В то же время за сведениями об обстоятельствах дела, полученных органами расследования с соблюдением надлежащей процедуры, сохранено значение доказательств. Доказывание согласно закону (ст. 85 УПК РФ) включает собирание доказательств, а оно наряду с судом осуществляется и органами расследования (ч. 1 ст. 86 УПК РФ). Определив понятие "доказательства" (ст. 74 УПК РФ), законодатель не разграничил их на "просто" доказательства и "судебные" доказательства. Многочисленные нормы Кодекса требуют как от дознавателя и следователя, так и от суда получать и использовать доказательства с соблюдением соответствующих правил.

Однако между доказательствами, полученными органами расследования и судом, есть существенные различия: только последние, будучи исследованными в суде, могут быть положены в основу приговора (ч. 3 ст. 240 УПК РФ).

Это дало основание ученым разграничить доказательства, используемые при производстве по уголовному делу, выделив "следственные" и "судебные" доказательства <1>. Но автор этой идеи - И.Б. Михайловская - не воспроизводит прежние представления о том, что подлинными доказательствами являются доказательства, исследованные судом, а доказательства, полученные на досудебном производстве, это еще не доказательства.

- -

<1> См.: Михайловская И.Б. Соотношение судебных и следственных доказательств // Государство и право. 2006. N 9. С. 39 - 47.

6. Подвергнув обстоятельному анализу соотношение "следственных" и "судебных" доказательств, И.Б. Михайловская пришла к правильному, на наш взгляд, выводу о том, что сведения, полученные в ходе предварительного расследования с соблюдением закона, даже и не исследованные в судебном разбирательстве, остаются доказательствами, так или иначе влияющими на принятие процессуальных решений <1>. Оглашение в суде протоколов следственных действий фактически, как считает автор, приравнивается к их исследованию судом <2>. Из этого следует, что доказательства, собранные органами расследования, хотя и не могут быть положены в основу приговора без их исследования в суде, все же создают доказательственную основу судебного разбирательства и во многом (не во всем) предопределяют принимаемые судом решения.

- -

<1> Там же. С. 40.
<2> Там же. С. 42.

Но признание в УПК РФ доказательственных материалов, собранных органами расследования, полноценными доказательствами в ряде случаев сопровождалось в новом законе неоправданной их недооценкой, а в практике, соответственно, ослаблением возможностей установления истины. Об этом свидетельствует сравнение ряда положений УПК РФ с оправдавшими себя на протяжении длительного времени процессуальными формами взаимоотношений следователя и суда.

7. Хотя, как отмечено ранее, функцию следователя нельзя трактовать как одностороннюю обвинительную деятельность, трудно отрицать, что следователь - это участник процесса на стороне обвинения, ибо кто, как не он, привлекает лицо в качестве обвиняемого и составляет обвинительное заключение, обосновывая в нем вину обвиняемого. В то же время нельзя отрицать и того, что законность и обоснованность предъявляемого обвинения могут быть обеспечены только при беспристрастном и в то же время всестороннем подходе к исследованию обстоятельств дела.

Помимо других, ранее изложенных (см. гл. 1 монографии), соображений это суждение подтверждается и новейшими изменениями уголовно-процессуального законодательства. Федеральным законом от 5 июня 2007 г. N 87-ФЗ "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон "О прокуратуре Российской Федерации" кардинально изменена роль прокурора на предварительном следствии: он не руководит теперь следственной деятельностью, передав эту роль новому субъекту процесса - руководителю следственного органа. И хотя этот участник процесса, как и прежний фигурант - начальник следственного отдела, причислен к стороне обвинения (п. 47 ст. 5 УПК РФ), можно предположить, что выведение следователя из-под руководства прокурора - главного субъекта уголовного преследования придаст работе следователя большую объективность.

Из вышесказанного следует, что, направляя дело в суд, лицо, производящее расследование, должно быть убеждено в виновности обвиняемого. В противном случае действует конституционное положение о том, что неустраненные сомнения толкуются в пользу обвиняемого. И в этом случае дело в суд направлять нельзя.

Эти, на наш взгляд, бесспорные положения приходят в противоречие с предписаниями ст. 220 УПК РФ, согласно которым в обвинительном заключении нет места анализу доказательств: следователь должен ограничиться лишь перечнем доказательств, подтверждающих обвинение, и перечнем доказательств, на которые ссылается сторона защиты. Такая конструкция, по-видимому, означает, что следователь может и не быть уверенным в виновности обвиняемого, рассчитывая на то, что суд в состязательном процессе сам решит, виновен обвиняемый или нет.

Между тем защита личности от необоснованного обвинения (ст. 6 УПК РФ) - это задача не только суда, но и органов расследования.

Чтобы не допустить необоснованного обвинения, следователь должен руководствоваться уже упоминавшимся постулатом логики: обосновать некое положение можно, лишь опровергнув противоположное. Отсюда вывод: следователь должен тщательно исследовать и опровергнуть с помощью доказательств доводы защиты (ранее этого требовала ст. 205 УПК РСФСР, что представляется вполне разумным), ибо в противном случае виновность обвиняемого не может считаться доказанной и должны наступать последствия, предусмотренные ст. 49 Конституции РФ.

Отрицательная роль конструкции ст. 220 УПК РФ проявляется и в том, что она становится препятствием к осуществлению права на защиту: обвиняемый и его защитник не знают, на какой совокупности (не перечне!) доказательств построено обвинение и чем, по мнению следователя, опровергнуты доводы защиты. И вообще, она ориентирует

следователя на обвинительный уклон, и без того причиняющий нашему правосудию огромный вред.

8. Из вышеобозначенной трактовки роли следователя как обвинителя и в то же время объективного исследователя вытекает еще одна важная проблема: что является предметом судебного контроля в стадии предания суду?

Заметим, кстати, что термин "предание суду", общепринятый в других правовых системах, почему-то исключен из современного российского законодательства, хотя само название органов, осуществляющих предание суду в других странах (большое жюри, обвинительная камера), и регламентация этого этапа процесса в российском законодательстве прежних лет (в том числе и в УУС, ст. 534 которого обязывала судебную палату проверять полноту следствия), базировались на мысли, что должен существовать независимый судебный орган, решающий вопрос, есть ли достаточные доказательства, обосновывающие обвинение как основание к тому, чтобы превратить обвиняемого в подсудимого.

Теперь же ст. 227 УПК РФ считает достаточным для назначения судебного заседания систему сугубо формальных требований: соблюдение правил о подсудности, своевременное вручение обвинительного заключения, правильное избрание меры пресечения и т.п. Среди вопросов, решаемых в этой стадии, нет главных - обосновано ли предъявленное обвинение собранными доказательствами, учтены ли доводы защиты. Отсутствие этих вопросов чревато преданием суду лиц в ситуациях, когда суд сознает, что отсутствуют убедительные доказательства их участия в совершении преступления, но упомянутые выше формальные требования закона следователем не нарушены. Оправдание же таких лиц судом вряд ли возместит моральные переживания, связанные с пребыванием на скамье подсудимых. К тому же утрачивается фактор, побуждающий следователя качественно и объективно вести предварительное следствие.

9. При определении соотношения предварительного и судебного следствия важное значение имеет вопрос об оценке показаний обвиняемого, данных им на допросе у следователя. Законодательство различных стран проявляет к таким показаниям весьма осторожный подход, исходя из того, что допрос вне суда, т.е. при отсутствии гласности и необходимых гарантий для допрашиваемого, может сопровождаться злоупотреблением властью, домогательством признания и другими незаконными действиями. Практика 30 - 40-х гг. прошлого столетия изобилует примерами насилия и издевательств над допрашиваемыми с целью получения признания. Факты подобного рода были достаточно широко распространены и в последующие годы. К сожалению, и в наши дни гласность вскрывает грубые, циничные и крайне опасные случаи нарушения законности при допросе: достаточно вспомнить дело Пумане, заподозренного в терроризме и забитого на допросе работниками милиции.

Для преодоления такой практики и старые, и новые юристы предлагали различные меры.

Так, УУС обязывал следователя немедленно допросить обвиняемого (ст. 398), а председателя суда - выяснить, признает ли подсудимый себя виновным, и при положительном ответе предложить вопросы об обстоятельствах преступления (ст. 679, 680). Фактически при этом не предусматривался допрос в суде подсудимого, отрицавшего вину. Ему лишь предоставлялась возможность при рассмотрении каждого доказательства давать свои объяснения или опровержения (ст. 683), суд же имел право задавать ему вопросы по всем недостаточно разъясненным обстоятельствам (ст. 684). Одновременно Устав не предусматривал возможности оглашения показаний обвиняемого, данных на предварительном следствии, допуская, однако, оглашение протоколов других следственных действий. Такую практику поддерживал Сенат и некоторые видные ученые того времени.

Так, по мнению Л.Е. Владимирова, "собственное признание, записанное в протоколе дознания или следователя как несудебное, не может быть допущено на суде" <1>.

- -

<1> Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. С. 288. Сходной позиции придерживался и С.В. Познышев (см.: Познышев С.В. Указ. соч. С. 187).

Иную позицию занимал И.Я. Фойницкий, полагая, что "лишение суда этого важного материала может принести только вред как для правосудия, так и для подсудимого... нужно представить суду в самых широких размерах возможность исследовать, как проводился допрос, был ли он обставлен всеми гарантиями... не было ли показание вынуждено путем давления на подсудимого..." <1>. Эти соображения представляются вполне убедительными.

- -

<1> Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. С. 271.

В наши дни было высказано предложение вообще исключить показания обвиняемого из числа доказательств по той причине, что если это единственное доказательство, на его основе нельзя сделать вывод о виновности, а если имеется совокупность доказательств вины обвиняемого, его показания вообще не нужны <1>. Из логики этого рассуждения следует, что обвиняемого не нужно и допрашивать. Другое мнение состоит в том, что обвиняемого можно допрашивать, но как свидетеля защиты <2>.

- -

<1> См.: Куссмауль Р. Исключить показания обвиняемого из числа доказательств // Российская юстиция. 2001. N 7. С. 52, 53. В.Л. Будников даже предлагает "незамедлительно отменить ч. 2 ст. 77 УПК РФ", считая, что в этой норме речь идет только о недопустимости строить обвинение на одном лишь заявлении обвиняемого о том, что он признает себя виновным (см.: Будников В.Л. Признание обвиняемым своей вины не является доказательством // Российская юстиция. 2007. N 4. С. 45). В действительности эта норма имеет в виду недопустимость переоценки показаний обвиняемого, признающего себя виновным.

<2> См.: Алексеева Л.Б. Реализация принципа состязательности и презумпция невиновности в судебном следствии по новому УПК РФ // Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового УПК Российской Федерации / Под ред. П.А. Лупинской. М., 2002. С. 181.

Трудно согласиться с подобными предложениями. Многочисленные исследования показывают, что показания обвиняемого, полученные при строгом соблюдении закона, - это в высокой степени ценный источник доказательственной информации, позволяющий прояснить картину события, выявить роль всех соучастников и многие другие существенные обстоятельства. Не менее важно и то, что, давая показания, обвиняемый получает возможность защищаться против предъявленного обвинения, сослаться на факты, опровергающие обвинение или смягчающие его.

Такая позиция получила закрепление и в новом УПК РФ. В нем показания обвиняемого обозначены как один из видов доказательств (ст. 77), предусмотрен допрос обвиняемого на предварительном следствии (ст. 173) и в суде (ст. 275), возможность оглашения в суде его показаний, данных следователю (ст. 276).

Остается, однако, проблема защиты обвиняемого от незаконного давления при допросе его на предварительном следствии. С этой точки зрения весьма сомнительным представляется положение ч. 7 ст. 164 УПК РФ, дающей следователю право привлечь к участию в допросе оперативного работника. В принципе допрос как информационный процесс должен иметь двух участников - допрашивающего и допрашиваемого. В нем помимо них могут принимать участие лица, осуществляющие соответствующие процессуальные функции, - руководитель следственного органа, защитник, педагог, законный представитель, эксперт, переводчик. Но посторонние лица при допросе

присутствовать не должны, ибо это не соответствовало бы информационной сущности допроса.

10. Закон представляет следователю свободу выбора тактики допроса (ч. 2 ст. 189 УПК РФ). Полагаем, что эта свобода небезгранична: она должна ограничиваться предписаниями об уважении чести и достоинства личности (ст. 9 УПК РФ) и исключать применение приемов, основанных на сообщении допрашиваемому ложных сведений, ином обмане, незаконных обещаниях и других подобных действиях.

Весьма эффективной гарантией против незаконного давления на допрашиваемого служит положение п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ об обязательном присутствии защитника при допросе подозреваемого, обвиняемого под угрозой признания недопустимыми их показаний, если допрос производился без защитника и в суде эти лица не подтвердили своих показаний. Исключение подобных признаний из числа доказательств обвинения (естественно, речь идет о признании вины) побудит следователей с необходимой энергией обеспечивать участие защитника в допросе. Эта мера во многом способна нейтрализовать попытки получить признание обвиняемого незаконным путем.

Но представляется ошибочным положение этой статьи о том, что в подобных ситуациях показания недопустимы, даже если допрашиваемые отказались от защитника. Это перекос. Наученные многими "учителями" обвиняемые на допросе всегда будут использовать эту "привилегию" и отказываться от защитника, с тем чтобы в суде легко стряхнуть с себя тяжесть сознания в совершении преступления. Устранение этой неоправданной привилегии, не ослабляя гарантий законности при допросе, снизило бы опасность злоупотребления правом со стороны допрашиваемого.

На практике сложной оказывается ситуация, когда суд, рассматривая дело, располагает двумя допустимыми показаниями обвиняемого: данными следователю и содержащими признание вины и данными в суде, в которых вина отрицается.

Представляется, что все же не существует превосходства показаний, данных в суде, перед показаниями, данными на следствии, когда первые априори признаются достоверными. Какое из них верное, правдивое - должен определить суд, приняв во внимание все многообразные факторы, от которых зависит решение этого вопроса.

11. С учетом всего сказанного выше попытаемся выяснить, каким представляется соотношение предварительного и судебного следствия по УПК РФ.

А. Отметим еще раз, что становление и упрочнение судебной власти заметно ограничило полномочия органов расследования. Во-первых, еще до судебного разбирательства защита получила возможность "выбить" некоторые аргументы из рук своего процессуального противника - следователя, добившись признания тех или иных доказательств недопустимыми (на практике обратное явление не наблюдается). Во-вторых, следователь, как и его процессуальный руководитель, утратили право самостоятельно принимать решения по многим вопросам, ограничивающим конституционные права и свободы граждан, так как теперь это исключительная прерогатива суда.

Б. Тем не менее продолжает сохранять свое значение давно сформулированное М.С. Строговичем положение: "Предварительное следствие действует до суда и для суда". Нормы нового УПК РФ не дают оснований ставить под сомнение признаваемый многими юристами факт: доказательственная база, необходимая для правильного разрешения дела, формируется в основном на предварительном следствии; от его эффективности в немалой степени зависит и эффективность правосудия.

В. При всем различии в содержании и социальной значимости функций органов расследования и суда (первые осуществляют уголовное преследование, а суд разрешает спор между обвинением и защитой) есть нечто, в чем проявляется их взаимодействие: каждый из них осуществляет особый познавательный цикл, двигаясь последовательно к справедливому разрешению конфликта в сфере права. Вопреки утверждениям некоторых авторов доказательства собирает не только следователь, но и суд. В условиях утверждения

принципа состязательности и положений нового УПК РФ о том, что доказательства представляются сторонами, этот факт тем не менее отрицать нельзя. И дело здесь не только в предписаниях ст. 86 УПК РФ, которая прямо устанавливает, что суд собирает доказательства, или ст. 240 УПК РФ, согласно которой исследование доказательств посредством судебных действий производит суд. Дело даже не в том, что именно на суд закон возлагает обязанность производить с участием сторон осмотр, следственный эксперимент, предъявление для опознания и освидетельствование (ст. 287 - 290 УПК РФ). Дело прежде всего в том, что результаты этой познавательной деятельности - сведения о существенных обстоятельствах, полученные в большинстве случаев из тех же источников, из которых их получал следователь, - фиксируются в протоколе судебного заседания, после чего они становятся доказательствами. Сказанное означает, что и суд, и следователь формируют доказательства, на основе которых должен быть разрешен правовой спор. В процессе доказывания, протекающем в суде, как бы соединяются, интегрируются доказательства, собранные следователем и исследованные судом при активном участии сторон.

Это, как представляется, главный элемент, определяющий соотношение предварительного и судебного следствия. Если же из доказывания исключить познавательную деятельность следователя и свести доказывание к представлению суду доказательств сторонами, становится неясным, почему предмет и пределы судебного разбирательства фактически закладываются на предварительном следствии.

Глава 8. РОЛЬ ЗАЩИТЫ В ФОРМИРОВАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЙ БАЗЫ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. В отечественной теории доказательств издавна сложился постулат, согласно которому на досудебном этапе производства по уголовному делу доказательственную базу, т.е. основу для разрешения дела, формируют путем собирания доказательств управомоченные государственные органы: дознаватель, следователь, а такие участники, как подозреваемый, обвиняемый, защитник, потерпевший, лишь участвуют в той или иной форме в этой деятельности. Еще Устав уголовного судопроизводства 1864 г. обязывал судебного следователя "принимать своевременные меры для собирания доказательств и в особенности не допускать никакого промедления в обнаружении и сохранении таких следов и признаков преступления, которые могут изгладиться" (ст. 266). Но и полиция до прибытия судебного следователя могла производить не терпящие отлагательства следственные действия - осмотр, освидетельствование, обыск, выемку. Не был отрешен от доказывания и потерпевший. Он имел право выставлять своих свидетелей, присутствовать при всех следственных действиях и представлять доказательства в подкрепление своего иска (ст. 304 УУС). Устав, однако, не наделил потерпевшего возможностью активно действовать в целях собирания доказательств, а об участии в доказывании обвиняемого не упоминал вообще.

Первые советские УПК, сохранив положения УУС об обязанности следователя выяснять все существенные обстоятельства дела и производить в этих целях все следственные действия по собиранию доказательств (ст. 111, 162, 175, 189, 190 УПК РСФСР 1923 г.), также ограничивали роль потерпевшего и обвиняемого в доказывании, сведя ее к праву заявлять ходатайства о собирании доказательств, которые следователь был обязан удовлетворить, если "обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, могут иметь значение для дела" (ст. 112 УПК РСФСР).

Принятый 27 октября 1960 г. УПК РСФСР посвятил собиранию доказательств отдельную статью (ст. 70). В ней получили закрепление положения, аналогичные вышеупомянутым. Устанавливалось, что доказательства путем проведения следственных и иных процессуальных действий собирают только органы государства, т.е. дознаватель, следователь, прокурор и суд, подозреваемый же, обвиняемый, защитник, потерпевший,

нский ответчик, а также любые граждане и организации
казательства управомоченным государственным органам.
иков представлять доказательства было закреплено в УПК
их правового статуса (ст. 46, 51 - 55). Никаких упоминаний
остоятельно собирать доказательства либо участвовать по
ых действиях, закон не содержал.
ос о субъектах собирания доказательств решен существенно
постулат: "Собирание доказательств осуществляется в ходе
дознавателем, следователем, прокурором и судом путем
ных процессуальных действий..." (ч. 1 ст. 86). Но в то же
едставлять письменные документы и предметы (но не
ния их к уголовному делу наделены подозреваемый,
вший, гражданский истец, гражданский ответчик и их
метим, что процессуальная форма осуществления этими
ности в законе не определена. Особо следует отметить,
не включено в процессуальный статус этих лиц (ч. 2 ст.
Ф), который в познавательном аспекте исчерпывается
льства и участвовать по их ходатайствам в проведении
норме, определяющей процессуальный статус
вправе "собирать и представлять доказательства"
идимому, объясняется невнимательностью
ответчика большим объемом прав в
очевидно, нет

ст. 86 УПК РФ,
документы и
предметы, позволяет заключить, что законодатель имеет в виду получение этими участниками доказательственных материалов за пределами правового регулирования, т.е. в процессе их повседневной деятельности (например, получение ими каких-либо

доказательства, как допустимость, так как они не получены и не закреплены в процессуальном порядке и в процессуальной форме" (Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. С. 254).

Проблема эта представляется достаточно сложной, и в первую очередь вследствие нечеткости и противоречивости вышеназванных нормативных предписаний. В результате этого каждая из приведенных и взаимоисключающих точек зрения имеет право на существование, но верной в рамках действующей структуры уголовного процесса может быть лишь одна из них.

5. Представляется, что разрешение проблемы возможно на основе анализа познавательной сущности и процессуальной формы той деятельности, итогом которой является появление доказательств, т.е. первоначального этапа доказывания - собирания доказательств, на которое якобы управомочен защитник.

Выше (гл. 1 монографии) было показано, что собирание доказательств есть не что иное, как их формирование, придание доказательственной информации надлежащей процессуальной формы, сопровождаемое ее преобразованием.

С учетом этого положения выясним, в какой мере соответствует ему деятельность защитника, связанная с получением доказательств.

В первую очередь уточним, какие виды доказательств из числа предусмотренных законом (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) могут быть получены защитником посредством тех действий, на которые он управомочен в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

Проводя опрос граждан с их согласия, защитник, несомненно, может получить информацию, имеющую отношение к делу. Он волен каким-либо способом зафиксировать эту информацию в документе, назвав его справкой, объяснением и т.п., хотя закон требований о подобном документировании не содержит. Но такой документ отнюдь не станет равнозначным показаниям (свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого). Многие сторонники признания за защитником права собирать доказательства полагают, что в этом случае защитник получил "иной документ" (ст. 84 УПК РФ). С этим трудно согласиться, ибо подобная трактовка необоснованно расширяет данное понятие, так как "иные документы", по мысли законодателя, формируются главным образом за пределами процессуального регулирования, в процессе повседневной деятельности людей. Признание полученных защитником посредством опроса граждан "справок", "объяснений" иными документами в смысле ст. 84 УПК РФ фактически неоправданно расширяет канал поступления в уголовный процесс непроцессуальной информации и, в частности, как бы узаконивает суррогат допроса, поскольку опрос проводится без соблюдения каких-либо гарантий получения неискаженной информации, необходимых при допросе <1>.

- -

<1> Этого, на наш взгляд, не учитывает О.В. Левченко, полагая, что "иные документы" - это "ворота", через которые в уголовный процесс может свободно проникать почти любая информация, и считая, что разновидностью иных документов являются "свободные доказательства", под которыми автор понимает сведения, собираемые участниками процесса в соответствии с ч. 2 и 3 ст. 86 УПК РФ. См.: Левченко О.В. Система средств познавательной деятельности в доказывании по уголовным делам и ее совершенствование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 32, 33.

Собирание защитником предметов, документов и иных сведений явно имеет в виду непроцессуальные каналы приобретения информации. Полученные защитником от обвиняемого, других лиц, обнаруженные им на местности предметы не могут считаться вещественными доказательствами, как по той причине, что решение о приобщении их к делу принимает следователь, а не защитник, так и ввиду того, что в момент фактического

получения предмета невозможно без его исследования процессуальными средствами (осмотр) выявить свойства, которыми должен обладать этот вид доказательств.

Уже отмечено, что значение заключения специалиста как самостоятельного вида доказательств ставится под сомнение многими исследователями, усматривающими в нем суррогат заключения эксперта. Но даже и без учета этой критической оценки нельзя не видеть, что такое заключение может быть получено фактически только в непроцессуальном порядке, так как закон соответствующей процедуры не устанавливает и о том, каким образом защитник получил заключение специалиста, можно лишь догадываться. К тому же отнюдь не исключено, что следователь откажет в приобщении этого акта к делу ввиду того, что он составлен ненадлежащим лицом и без учета прав противоположной стороны, обеспечивающих объективность заключения, которыми она наделена при проведении экспертизы.

Истребованные защитником справки, характеристики, иные документы по своему содержанию и происхождению могут соответствовать требованиям ст. 84 УПК РФ. Но и они станут "иными документами" только после того, как следователь признает их относимыми и допустимыми и удовлетворит ходатайство о приобщении их к делу.

6. Сказанное позволяет сделать вывод: доказательственную деятельность защитника, осуществляемую им в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ, нельзя трактовать как собирание доказательств, и прежде всего потому, что в ней отсутствует определяющий признак этого элемента доказывания - преобразование полученной информации и придание ей надлежащей процессуальной формы, т.е. формирование доказательств. Будучи лишенным возможности применения наиболее эффективных познавательных средств - следственных действий, защитник не в состоянии формировать доказательства, как это делают органы расследования, прокурор и суд. Права И.Б. Михайловская, утверждая, что "получение предметов, документов и иных сведений (п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ), проведение опроса лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ), а также истребование справок, характеристик, иных документов (п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ) не является собиранием доказательств, а создает для защитника возможность получить сведения, на основе которых могут быть заявлены соответствующие ходатайства" <1>. Это суждение разделяют многие известные ученые-процессуалисты.

- -

<1> Михайловская И.Б. Процесс доказывания и его элементы. С. 215, 216.

Представляется, что, применив термин "собирание доказательств" к деятельности защитника, законодатель проявил поспешность и определенную беззаботность, выразив в такой неточной и противоречивой формуле правильную мысль о необходимости усиления состязательных элементов в доказывании. Сторонники же концепции собирания доказательств защитником, отстаивая свою позицию, опираются лишь на этот неясный в рассматриваемой ситуации термин, не пытаясь проанализировать действительный познавательный смысл собирания доказательств <1>.

- -

<1> П.А. Лупинская, выступая с заключительным словом на Международной научно-практической конференции, посвященной пятилетию принятия УПК РФ, отметила, что позиция сторонников концепции собирания доказательств защитником основана на неточной формулировке ст. 86 УПК РФ, которая очевидно находится в существенном противоречии с нормами УПК РФ, устанавливающими, что доказательствами являются сведения, полученные с соблюдением требований УПК РФ, указывающих круг должностных лиц, правомочных собирать доказательства путем производства следственных и процессуальных действий. См.: Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, практики применения (к пятилетию УПК РФ): Материалы научно-практической конференции. М., 2007. С. 619.

Так, полемизируя с нашей, изложенной выше, позицией, В.Л. Будников и И.В. Зверев в качестве контрдоводов приводят следующие соображения: полномочия защитника и способы получения им доказательств, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ, являются процессуальными, так как осуществляются защитником в соответствии с процессуальным законом, а проблема процессуальности получаемой информации превращает устоявшиеся представления о процессуальной форме в некоторое подобие прокрустова ложа <1>. Последнее, видимо, означает, что требованиями процессуальной формы применительно к деятельности защитника следует пренебречь. В сущности, такой подход - это призыв к пересмотру фундаментальных положений теории доказательств, в частности представлений о доказательстве, которым, по мнению авторов, является любая относящаяся к делу информация. Не случайно утверждается, будто информацию, собранную в рамках оперативно-розыскной деятельности, также надлежит признавать доказательством <2>.

- -

<1> См.: Будников В.Л., Зверев И.В. Указ. соч. С. 88, 89.

<2> См.: Будников В.Л., Зверев И.В. Указ. соч. С. 90.

Еще один контрдовод, как считают авторы, состоит в неэффективности предусмотренной законом и сопряженной с принуждением процедуры получения доказательств органами расследования. Они полагают, что при допросе отсутствуют какие-либо гарантии получения неискаженной информации (о чем говорит распространенность лжесвидетельства) и что отказ от принуждения при получении доказательств, т.е. "сознательное и добровольное сообщение сведений... можно признать действительно важной гарантией качества получаемого доказательства" <1>.

- -

<1> Там же. С. 89.

И здесь, как и в суждениях других авторов (см. гл. 1 монографии), выражено негативное отношение к процессуальной форме доказывания. Не вызывает, однако, сомнения, что сложившаяся на протяжении многих лет процедура допроса включает действенные гарантии допустимости и достоверности показаний (предупреждение свидетелей и потерпевших об уголовной ответственности, запрет постановки наводящих вопросов, возможное участие адвоката, особые правила протоколирования и т.д.). Против этого вовсе не говорит тот факт, что на практике некоторая часть допрашиваемых по тем или иным мотивам дает ложные показания, а следователи проявляют обвинительный уклон - это уже другая проблема. Поэтому несколько странным выглядит положение о преимуществе "сознательного и добровольного изложения сведений" перед допросом.

7. Добавим к сказанному, что полученные защитником в порядке ч. 3 ст. 86 УПК РФ материалы, в частности результаты опроса, по авторитетному мнению Верховного Суда РФ, доказательствами не являются. Так, в кассационном Определении по делу С. от 10 августа 2006 г. (дело N 39-006-4) Верховный Суд РФ указал: "Сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом... Протоколы опроса лиц защитником не могут рассматриваться и как доказательства, именуемые в ст. 74 УПК РФ как иные документы... К иным документам могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном законом, т.е. документы, к которым протоколы опросов не могут быть отнесены" <1>. Заметим, что в приговоре Курского областного суда по делу С. эта мысль выражена еще более категорично: "...имеющиеся в деле протоколы опроса свидетелей, полученные С. без соблюдения требований уголовно-процессуального закона, НЕОБХОДИМЫХ ДЛЯ ПОЛУЧЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ПО

ДЕЛУ (выделено мной. - С.Ш.)... не могут быть признаны доказательствами по настоящему уголовному делу" <2>.

- -

<1> Архив Курского областного суда за 2006 год. Уголовное дело N 2-4-06.

<2> Там же.

В рассуждениях о том, что защитник является полноправным субъектом собирания доказательств, главной является мысль: для собирания доказательств процессуальная форма не нужна. Но эти суждения вряд ли можно рассматривать как серьезную попытку опровергнуть один из важнейших постулатов теории доказательств и на этой основе обосновать новую концепцию доказывания.

8. В подтверждение позиции, согласно которой доказательства формируют управомоченные государственные органы, можно дополнительно привести ряд аргументов.

А. В силу закрепленного в законе распределения бремени доказывания и по существующей конструкции предварительного расследования обязанность формирования доказательственной базы возложена на орган расследования, который, осуществляя функцию уголовного преследования, должен обосновать, аргументировать свой вывод о виновности обвиняемого. Защитник обязанности доказывания не несет и вправе ходатайствовать лишь об ограничении (путем исключения недопустимых доказательств) либо пополнении (путем представления новых доказательственных материалов) объема доказательственной базы. Но он не вправе наряду со следователем вести равнозначную доказательственную деятельность и формировать доказательственную базу по своему усмотрению. Такая деятельность представляла бы собой "параллельное расследование" ("частные расследовательские действия"), идея которого обоснованно отвергнута отечественной процессуальной наукой.

Б. Полученные защитником доказательственные материалы изначально не обладают и не могут обладать свойством допустимости. Критерии допустимости - получение сведений из надежного источника, с соблюдением предусмотренной законом процедуры, придание им надлежащей процессуальной формы - очевидно неприменимы как к результатам опроса, так и к документам, истребованным адвокатом или полученным от подзащитного или специалиста. Поэтому те, кто считает, что защитник собирает доказательства, вынуждены обходить этот серьезный контраргумент и либо утверждать, что требование допустимости не распространяется на доказательственную деятельность защитника, либо, наоборот, утверждать, как отмечено ранее, что полученные защитником доказательства уже обладают допустимостью, поскольку способы их получения регламентированы в УПК РФ (утверждения и того и другого рода приходилось слышать на научных конференциях). Последняя позиция, ввиду вышесказанного, явная натяжка, ибо реализация нечетких, противоречивых предписаний ч. 3 ст. 86 УПК РФ не может обеспечить надежности, достоверности получаемой информации, хотя именно в этом состоит смысл института допустимости доказательств.

Ввиду вышесказанного позиция сторонников рассматриваемой точки зрения оказывается внутренне противоречивой. Так, В.А. Лазарева, с одной стороны, утверждает, что оценка допустимости доказательств, собираемых официальными и неофициальными участниками процесса, не может быть одинаковой и что доказательственные материалы, представленные защитой, изначально допустимы, следователь не вправе признать их недопустимыми <1> (с чем нельзя согласиться), а с другой - называет среди критериев допустимости доказательств законность процедуры их получения и закрепления, не делая исключения для материалов, представленных защитой <2> (что правильно).

- -

<1> См.: Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. С. 135, 136, 143.

<2> Там же. С. 138, 139.

Очевидна противоречивость этих утверждений, ибо процедура получения и закрепления защитой доказательственных материалов в законе отсутствует и они этому критерию соответствовать не могут. "Ни обвиняемый, ни его защитник не обладают полномочиями облекать в требуемую законом процессуальную форму относящиеся к делу сведения, т.е. наделять их свойством допустимости" <1>.

- -

<1> Михайловская И.Б. Правило "благоприятствования защите" и его влияние на процесс доказывания. С. 44.

9. Сказанное, однако, не означает, что поиск путей повышения роли защиты в доказывании бесперспективен. Наоборот, выявленная многими исследователями пассивность защитников (их доказательственная деятельность, как показывает изучение практики, чаще всего сводится к представлению полученных характеристик на подзащитных) побуждает к исследованию иных, помимо закрепленных ныне в УПК РФ, возможностей защиты более активно участвовать в формировании доказательственной базы. В этом направлении просматривается два варианта разрешения проблемы, каждый из которых может быть реализован в рамках действующего законодательства и структуры судопроизводства и не требует внедрения в наш процесс методов "параллельного расследования".

Целесообразно расширить права защиты в собирании доказательств путем установления обязанности органов расследования удовлетворять любое ходатайство о пополнении доказательственной базы путем проведения органом расследования необходимых защите следственных действий. Действующее же законодательство устанавливает, что ходатайство участников о проведении дополнительных следственных действий подлежит удовлетворению лишь в случаях "если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для уголовного дела" (ч. 2 ст. 159 УПК РФ). Этим решение вопроса об обоснованности ходатайства целиком вверяется органу расследования, т.е. стороне обвинения, что вряд ли соответствует принципу равенства прав участников процесса и требованиям объективности. Практика показывает, что нередко ходатайства защиты, идущие вразрез с линией обвинения, отклоняются по надуманным основаниям. Но если следователь будет обязан удовлетворить ходатайство о допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы, других нужных, по мнению защитника, следственных действий и если допустить защитника к участию в них, открывается реальная возможность с соблюдением надлежащей процессуальной формы и гарантий достоверности собрать доказательства, которые хотел бы получить защитник. Высказываемые иногда следователями и прокурорами опасения о возможных злоупотреблениях защиты таким правом <1> вряд ли оправдывают сохранение статус-кво. В решении этого вопроса определяющим должен быть принцип состязательности.

- -

<1> Об этом см. гл. 9 монографии.

Целесообразно также предоставить защитнику право на выяснение обстоятельств, способствующих защите, с помощью частных детективных служб. УПК РФ такой возможности не предусматривает, но и не исключает. Федеральный закон "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" устанавливает, что на договорной основе с клиентом (им может быть и адвокат-защитник) возможно проведение частным детективом сбора сведений по уголовным делам с письменным уведомлением об этом дознавателя, следователя, прокурора или суда, в чьем производстве находится уголовное дело (п. 7 ч. 2 ст. 3). Как уже говорилось (см. гл. 5 монографии), полученную от детектива непроцессуальную информацию клиент, т.е. в данном случае защитник, вправе представить органу расследования или в суд в таком же порядке, как и доказательственные материалы, собранные им лично в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

Но разница состоит в том, что частный детектив располагает узаконенной возможностью помимо проведения опросов, наведения справок, изучения предметов и документов, осмотра объектов использовать также видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемку, технические и другие средства, а также радио- и телефонную связь (ст. 5 названного Федерального закона). Если к тому же учесть, что частный детектив - это юрист, прошедший специальную подготовку либо имеющий стаж работы в оперативных или следственных подразделениях не менее трех лет (ст. 6 Федерального закона), т.е., говоря другими словами, специалист по сбору информации, следует признать, что его возможности в этом не уже, а шире тех, которыми располагает защитник. В научных исследованиях отмечены лишь единичные случаи успешного использования защитой помощи частных детективов <1>, но в странах Европы и в США это обычная и весьма эффективная практика. Поэтому целесообразно дополнить процессуальный статус защитника (ст. 53 УПК РФ) правомочием привлекать для сбора нужной информации частные детективные предприятия. Вызывает недоумение причина, по которой эта разумная мера, упоминавшаяся в некоторых проектах УПК РФ, не вошла в его окончательный текст. В этом же направлении следует дополнить ч. 3 ст. 86 Кодекса, упомянув в ней также и право привлекать специалиста и заменив право защитника собирать доказательства правом собирать предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, как это предусмотрено п. 3 ст. 6 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации".

- -

<1> См.: Семенов В.Г. Указ. соч. С. 111, 112.

Повышение активности защиты в доказывании наталкивается на такое препятствие, как тенденциозность части следователей, которые, ощущая себя в соответствии с положениями действующего законодательства обвинителями, оставляют без внимания, а подчас игнорируют доводы защиты и не проявляют инициативы в установлении обстоятельств дела, опровергающих обвинение. Поэтому проблема устранения заданного законодателем обвинительного уклона остается остроактуальной.

Но это - другая проблема, затрагивающая определение функции следователя, организацию нашего следственного аппарата, и она заслуживает отдельного рассмотрения <1>.

- -

<1> Некоторые аспекты проблемы освещались в предыдущих главах и будут затронуты в гл. 12 монографии.

Глава 9. ЗАЩИТА - ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ РАССЛЕДОВАНИЮ ИЛИ ПРОТИВОБОРСТВО С ОБВИНЕНИЕМ РАВНОПРАВНОЙ СТОРОНЫ?

1. В последние годы появилось немало работ, посвященных преодолению наблюдаемого в уголовном судопроизводстве опасного явления - противодействия определенных лиц расследованию и в целом уголовному преследованию. Результатом такого противодействия является "развал" уголовных дел (порой весьма громких, известных широкой общественности) - их прекращение, изменение квалификации обвинения на малозначащие статьи УК РФ, освобождение из-под стражи с избранием подписки о невыезде и т.п., т.е. фактическое освобождение виновных от заслуженной ответственности. Отмечается, что это явление существенно снижает эффективность борьбы с преступностью в стране.

Для постановки и исследования этой проблемы есть реальные основания. Исторический опыт показывает, что расследование всегда протекает в конфликтной ситуации: подозреваемый и обвиняемый как возможные субъекты уголовной ответственности, близкие им лица стремятся увести виновных от ответственности и

наказания, создавая помехи, преграды нормальному ходу предварительного расследования и последующему судебному разбирательству. Путем подговора свидетелей и потерпевших, их подкупа или угроз они добиваются дачи ими ложных показаний или изменения уже данных показаний в пользу обвиняемых, фабрикуют доказательства невиновности, подкупают экспертов и даже лиц, ведущих расследование, и судей с целью обелить виновных и т.п. В последние годы в связи с профессионализацией преступности, возникновением организованных преступных групп, преступных сообществ, имеющих в своем составе специальные подразделения, призванные предотвращать раскрытие преступлений и изобличение виновных, натиск на предварительное расследование еще более усилился. Возникла и необходимость в научной разработке мер противодействия подобному натиску.

2. Ознакомление с трудами ученых (преимущественно криминалистов), посвятивших свои исследования этой проблеме, показывает, однако, что некоторые авторы недооценивают ее процессуальную сторону, а подчас и игнорируют ее, считая любой конфликт между органами уголовного преследования и участниками процесса на стороне защиты (обвиняемый, подозреваемый, защитник) неправомерным противодействием расследованию, которое следователю, прокурору надо предвидеть, устранять, нейтрализовать или даже пресекать.

Причиной такого однобокого подхода является, на наш взгляд, неправильная трактовка одного из основополагающих принципов российского уголовного процесса - принципа состязательности (ст. 15 УПК РФ). Смысл его состоит в том, что участники процесса, разведенные законодателем "по разные стороны баррикад" (сторона обвинения и сторона защиты), противоборствуют между собой, ведут спор, стремясь обосновать правильность своей позиции и ослабить либо опровергнуть позицию противоположной стороны. Выработанное многовековой практикой судопроизводства начало состязательности - это ценнейшее достижение правовой культуры, создающее возможность справедливого разрешения правового спора и принятия правильного решения, игнорировать которое, не вступая в противоречие с законом, нельзя.

Однако одним из авторов работ по противодействию расследованию, А.А. Павловым, высказано мнение, что состязательность следует понимать только как поиск защитником доказательств непричастности своего подзащитного к совершению преступления и что те, кто интерпретирует деятельность защитника как направленную на опровержение обвинения или его частей, смягчение ответственности обвиняемого, искажают ее сущность. Закономерным итогом этих рассуждений является вывод автора: деятельность защитника - это разновидность противодействия расследованию преступлений, а сам он субъект противодействия расследованию <1>. Учитывая негативный смысл, придаваемый термину "противодействие расследованию", получается, что защитник всегда в своей деятельности профессиональный "враг расследования".

<1> См.: Павлов А.А. Методика преодоления противодействия расследованию преступлений со стороны защитника-адвоката: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 6.

Трудно сказать, чего больше в этих утверждениях - наивного заблуждения или пренебрежения законом. Автор исходит из традиционного якобы представления о защитнике как о помощнике суда (и, видимо, следователя), из чего по логике вещей вытекает, что он не должен бороться с обвинением. Однако такое представление, бытовавшее в прошлом, не находит подтверждения в современной теории и законодательстве, основанном на разделении процессуальных функций. Так, ст. 2 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" определяет адвоката как независимого советника по правовым вопросам, а ч. 1 ст. 49 УПК РФ устанавливает, что защитник - это "лицо, осуществляющее в

установленном настоящем Кодексе порядке защиту прав и интересов подозреваемого и обвиняемого и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу". Из этого следует, что защитник - это вовсе не помощник суда, а правозаступник, своеобразный помощник подзащитного (помощником суда он выступает лишь в том смысле, что его правозащитная деятельность содействует правильному осуществлению правосудия). Тем более не является защитник помощником следователя. Наоборот, поскольку следователь причислен к стороне обвинения, защитник - его процессуальный противник, призванный оспаривать, опровергать или смягчать обвинительные аргументы и выводы следователя. Уместно напомнить, что деятельность защитника односторонняя: если следователь (дознаватель, прокурор) с равным вниманием должны исследовать "за" и "против" обвинения, то защитник - только "против". По выражению одного старого французского юриста: "Я здесь (т.е. в суде) не для того, чтобы что-то доказывать, а для того, чтобы доказать, что прокурор ничего не доказал". Выраженная в такой образной форме идея противоборства сторон сохраняет свое значение и в наши дни.

Нельзя не учесть, что для выполнения своей функции защитник наделен весьма широкими полномочиями (ст. 53 УПК РФ). И общество заинтересовано в том, чтобы защитник не был пассивным наблюдателем действий следователя, а активно использовал свои права, потому что все они сформулированы как средства противоборства с неправильными, необоснованными утверждениями противоположной стороны и в этом смысле являются эффективными гарантиями установления истины, т.е. достижения цели правосудия.

С этой точки зрения следует достаточно осторожно подходить к оценке фактов так называемого развала уголовных дел защитником. Если защитнику удалось, реализуя свои права, показать, что в материалах расследования отсутствуют основания для обвинения, так как деяние не содержит состава преступления, доказательства, на которых построено обвинение, получены с нарушением закона и являются недопустимыми и т.д., слово "развал", т.е. прекращение дела, смягчение положения обвиняемого, представляет собой неоправданный сарказм, хотя в действительности оно нередко означает лишь, что дело было расследовано некачественно, фигурально говоря, "плохо скроено и скверно сшито", вследствие чего виновный избежал справедливой ответственности.

В то же время не вызывает сомнений, что такой неблагоприятный для следователя и общества в целом исход расследования может быть вызван и неправомерными и даже преступными действиями защитника по подрыву обвинения, например фальсификацией им доказательств, т.е. совершением преступления, предусмотренного ч. 2 и 3 ст. 303 УК РФ. Такой же характер носит и попытка подкупа следователя, прокурора. В этом и в других подобных случаях защитник действительно становится "врагом расследования", использующим свой опыт и знания для создания противозаконных помех нормальному его ходу. Такие неправомерные действия необходимо предвидеть и нейтрализовать органу расследования, в частности, путем привлечения виновных к уголовной ответственности <1>.

- -

<1> Многочисленные исследования указывают на достаточно широкое распространение таких приемов противодействия со стороны защитника, как склонение обвиняемого и подозреваемого к отказу от признания вины, а также от показаний, уличающих их соучастников, подговор свидетелей к изменению показаний, уличавших обвиняемого, склонение потерпевшего к примирению с обвиняемым по делам о тяжких преступлениях с отказом от уголовного преследования (нередко с выплатой "компенсации" за ущерб), отыскание и инструктирование лжесвидетелей с целью опровержения обвинения, фабрикация положительных характеристик, подкуп лица, производящего расследование и т.п. (см. работы Л.В. Лившица, С.Ю. Журавлева, В.Н. Карагодина, Э.У. Бабаевой и других авторов).

3. В русле рассмотренных выше представлений лежит утверждение о том, что противодействие расследованию может состоять в реализации субъектом своих процессуальных прав и обязанностей, а также в деятельности, "формально не противоречащей закону, однако являющейся такой по содержанию" <1>. Схожий смысл имеют утверждения, что неправомерным противодействием расследованию является "стремление защитника любым способом воздействовать на свидетелей обвинения, с тем чтобы они изменили показания" <2>, "опорочить любые доказательства и тем самым сократить доказательственную базу", "отыскание... обстоятельств, смягчающих наказание" <3>.

- -

<1> Павлов А.А. Методика преодоления противодействия расследованию преступлений со стороны защитника-адвоката. С. 6, 11. В другой работе автор утверждает, что и правомерные действия защитника, направленные на освобождение подзащитного от уголовной ответственности либо ее смягчение, - это противодействие расследованию (см.: Павлов А.А. Сущность и содержание противодействия расследованию преступлений со стороны защитника-адвоката // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства. М., 2007. С. 160, 161).

<2> Бабаева Э.У. Проблемы теории и практики преодоления противодействия уголовному преследованию. М., 2006. С. 109.

<3> Там же.

4. Попробуем разобраться в правильности таких утверждений. Мы уже отметили, что использование стороной защиты - обвиняемым и защитником своих процессуальных прав для оспаривания обвинения - это вполне правомерная деятельность и усматривать в ней противодействие расследованию нет никаких оснований, это явная натяжка.

Но будут ли противодействием расследованию другие обозначенные выше формы деятельности защитника?

Преувеличенным представляется утверждение, что противодействием расследованию является стремление защитника опорочить обвинительные доказательства, любыми способами воздействовать на свидетелей обвинения, с тем чтобы они изменили свои показания. Изменение свидетелем своих показаний отнюдь не всегда означает, что он в интересах обвиняемого вступил на путь лжи. Разве не встречаются в практике случаи, когда органы расследования фальсифицируют доказательства (например, "подбрасывают" улики) с привлечением для этого лжесвидетелей? Думаем, вполне правомерными в подобной ситуации будут действия защитника, направленные на демонстрацию ложности показаний свидетелей обвинения, например, путем выявления при их допросе объективной невозможности наблюдения ими факта обнаружения наркотиков, факта разбойного нападения и других обстоятельств ввиду дальности расстояния, с которого они наблюдались, плохого зрения свидетеля, пребывания его в этот момент в состоянии опьянения, в другом месте (на работе, дома и т.д.). И практика показывает, что подобные действия защитника могут привести свидетеля к отказу от ложных показаний, а в конечном счете - к установлению истины. Следовательно, далеко не "любые способы" воздействия на свидетелей с целью побудить их к отказу от данных показаний, а лишь противозаконные есть противодействие расследованию. К этому можно добавить, что допустимым приемом представляется стремление стороны защиты (как и стороны обвинения) опорочить показания свидетеля противоположной стороны на перекрестном допросе в суде. Как отмечают многие исследователи (и подтверждает практика), это может быть достигнуто применением различных приемов - демонстрацией плохой репутации свидетеля (судим за преступление против правосудия), тенденциозности и противоречивости показаний, психическими и физическими недостатками свидетеля, заученностью показаний и т.п.

Это же относится и к такому вполне правомерному приему защиты, как отыскание защитником смягчающих вину подзащитного обстоятельств. Закон (п. 6 ст. 73 УПК РФ) четко определяет, что такие обстоятельства подлежат доказыванию. Странным было бы обвинять защитника в том, что он стремится к их установлению. К тому же законодатель расширил возможности защиты по собиранию доказательственных материалов (ч. 3 ст. 86 УПК РФ).

5. Встречаются рекомендации преодолевать противодействие расследованию с помощью такой меры, как "пересечение, устранение или нейтрализация противодействия со стороны защитника при допросе" <1>. Эта рекомендация побуждает к глубоким размышлениям. Означает ли она, что защитник при допросе должен вести себя пассивно, выступая своеобразным понятым, а если он проявляет активность, ее следует "пресекать"? Отрицательный ответ вытекает из функций защитника, обязанного всегда отстаивать интересы подзащитного. Не случайно в июле 2003 г. статус защитника был дополнен положением: "Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменное замечание по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия" (ч. 2 ст. 53 УПК РФ).

- -

<1> Бабаева Э.У. Основы криминалистической теории преодоления противоречий уголовному преследованию: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 27. Также см.: Она же. Проблемы теории и практики преодоления противодействия уголовному преследованию. С. 257, 273, 274. В этой работе слово "пресечение" опущено, однако в качестве одной из рекомендаций автор предлагает размещать защитника "несколько сзади и сбоку от допрашиваемого", чтобы тот не мог видеть защитника. В этом суждении защитник предстает как зловредная фигура, всегдашний враг (а не процессуальный противник) следователя, что искажает его действительную роль в процессе.

Реализуя эти права, защитник, полагаем, вправе рекомендовать допрашиваемому не отвечать на какой-то вопрос следователя, если он носит наводящий или оскорбительный характер, отвергнуть домогательства следователя подтвердить какой-либо факт, побуждать допрашиваемого своими вопросами к более глубокому обоснованию своих показаний и т.п.

Что в этих условиях может означать рекомендация "пресекать, устранять или нейтрализовать противодействие" защитника. Полагаем, что такие действия следователя оправданы применительно только к противозаконным действиям защитника - прямой подсказке допрашиваемому желаемого защитнику ответа, постановке перед ним вопросов, не относящихся к делу либо содержащих информацию, которую защитник раскрывать не вправе (ч. 3 ст. 53 УПК РФ). Закон специально предусматривает право следователя отводить подобные вопросы защитника, но с отражением их в протоколе. Это, кстати, процессуальная форма предотвращения неправомерного противодействия расследованию.

Но было бы совершенно неверным "пресекать" как якобы противодействующие расследованию попытки защитника разъяснить допрашиваемому его права, в том числе "право на молчание", возражать против некорректных вопросов, ненадлежащего (угрожающего) тона допроса, заявлений о возможности изменить подозреваемому меру пресечения и т.п. Все это было бы недопустимым нарушением права обвиняемого на защиту. И каким способом следователь может пресекать подобные "неправомерные" действия защитника? Приказать ему замолчать? Удалить его из кабинета? Все такие командные приемы недопустимы, так как отношения между следователем и защитником в целом и в ходе допроса в частности должны носить правовой характер, получать реализацию не в командах, а в правоотношениях между ними.

6. В работах о противодействии расследованию находим упоминание о таком приеме противодействия, как сокрытие защитником "криминалистически значимой информации" <1>. Это, на наш взгляд, заблуждение. Как говорилось, защитник не помощник следователя и было бы неверным требовать от него содействия расследованию в форме сообщения значимой информации. Он вправе ее утаивать от всех, в том числе и от следователя, даже если известные защитнику сведения могли бы помочь успеху расследования. В этом суть "адвокатской тайны", выступающей эффективной гарантией права обвиняемого на защиту и получившей поэтому закрепление в законе (п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, ст. 8 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации").

- -

<1> Павлов А.А. Методика преодоления противодействия расследованию преступлений со стороны защитника-адвоката. С. 11.

Анализируя формы противодействия расследованию со стороны адвоката - защитника, нельзя не коснуться вопроса: всегда ли использование им своих полномочий в противоборстве с обвинением является допустимым с точки зрения закона и оправданным с точки зрения профессиональной этики адвоката.

Эта проблема представляется достаточно сложной. Названный Федеральный закон, как и Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый 31 января 2003 г., требует от него честного и добросовестного использования своих полномочий, недопустимости совершения для достижения своих целей действий, носящих противозаконный или аморальный характер и представляющих собой злоупотребление правами, ибо "закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя" (ст. 10 Кодекса).

Но в то же время нельзя не признать, что злоупотребление защитником своими законными правами действительно может стать неправомерным и опасным противодействием расследованию. В подобных случаях действия защитника, формально основанные на законе, приходят в противоречие с изначальной ролью защитника как борца за справедливость и придают его деятельности извращенный характер, противоречащий подлинному смыслу принципа состязательности.

7. Можно назвать следующие проявления подобного поведения защитника:

- сознательное затягивание расследования в расчете на истечение срока давности привлечения в качестве обвиняемого и последующее прекращение дела. Эта цель достигается как неоправданной медлительностью при ознакомлении с материалами дела, так и многократным заявлением необоснованных ходатайств о дополнении расследования. Такую же роль играет заявление необоснованных отводов, необоснованное и многократное обжалование в суд действий органов расследования;

- оспаривание обвинения путем заявления необоснованных ходатайств о признании доказательств, на которых оно построено, недопустимыми. В таких случаях защитник добивается исключения доказательств, сознавая, что реальные основания для этого отсутствуют, но рассчитывая на то, что ходатайство будет удовлетворено по формальным основаниям, например ввиду неточности в обозначении инициалов свидетеля, отсутствия в протоколе указания на классный чин следователя, других легко устранимых неясностей. Возможны и активные меры по созданию оснований для признания доказательства недопустимым, например неявка защитника на допрос обвиняемого.

Заметим, однако, что оценить подобные действия как сознательное противодействие расследованию весьма затруднительно, так как такая оценка носит субъективный характер и не опирается на достоверно выявленную негативную мотивацию поведения защитника. То, что поначалу представляется злоупотреблением правом, может в действительности быть правомерными действиями по осуществлению защитительной функции. Так, длительное ознакомление с материалами дела может быть вызвано сложностью, многоэпизодностью обвинения, многократное заявление ходатайств - принципиальностью

защитника, тем более что согласно закону отказ в ходатайстве не исключает возможности его повторного заявления. Да и "придирки" к процессуальной форме доказательств могут объясняться тем, что второстепенные на первый взгляд нарушения могут породить обоснованные сомнения в достоверности полученных доказательств.

Помимо всего этого нельзя не учесть, что активность защитника в доказывании (представление доказательств, участие в следственных действиях, постановка вопросов допрашиваемым и т.д.) - это его право, а не обязанность, и было бы неверным считать, что этим правом защитник всегда обязан воспользоваться. К реализации права принудить нельзя и лишь за неисполнение обязанности закон предусматривает возможность применения санкций. Воспользоваться или нет своими правами - это дело правообладателя, в данном случае защитника. К тому же защитник при определении направления и методов своей деятельности может руководствоваться тактическими соображениями, а это порой побуждает его к тому, чтобы "приберечь" ходатайство к судебному разбирательству, не принять участие в следственном действии, в котором участвует подзащитный, и т.п. Подобные "хитрости" защитника не противоречат закону. Их отрицание равнозначно отрицанию возможности тактики защиты, хотя никто не отрицает тактики следствия.

Думается поэтому, что стороне обвинения "преодолевать" в интересах расследования и судебного разбирательства действия защитника, создающего помехи производству по делу, следует тогда, когда эти действия носят противоправный характер. Иное положение наблюдается при злоупотреблении правами. В этом случае правомерно лишь ставить перед органами адвокатского сообщества вопрос об ответственности за нарушение профессионального долга, помня, однако, что констатация этого факта требует достаточно убедительной аргументации <1>.

- -

<1> О недооценке этого положения свидетельствуют многочисленные случаи отклонения адвокатскими палатами представлений прокуроров, в которых ставится вопрос о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности.

Но все же наиболее эффективным способом преодоления любого возможного противодействия ходу производства по уголовному делу было и остается высокое качество следствия, неуклонное соблюдение следователем требований закона, подлинное овладение им искусством доказывания, позволяющее создать нерасторжимый круг доказательств, способный выдержать любое испытание.

8. В свете сказанного возникает вопрос: может ли сам следователь создавать помехи расследованию, т.е. быть субъектом противодействия ему? Образно говоря, плохое качество расследования, пренебрежение положениями закона и научными рекомендациями относительно собирания, проверки и оценки доказательств, правилами оперирования косвенными доказательствами и построения на их основе комплексов улик - это тоже своеобразное противодействие расследованию. Но здесь речь идет о слабой подготовке следователя, об отсутствии опыта, а подчас о нежелании напрягать силы для решения поставленных перед ним задач.

Другое дело, когда следователь или его руководители делают это умышленно, т.е. сознательно "разваливают" дело по тем или иным мотивам, в том числе и корыстным. Однако подобные действия целесообразно именовать не противодействием расследованию (трудно представить, как можно противодействовать самому себе), а привлечением невиновного к уголовной ответственности (ст. 299 УК РФ), незаконным освобождением от уголовной ответственности (ст. 300), принуждением к даче показаний (ст. 302), фальсификацией доказательств (ст. 303), т.е. преступлениями против правосудия либо другими преступными действиями этих лиц.

Глава 10. ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ

ОБНОВЛЯЕТСЯ, НО ПРОБЛЕМЫ ОСТАЮТСЯ

1. С момента принятия УПК РФ в него внесено весьма значительное количество дополнений и поправок (в целом около 500), многие из которых направлены на совершенствование доказательственной деятельности. Этим многочисленным изменениям и дополнениям вряд ли следует удивляться. Многолетняя законотворческая волокита при подготовке текста нового УПК РФ, длившаяся с 1993 по 2001 г., была прервана активной, форсированной и кардинальной переработкой имевшегося в Государственной Думе проекта УПК РФ, с тем чтобы наконец привести уголовно-процессуальное законодательство России в соответствие с положениями Конституции РФ. Отказ от репрессивной юстиции, построение судопроизводства на основе состязательности сторон, решительное усиление процессуальных гарантий прав обвиняемого и подозреваемого, учреждение широкого по предмету и действенного судебного контроля за досудебным производством привели к появлению принципиально нового уголовно-процессуального закона с ярко выраженной направленностью на защиту интересов личности. Однако многие предписания УПК РФ для следователей, прокуроров и судей оказались новыми, не встречавшимися на практике, а некоторые вследствие их необычности - несоответствия традиционным представлениям - непонятными и даже, по их мнению, ошибочными, снижающими эффективность расследования и судебного разбирательства. Естественный результат этого - трудности и ошибки при применении новых законоположений. К тому же прошедшие многочисленные мониторинги и обсуждения практики применения нового УПК РФ наряду с его достоинствами выявили недостатки и противоречия, отмеченные в печати.

Опыт применения УПК РФ высветил новые проблемы, требующие своего решения, и подсказал пути совершенствования в этом направлении норм Кодекса. Это, полагаем, стало причиной принятия ряда законов об изменениях и дополнениях УПК РФ.

2. Заметной вехой на пути обновления доказательственного права стал Федеральный закон от 4 июля 2003 г. N 92-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации".

В первую очередь следует отметить расширение видов доказательств, регламентированных ст. 74 УПК РФ. Таковыми теперь наряду с прежними признаны заключения и показания специалиста. Согласно ч. 3 ст. 80 УПК РФ заключение специалиста - это представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами. Показания же специалиста, как сказано в ч. 4 ст. 80 УПК РФ, это сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения.

Новые законоположения существенно изменяют представления о функциях специалиста и рождают ряд вопросов. Прежде всего неясно, в какой форме и при каких условиях специалист должен дать свое заключение. Ведь традиционно его статус понимался как статус научно-технического помощника следователя или суда, отграниченный от статуса эксперта. И это вытекает из ч. 1 ст. 58 УПК РФ, согласно которой специалист участвует в процессуальных действиях для содействия следователю в получении доказательств, а также в применении технических средств в исследовании материалов дела, помогает ставить вопросы эксперту, разъясняет сторонам и суду вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию. При известной нечеткости данной формулировки из нее все же следует, что специалист выполняет стоящие перед ним задачи, участвуя в следственном действии. Правда, в такой обрисовке без достаточных оснований объединены его непроцессуальные (консультации о круге вопросов, которые надлежит поставить перед экспертом) и процессуальные действия (практические операции для оказания помощи следователю и суду в получении доказательств). Помимо ст. 58, определяющей задачи и содержание деятельности специалиста, УПК РФ упоминает о нем также в п. 3 ч. 1 ст. 53, предусматривая право

защитника привлекать специалиста для оказания содействия в выполнении защитником своих функций. Представляется, что это еще один вид непроцессуальной деятельности специалиста, так как закон не устанавливает процессуальных форм такого сотрудничества. Что же касается разъяснения вопросов, "входящих в профессиональную компетенцию специалиста", то из контекста ст. 58 УПК РФ вытекает, что эти разъяснения касаются опять-таки участия специалиста в следственных действиях. Ни в ст. 58, ни в ст. 251 и 270 УПК РФ (специалист в суде) ничего не сказано о том, кто, когда и в какой форме ставит перед специалистом за рамками следственного действия вопросы, на которые он должен ответить, давая заключение.

Противоречиво, как представляется, и само нормативное определение заключения специалиста. Название ст. 80 "Заключение и показания эксперта и специалиста" означает, как известно, "утверждение, являющееся выводом из чего-нибудь" <1>. Содержание же заключения в тексте ч. 3 ст. 80 УПК РФ определено как "суждение по вопросам, поставленным перед специалистом". Но слово "суждение" означает либо сочетание двух понятий (субъекта и предиката), либо опять-таки "мнение, заключение" <2>. По-видимому, законодатель употребил слово "суждение" для того, чтобы не допускать тавтологии в содержании ст. 80 УПК РФ. Но и семантически, и фактически, говоря о суждении, новая ч. 3 ст. 80 УПК РФ имеет в виду заключение, т.е. вывод, сделанный в результате исследования каких-либо объектов (трактовка термина "заключение" как вывода четко отобразилась в нормативном определении заключения эксперта в ч. 1 ст. 80). Если это так, совершенно неясно, какие именно факты специалист исследует, по чьей инициативе и на основе чего он дает свое заключение, т.е. строит выводы.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. С. 203.

<2> Там же. С. 767.

Не вполне ясным является и определение показаний специалиста (ч. 4 ст. 80 УПК РФ) как сведений, сообщенных им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснений своего мнения. Последняя часть определения-разъяснения связана, по-видимому, с разъясняемым, т.е. с заключением специалиста, которое, как отмечено, само по себе недостаточно ясное. Первая же его часть - это, в сущности, показания сведущего свидетеля, как они обрисованы многими исследователями. Полагаем, что именно такая процессуальная форма наиболее соответствует сути сведений, сообщаемых на допросе лицом, обладающим специальными познаниями, ибо в большинстве случаев они сообщают, а также оценивают воспринятую ими лично доказательственную информацию.

Главная же трудность в практическом применении этих законоположений состоит в невозможности разграничить заключение эксперта и заключение специалиста, так как и то и другое представляет собой вывод, сделанный на основе имеющихся у лица специальных познаний. С этим связан другой недостаток - отсутствие в ч. 3 ст. 80 УПК РФ не только оснований и порядка постановки вопросов перед специалистом, но и представленных сторонам гарантий, обеспечивающих объективность и обоснованность его заключения, наподобие тех, которыми они наделены при проведении экспертизы, т.е. правом заявить отвод эксперту, просить о включении в состав экспертов предлагаемого специалиста, ставить перед экспертом дополнительные вопросы и т.д. (ст. 198 УПК РФ). Но такие гарантии в рассматриваемой ситуации необходимы, так как заключение специалиста может касаться обстоятельств, которые имеют для сторон важное значение и на установление которых они должны иметь возможность повлиять.

Следует вообще заметить, что попытки придать суждениям специалиста доказательственное значение предпринимались издавна (см., например, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 сентября 1975 г. N 5 "О соблюдении судами Российской Федерации процессуального законодательства при судебном разбирательстве

уголовных дел"). Но законодатель ранее их не поддерживал, видимо, понимая, что этим опасно размывается грань между заключением специалиста и заключением эксперта. Победа этой тенденции вряд ли принесет положительные результаты, но создаст опасность разрушения института экспертизы посредством проведения ее в непроцессуальной форме, что неминуемо повлечет серьезные нарушения прав участников процесса <1>.

- -

<1> Включение заключений и показаний специалиста в число доказательств критически оценивают многие процессуалисты (см., например: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. 1. С. 159; Хитрова О.В. Заключение и показание специалиста - новые доказательства в уголовном судопроизводстве // Материалы Международной научно-практической конференции. М., 2004. С. 149 - 153). В.Т. Безлепкин считает, что отнесение заключения и показания специалиста к самостоятельной разновидности доказательств не имеет научного обоснования (см.: Безлепкин В.Т. Уголовный процесс России: Учебное пособие. М., 2006. С. 135). Как отмечает В.П. Божьев, заключение специалиста не может быть признано доказательством в связи с несоблюдением требований допустимости, в частности правил о собирании доказательств в установленном законом порядке (см.: Божьев В.П. Изменения УПК РФ - не всегда средство его совершенствования // Законность. 2005. N 8. С. 2 - 3). По мнению В.И. Зажицкого, с включением в систему доказательственного права заключения и показания специалиста нового вида доказательств не появилось, а попытки обосновать его самостоятельность обречены на неудачу (см.: Зажицкий В.И. Заключение и показание специалиста в системе доказательственного права // Российская юстиция. 2007. N 9. С. 58).

3. Федеральный закон от 4 июля 2003 г. внес уточнения и дополнения в содержание отдельных доказательств, предусмотренных УПК РФ. Так, перечень предметов, служащих вещественными доказательствами, был дополнен указанием на имущество, деньги и ценности, полученные в результате преступных действий либо нажитые преступным путем (п. 2.1 ч. 1 ст. 81 УПК РФ). В этой норме речь идет не об имущественных правах, а об имуществе в узком смысле слова. Дополнение охватывает два вида предметов: первый - это предметы, непосредственно изъятые у потерпевших (при краже, грабеже, разбойном нападении и т.д.). Здесь названный вид вещественных доказательств пересекается с подвидом, указанным в УПК РФ, - предметами, на которые были направлены преступные действия (п. 2 ч. 1 ст. 81). Второй вид - ценности, нажитые преступным путем. Здесь речь идет о трансформации имущества, непосредственно добытого преступлением, в иные формы, прежде всего в ценности, приобретенные за счет реализации имущества первого вида. Такое дополнение представляется вполне оправданным, ибо УПК РФ поначалу без необходимости сократил перечень вещественных доказательств, известный УПК РСФСР (ст. 83). Это создало на практике трудности при определении доказательственной ценности разнообразного имущества, полученного в результате преступления. Естественно, что при использовании его в целях доказывания должен быть установлен упомянутый выше факт трансформации имущества.

Следует при этом отметить, что три года спустя Федеральным законом от 27 июля 2006 г. N 153-ФЗ п. 2.1 ч. 1 ст. 81 УПК РФ был подвергнут дополнительной корректировке. В новой редакции прежнее основание признания предмета вещественным доказательством, такое, как: "имущество, деньги и иные ценности, полученные в результате преступных действий либо нажитые преступным путем", получило иную формулировку: "деньги, ценности и иное имущество, полученное в результате совершения преступления". Причиной появления новой формулировки стало существенное изменение уголовного законодательства - включение в УК РФ новой главы 15.1, названной "Конфискация имущества". Вызванная к жизни стремлением законодателя усилить борьбу

с терроризмом и иными опасными преступлениями посредством подрыва их имущественной базы, эта глава предусматривает возможность конфискации имущества, которое, как сказано в п. "а" - "в" ч. 1 ст. 104.1 УК РФ, было непосредственно добыто совершением преступления либо после этого преобразовано в иную форму, или служило орудием совершения преступления, или использовалось для финансирования деятельности преступных групп, но также и доходов от этого имущества.

Последнее, как представляется, трудно уложить в такой вид вещественного доказательства, как имущество, нажитое преступным путем. Однако Федеральный закон от 27 июля 2006 г. это имущество также признает вещественным доказательством, подлежащим конфискации, внеся дополнения в ст. 81 УПК РФ, определяющую судьбу вещественных доказательств. П. 4.1 ч. 3 этой статьи устанавливает, что имущество, указанное в п. "а" - "в" ч. 1 ст. 104.1 УК РФ (т.е. и доходы от незаконно полученного имущества), подлежит конфискации в порядке, установленном Правительством РФ. Аналогичная расширенная трактовка понятия вещественного доказательства усматривается и из п. 3.1 ст. 82 УПК РФ. В то же время новый п. 4.1 ст. 307 УПК РФ, регламентируя описательно-мотивировочную часть обвинительного приговора и упоминая о конфискации названного выше имущества, не определяет его как вещественное доказательство, что наводит на мысль о том, что речь идет не о специфической "процессуальной конфискации", а о возрождении ранее упраздненной меры уголовного наказания - конфискации имущества. Ввиду сказанного обновленная формулировка ст. 81 УПК РФ не проясняет, на наш взгляд, определения вещественных доказательств и создает трудности при их использовании в целях доказывания.

Существенной новеллой, внесенной Федеральным законом от 4 июля 2003 г., является положение о том, что "материалы, содержащие сведения о новом преступлении и выделенные в отдельное производство, допускаются в качестве доказательств по данному уголовному делу" (ч. 2 ст. 155 УПК РФ). Отметим, что в ст. 155 речь идет о выделении в отдельное производство не уголовного дела, а "материалов уголовного дела", указывающих на совершение нового преступления. Органу расследования, получившему данные материалы, предстоит определить, содержатся ли в них достаточные данные о признаках преступления, т.е. основания для возбуждения уголовного дела, и принять соответствующее решение. Поэтому не вполне понятно, по какому "данному уголовному делу" они признаются доказательствами. К тому же вопрос о допустимости этих материалов, поскольку они могли быть получены и в непроцессуальном режиме, проблематичен. Новое законоположение следует, на наш взгляд, трактовать в том смысле, что доказательственную ценность имеют те материалы, которые были получены при исследовании нового эпизода в рамках "основного" уголовного дела, но путем проведения соответствующих процессуальных действий, т.е. соответствующие требованиям допустимости. Что же касается иных материалов - рапортов, объяснений и проч., они будут доказательствами ("иными документами") при условии соблюдения процедур их получения также в рамках "основного" уголовного дела. Полагаем, что такая трактовка нового законоположения ограничит возможность признания доказательствами материалов, полученных в непроцессуальном режиме.

4. В литературе уже обращалось внимание на то, что новый УПК РФ не содержит четкого обозначения известных прежнему законодательству приемов доследственной проверки, ограничиваясь упоминанием о необходимости проверки поступивших сообщений (ч. 1 - 3 ст. 144) и о возможности проведения в стадии возбуждения уголовного дела некоторых следственных действий (ч. 4 ст. 146) <1>. Однако выявление достаточных данных о признаках преступления, необходимых для возбуждения уголовного дела, без подобной проверки часто оказывается невозможным, особенно по делам, связанным с учетом и хранением ценностей, их движением и т.д. Поэтому положительной оценки заслуживает восстановление в УПК РФ права органов расследования и прокурора требовать при рассмотрении сообщений о преступлении

производства документальных проверок, ревизий и привлекать к их участию специалистов с соответствующим продлением сроков проверки (п. 3 ст. 144). Без этого обычно невозможно выявить в полном объеме злоупотребления, связанные с документацией. Но, думается, законодатель остановился на полпути. Хотя сама по себе ревизия продолжает оставаться институтом административного права, основные черты ее назначения при производстве по делу (вынесение постановления с определением объема задания, круга исполнителей, ответственности за невыполнение требований органа расследования и т.п.) должны быть урегулированы в уголовно-процессуальном законе. Известно, с какими трудностями приходится сталкиваться следователям при организации ревизий и документальных проверок. Эти трудности можно преодолеть при надлежащей процессуальной регламентации данных приемов. Тогда признание и актов ревизий, и документальных проверок допустимыми доказательствами - иными документами, имело бы под собой необходимые процессуальные основания.

- -

<1> Новая редакция этой нормы, определенная Федеральным законом от 5 июня 2007 г. (см. гл. 12 монографии), исключила возможность проведения на стадии возбуждения уголовного дела освидетельствования и судебной экспертизы.

5. Обновленное законодательство существенно усиливает роль адвоката, участвующего в производстве следственных действий, в том числе и при даче показаний свидетелем. Уже закрепленное в УПК РФ право свидетеля пользоваться помощью адвоката стало важной и эффективной мерой, выводящей наш уголовно-процессуальный закон на уровень требований Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. Оно приобретает особую значимость тогда, когда в отношении свидетеля применяются акции, которые можно интерпретировать как скрытое проявление уголовного преследования (обыск, выемка, очная ставка и т.п.). Но было трудно объяснить, почему адвокат, присутствуя на допросе, не имел, как теперь сказано в ч. 5 ст. 189 УПК РФ, права задавать вопросы свидетелю, комментировать его ответы, а мог лишь заявить о нарушении прав и законных интересов свидетеля. Изменения, внесенные в эту норму, представили адвокату свидетеля все права, которыми располагает защитник обвиняемого и подозреваемого. Кроме того, конкретизирован и расширен статус самого защитника в случаях, когда он участвует в производстве следственных действий. Новая ч. 2 ст. 53 УПК РФ наделяет защитника правом в рамках оказания помощи подзащитному давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемому, а при подписании протокола - делать замечания по поводу правильности и полноты записей. Наделение защитника (и особенно адвоката свидетеля) этими правами превращает его из фактически безгласного понятого в активного участника следственного действия, имеющего возможность предотвратить неправомерное давление на допрашиваемого <1>.

- -

<1> В связи с этим дополнением ст. 53 УПК РФ уместно еще раз обратить внимание на неправомерность трактовки некоторыми криминалистами любой деятельности защитника как злонамеренного противодействия расследованию (об этом см. гл. 9 монографии).

Вполне оправданно эти права адвоката распространены и на случай участия адвоката в очной ставке со свидетелем, поскольку и в этом следственном действии свидетель дает показания. Но непонятно, вправе ли адвокат участвовать в предъявлении для опознания, когда свидетель является опознаваемым (часто - заподозренным лицом) или опознающим (т.е. лицом, дающим показания), а также в проверке показаний на месте, когда объектом проверки являются показания свидетеля, и каковы права адвоката в этих случаях. Исходя из роли адвоката, привлеченного к следственным действиям с участием свидетеля, как представителя его интересов, умолчание об этом представляется неоправданным

пробелом закона. Упомянув о праве лица, в помещении которого проводится обыск, приглашать адвоката для участия в этом следственном действии (ч. 11 ст. 182 УПК РФ), законодатель не распространил на адвоката права защитника, предусмотренные ч. 2 ст. 53 УПК РФ, что также представляется пробелом закона. Думается, что положения этой нормы должны применяться и при участии в следственных действиях адвоката - представителя потерпевшего в случаях, когда к ним привлечен потерпевший. Хотя следователь и потерпевший выполняют в процессе одну и ту же процессуальную функцию уголовного преследования, законные интересы потерпевшего не всегда получают необходимую защиту. И деятельность адвоката - представителя потерпевшего, наделенного такими же правами, как и адвокат свидетеля, может стать эффективной гарантией защиты прав потерпевшего.

6. Предусмотрены серьезные гарантии, обеспечивающие использование в целях доказывания материалов, полученных на досудебном производстве. Некоторые нормы УПК РФ (п. 1 ч. 2 ст. 75, ст. 276) изначально содержали правила, фактически позволявшие стороне защиты в суде устранять из доказывания показания обвиняемого, признающего свою вину, хотя они были получены органами расследования с соблюдением надлежащей процедуры. На этой основе сложилась ситуация, когда напряженная и, казалось бы, плодотворная работа следователей, позволившая с соблюдением закона и с опорой на тактические рекомендации раскрыть преступление, обосновать вину обвиняемого, становилась как бы ненужной и лишенной смысла ввиду того, что "признательные" показания обвиняемого не могли быть оглашены в суде. Ранее уже было обращено внимание на необоснованность высказанных в литературе предложений исключить показания обвиняемого из числа доказательств как ненужные либо превратить их в показания свидетеля по своему делу. При этом оставлялось без внимания то, что даже в США, где сведения, сообщенные обвиняемым, рассматриваются как свидетельские показания, закон и правоприменительная практика признают за ними, в том числе и за признанием вины до суда, значение доказательства (аффидевит), обусловливая такую оценку соблюдением при получении показаний процедуры, подтверждающей добровольность признания, - присутствия адвоката при допросе, соблюдения других гарантий, исключающих давление полиции (правила Миранды в уголовном процессе США). Несмотря на то что судебная трактовка этой процедуры порой упрощается, а сама она достаточно часто нарушается полицией, принципиального отказа от принятия досудебных признаний в качестве доказательств в судебной практике США все же не наблюдается <1>. Нельзя забывать, что российский уголовный процесс остается в основе своей смешанным, поскольку предварительное расследование построено в нем в значительной мере на розыскных началах <2>. При такой конструкции сведения, полученные законным способом и облеченные в надлежащую процессуальную форму, становятся доказательствами, как отмечено ранее, уже на стадии предварительного расследования и по большей части сохраняют это значение в суде <3>. Исходя из сказанного, при анализе положений ст. 75 и 276 УПК РФ, ограничивающих возможность использования показаний обвиняемого в доказывании, речь следует вести не об устранении показаний обвиняемого из доказывания, а о гарантиях получения от обвиняемого на досудебном производстве неискаженной информации.

- -

<1> См.: Михайловская И.Б. Уголовное судопроизводство США. М., 1972. С. 21, 45; Лубенский А.И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств. М., 1977. С. 93 - 99.

<2> Об этом подробнее см. гл. 12 монографии.

<3> См. гл. 7 монографии.

Именно эта мысль получила четкое выражение в Федеральном законе от 4 июля 2003 г. Так, новая редакция п. 3 ч. 4 ст. 47, сохранив за обвиняемым право возражать против

обвинения, давать показания по предъявленному обвинению либо отказаться от дачи показаний, наряду с этим устанавливает: "При согласии обвиняемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного пунктом 1 части второй статьи 75 настоящего Кодекса". Аналогичным предписанием (п. 2 ч. 4 ст. 46) дополнены и права подозреваемого.

Последняя часть этой формулы призвана исключить из доказывания не подтвержденные в суде показания подозреваемого и обвиняемого, данные ими в отсутствие защитника, т.е. в условиях, когда не исключено неправомерное давление на допрашиваемых со стороны органа расследования с целью получения желаемых показаний. Следовательно, гарантии достоверности таких показаний чрезвычайно важны. Но, как уже отмечалось, неоправданным представляется признание показаний этих лиц недопустимыми не только в случае, когда они даны в отсутствие защитника, но и тогда, когда эти лица имели возможность воспользоваться при допросе помощью защитника, но отказались от нее (п. 1 ч. 2 ст. 75). Федеральный закон от 4 июля 2003 г., сохранив это положение неизменным, предусмотрел в ч. 2 ст. 52 УПК РФ важную новеллу, связанную с рассматриваемой ситуацией: отказ обвиняемого и подозреваемого от защитника не является обязательным для следователя и дознавателя, независимо от того, обязательно ли по закону участие защитника в деле или нет. Можно предположить, что, желая сохранить доказательственное значение признания вины, исходящего от подозреваемого или обвиняемого, следователи и дознаватели, опираясь на эту норму, всячески будут стремиться к тому, чтобы защитник присутствовал при допросе, даже если допрашиваемые от него отказываются. По ряду оснований такое решение вряд ли может быть признано оптимальным. Не лучше ли решать проблему иначе - исключить из ст. 75 УПК РФ неоправданную оговорку об отказе допрашиваемых от защитника?

7. Аналогичное положение сложилось и с возможностью огласить в суде показания потерпевшего, которые по природе своей часто содержат улики против обвиняемого, а также показания свидетеля, которые нередко также уличают обвиняемого. Согласно ч. 1 ст. 281 УПК РФ оглашение показаний этих лиц в случаях, когда имелись существенные противоречия между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде, а также при неявке их в судебное заседание, ранее допускалось только с согласия сторон. Пользуясь таким правом, сторона защиты получила широкие возможности блокировать, исключать из доказывания показания свидетелей и потерпевших, уличавших обвиняемого. Сознавая неоправданность ограничения прав обвинения, судьи на практике в подобных ситуациях обходили его, оглашая вопреки закону, по ходатайству обвинителя, показания этих лиц, данные на предварительном расследовании. Федеральный закон от 4 июля 2003 г. устранил эту очевидную несправедливость. Хотя в новой редакции ст. 281 УПК РФ согласие сторон как условие оглашения показаний при неявке свидетеля и потерпевшего в суд сохранено в качестве общего правила (ч. 1 ст. 281 УПК РФ), из него сделано существенное исключение. Суть его в том, что если потерпевший и свидетель отсутствуют в суде не злонамеренно, а в силу объективных причин, суд по ходатайству одной из сторон и даже по собственной инициативе вправе принять решение об оглашении данных ими ранее показаний (ч. 2 ст. 281 УПК РФ).

Уважительными причинами неявки свидетелей и потерпевших, допускающими оглашение их прежних показаний, признаны: смерть; тяжелая болезнь, препятствующая явке; отказ лиц, являющихся иностранными гражданами, явиться в суд; стихийные бедствия или иное чрезвычайное обстоятельство, препятствующее явке в суд. К числу подобных чрезвычайных обстоятельств можно, полагаем, отнести и выявленный органами расследования или судом факт угрозы расправой со стороны лиц, которые добиваются блокирования показаний, изобличающих обвиняемого. За рамками этого перечня остается случай, когда свидетель или потерпевший сознательно уклоняются от явки, не желая дать

показания, уличающие обвиняемого. Если эти лица не обладают правом на свидетельский иммунитет, для преодоления подобного противодействия сохраняется лишь возможность привода по решению суда, наложения денежного взыскания за неявку и допроса в суде.

Кардинально изменена и возможность оглашения показаний свидетеля и потерпевшего, полученных на предварительном следствии, в случае если в суде они изменили свою позицию и дали показания, существенно противоречащие прежним. И в этом случае не требуется согласия обеих сторон на оглашение показаний, как об этом изначально говорилось в ст. 281 УПК РФ: они могут быть оглашены по ходатайству стороны, т.е. даже при возражении второй стороны против оглашения (ч. 3 ст. 281).

Оценивая изменения ст. 281 УПК РФ, нельзя обойти вопрос: означают ли они перераспределение приоритетов в пользу стороны обвинения за счет ослабления гарантий защиты? Думается, что приоритетной целью законодателя являлось усиление гарантий установления истины.

Несомненно, что к установлению истины обязаны стремиться органы расследования, но небезразлична она и суду, который, не вставая ни на сторону обвинения, ни на сторону защиты, располагает для ее достижения достаточными полномочиями. Именно в стремлении к истине следует, полагаем, видеть причины изменений ст. 281 УПК РФ. И они отнюдь не умаляют возможностей эффективной защиты. В этих изменениях нет ничего, что мешало бы защите активно и целенаправленно осуществлять свои функции, хотя именно этого опасались некоторые юристы. Если свидетель и потерпевший дали, по мнению защиты, инициированные оперативными работниками ложные показания против обвиняемого, а затем не явились в суд и оказалось невозможным доставить их туда приводом (такое случается на практике, когда выясняется, что свидетели и потерпевшие не проживают по указанным ими адресам, т.е. их показания скорее всего сфальсифицированы), за защитой сохранилось право воспрепятствовать оглашению таких сомнительных показаний. Если же оглашаются показания лиц, не явившихся в суд по уважительным причинам, защита вправе исследовать эти показания путем сопоставления их с имеющимися в деле доказательствами, применять другие методы проверки, с тем чтобы испытать "на прочность" показания, уличающие обвиняемого. Наконец, если потерпевший и свидетель в суде изменили свои первоначальные показания в пользу подсудимых, защита вправе обосновать достоверность последних показаний и ошибочность либо ложность первоначальных. Кстати, возможность критиковать показания свидетеля и потерпевших, уличающие обвиняемого, защита имела еще на предварительном следствии, и если ей не удалось тогда доказать их недопустимость либо ложность, такая возможность сохраняется за ней и теперь - в судебном разбирательстве. Соответственно в противоположном направлении вправе действовать и обвинитель.

8. Следует отметить и другие изменения УПК РФ, связанные с досудебным производством и направленные на преодоление возникающих в ходе доказывания трудностей. Федеральный закон от 4 июля 2003 г. в п. 4 ч. 1 ст. 237 УПК РФ предусмотрел право судьи возвращать с предварительного слушания уголовное дело (или два уголовных дела) прокурору, если судья обнаружил основания для объединения дел в одном производстве. Данное нововведение само по себе оправданно, ибо в практике иногда складывается ситуация, когда в суд поступают два отдельных дела, требующих объединения в одно производство. Чтобы выполнить это требование, следователь (дознаватель), которому будет поручено его исполнение, должен произвести по крайней мере одно процессуальное действие - вынести постановление об объединении дел. Но вслед за этим может возникнуть необходимость предъявить обвиняемому (обвиняемым) новое обвинение с вменением новых эпизодов или с обозначением ранее не инкриминированных форм соучастия (ст. 175 УПК РФ). Новое обвинение в обязательном порядке потребует допросить по нему обвиняемых, т.е. выполнить следственное действие, имеющее целью получить доказательства. Нетрудно представить себе ситуацию, когда защита или сам следователь (дознаватель) сочтут необходимым проверить показания

обвиняемого и провести в этих целях другие следственные действия. Без их выполнения трудно представить себе объединение дел. Такие действия весьма схожи с дополнительным расследованием, т.е. с институтом, от которого УПК РФ решительно отказался.

Стремясь предотвратить реанимацию этого института, законодатель запретил "производство каких-либо следственных или иных процессуальных действий, не предусмотренных настоящей статьей" (ч. 4 ст. 237 УПК РФ). Отметим некоторую двусмысленность этой формулы, как бы подразумевающей возможность проведения в рассматриваемой ситуации следственных действий, якобы "предусмотренных настоящей статьей". Конституционный Суд РФ в Постановлении от 8 декабря 2003 г. N 18-П признал ч. 4 ст. 237 УПК РФ не соответствующей Конституции РФ и пришел к выводу, что при возвращении прокурору уголовного дела возможно проведение следственного действия, но без восполнения неполноты произведенного расследования, т.е. собирания обвинительных доказательств. Запрет дополнительного расследования усилен положением о том, что доказательства, полученные при истечении процессуальных сроков, предусмотренных ст. 237 УПК РФ (т.е. по истечении пяти суток), "либо при производстве процессуальных действий, не предусмотренных настоящей статьей, признаются недопустимыми" (ч. 5 ст. 237 УПК РФ).

Анализ рассмотренных новелл дает основания заключить, что в них содержится трудноразрешимое противоречие: если судья вправе возвратить прокурору уголовное дело для его объединения с другим делом, то это почти всегда сопряжено с получением новых доказательств, которые, однако, заранее объявляются недопустимыми. Представляется, что такое положение скорее всего толкнет следователей и дознавателей на сознательное, но вынужденное пренебрежение требованиями закона и Конституционного Суда РФ о возможности проведения только таких следственных действий, которые не связаны с восполнением неполноты предварительного расследования, и может практически привести к возрождению института дополнительного расследования, что уже наблюдается на практике. По-видимому, необходима более четкая правовая регламентация рассмотренной ситуации, например в виде строгого перечня следственных действий, которые можно будет произвести, и определения для этого реального предельного срока.

9. Совершенствованию процедуры проведения следственных действий служит более четкое определение роли и обязанностей участвующих в них эксперта, переводчика и понятых. В дополнениях к ст. 58 - 60 УПК РФ, внесенных Законом от 4 июля 2003 г., четко обозначено, что эти лица не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора и в суд, а в дополнении к ст. 111 (вкупе с предписаниями ст. 117 УПК РФ) впервые в недвусмысленной форме определено, что в случае неисполнения своих процессуальных обязанностей (в том числе, несомненно, и при отказе выполнить обязанности в виде неявки по вызову) эти участники могут быть подвергнуты денежному взысканию. Такое нововведение, особенно в отношении понятых, имеет важное практическое значение. В литературе неоднократно отмечалось, что отсутствие каких-либо процессуальных санкций за отказ гражданина быть понятым отнюдь не способствует законности и эффективности осмотра, обыска и т.д., поскольку без понятых проводить указанные действия нельзя. Трудности решения данной проблемы хорошо знакомы практическим работникам: нередко, сталкиваясь с отказом граждан под разными предлогами быть понятыми, они лишены возможности преодолеть отказ с помощью мер принуждения. Полагаем, что возможность применения в подобных случаях правовосстановительной санкции - привода и штрафной санкции - денежного взыскания поможет в какой-то мере повысить эффективность ряда следственных действий.

Упрочнению процессуальных гарантий лиц, подвергаемых личному обыску, способствует устранение факультативности при решении вопроса, надо ли к данному действию привлекать понятых. Как известно, ст. 170 УПК РФ, определяя круг следственных действий, в которых обязательно участвуют понятые, не упоминала среди

них личный обыск, а в ч. 3 ст. 184 Кодекса говорилось, что личный обыск проводится в присутствии понятых, "если они участвуют в данном следственном действии". Теперь ч. 1 ст. 170 УПК РФ включила личный обыск в число следственных действий, при которых обязательно присутствуют понятые, что следует считать вполне разумной мерой, учитывая распространившиеся в последнее время случаи "подбрасывания" улик обыскиваемому. Непонятно только, почему в ч. 3 ст. 184 осталась оговорка о диспозитивности этого правила, способная дезориентировать следователей и дознавателей.

10. Из вышесказанного видно, что направленность и значение рассмотренных выше изменений и дополнений к УПК РФ однозначно определить трудно. Во многих из них реализованы ожидания правоохранительных органов, эффективная деятельность которых сдерживалась не вполне обоснованными и ныне устраненными запретами. Другими нововведениями расширены и укреплены гарантии законных интересов участников процесса, право обвиняемого, подозреваемого на защиту. Вместе с тем не все новые законоположения совершенствуют УПК РФ в этих направлениях, а некоторые из них (введение новых видов доказательств) способны, как представляется, лишь дезориентировать практику и породить путаницу. Но и изменения, заслуживающие положительной оценки, не в полной мере последовательны и свободны от отмеченных выше противоречий.

Задача совершенствования нового по своей идеологии Уголовно-процессуального кодекса РФ весьма сложна, проверка его практикой правоприменения, несомненно, выявит и новые проблемы. Но уже теперь требуют уточнений и дополнений многие нормы УПК РФ, не способствующие в их нынешнем виде эффективному достижению целей доказывания.

Трудно, например, объяснить сохранение закрепленного в п. 7 ст. 164 УПК РФ права следователя привлечь к проведению следственного действия оперативного работника. Поскольку "должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность", процессуальных функций не выполняет, неясно, зачем следователю, осуществляющему процессуальную функцию обвинения, приглашать его для участия в процессуальном действии, в то время как более важным является привлечение к такому действию адвоката, выполняющего противоположную функцию - защиту. Ранее (см. гл. 7 монографии) уже отмечалось, что допуск к допросу оперативного работника не соответствует закону, так как представляет собой нарушение информационного характера допроса как взаимодействия следователя и допрашиваемого при отсутствии посторонних лиц. Неясность роли оперативника в следственном действии рождает крамольную мысль: закон допускает его приглашение для того, чтобы он "склонил" заподозренного к сознанию. Однако подобная цель противоречит назначению и многим принципам уголовного процесса. Учитывая вышесказанное, вызывает сомнение также и право органа расследования разрешить оперативному работнику встречаться с подозреваемым в месте, где он содержится под стражей, "в случае необходимости проведения оперативно-розыскных мероприятий" (ч. 2 ст. 95 УПК РФ). Последние, полагаем, не должны официально вклиниваться в процессуальную деятельность органов расследования. И первые, и вторые осуществляются в разных правовых сферах, которые не должны пересекаться. К тому же в глазах подозреваемого следователь (или дознаватель) становится не объективным "хозяином расследования", а своеобразным помощником оперативника, что не будет способствовать его авторитету. Сказанное, разумеется, ни в коей мере не означает отрицания важной роли ОРД для раскрытия преступления и обеспечения успеха расследования. Речь идет лишь о том, что правовая регламентация форм осуществления этой деятельности (по преимуществу негласных), фактически имеющая место в вышеописанных случаях, должна лежать за пределами уголовно-процессуального регулирования и уж во всяком случае не принижать роли

процессуальной деятельности и не оправдывать слияния ее с деятельностью непроцессуальной.

11. Критической оценки заслуживает также регламентация в УПК РФ следственных действий - основных способов собирания доказательств. Анализ соответствующих норм показывает, что наряду с усилением гарантий прав и интересов участников следственных действий недостатки правового регулирования, свойственные прежнему уголовно-процессуальному законодательству, остались неустраненными. В ряде случаев разработчики УПК РФ сознательно упростили процедуру проведения следственных действий и проигнорировали многочисленные разработки ученых, стремившихся повысить их эффектность. Это в первую очередь касается определения целей следственных действий, от которых в свою очередь зависит выявление оснований их проведения и в конечном счете правильный выбор следственного действия. Отсутствие ясного представления о цели следственного действия может привести следователя к необоснованному его проведению, само следственное действие окажется неэффективным, а его результат - недопустимым доказательством. Так, в ст. 192 УПК РФ не определена цель очной ставки. В статье говорится, что это следственное действие проводится, "если в показаниях ранее допрошенных лиц имеются существенные противоречия". Заметим, что это лишь условие, а не цель очной ставки. Если же цель очной ставки видеть в устранении противоречий, как иногда полагают, то она может считаться достигнутой даже тогда, когда правдивый участник очной ставки перейдет на позицию лгущего, "погасив" этим имевшиеся противоречия. Непонятно, почему правильное определение цели этого действия - выявление причин существенных противоречий в показаниях, имевшееся в ст. 208 проекта УПК РФ, подготовленного ко второму чтению, оказалось исключенным из текста нового Кодекса.

Сказанное относится и к предъявлению для опознания, цель которого - установление тождества, сходства, а также различия идеального и реального объектов - была правильно определена в проекте УПК РФ, подготовленном ко второму чтению (ст. 209), но также опущена в окончательном тексте Кодекса. Между тем неясность представлений о цели опознания может дезориентировать следователя и породить ошибки.

Недоумение вызывает и обозначение цели проверки показаний на месте как "установление новых обстоятельств, имеющих значение для дела" (ст. 194 УПК РФ). Такая формула лишь затуманивает смысл "проверки на месте", ибо любое следственное действие направлено на выявление существенных обстоятельств дела, в том числе и новых. Подчеркнем, что подобное упрощенчество далеко не безобидно. Многочисленные исследования показали, что значительная часть следователей не понимает (или не желает учитывать) подлинной проверочной цели этого действия и применяет его для неправомерного "закрепления" признания обвиняемого. Этой практике была бы поставлена преграда указанием в УПК РФ на цель "проверки на месте", правильно обозначенную в ст. 211 проекта УПК РФ, подготовленного ко второму чтению: "выявление достоверности показаний путем их сопоставления с обстановкой события". Можно с достаточным основанием предположить, что путаное определение в законе цели данного действия будет оправдывать и объяснять продолжение противозаконной практики "закрепления" сознания, что отнюдь не укрепит законность расследования.

Оценивая подобные упрощенчества, трудно отделаться от мысли, что разработчики нового Кодекса, правильно сосредоточив свои усилия на повышении роли суда в процессе и на укреплении процессуальных гарантий его участников, как бы оттеснили на второй план мысль о том, что эффективное предварительное следствие есть важное условие успешности судебного разбирательства. Видимо, по этой причине они пренебрегли возможностью учесть наработки ученых и на этой основе усовершенствовать прежнее законодательство о следственных действиях, полагая, что суд сам разберется, правильно они проводились или нет. Суд, может быть, и разберется, да как быть с эффективностью

предварительного следствия? Ведь его ошибки могут привести к тому, что цели правосудия окажутся недостигнутыми (ст. 6 УПК РФ).

Ранее уже обращалось внимание на несовершенство формулировки ст. 220 УПК РФ, позволяющей следователю при составлении обвинительного заключения ограничиться лишь "перечнем доказательств" обвинения и защиты. Это привело к появлению противоположных суждений ученых, одни из которых поддерживали ее, а другие критиковали <1>. Противоречащие презумпции невиновности и праву обвиняемого на защиту утверждения о том, что следователь не обязан мотивированно опровергать доводы обвиняемого о своей невиновности, были отвергнуты Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. N 1. Пленум отметил, что перечисление в обвинительном заключении лишь источников (т.е. видов) доказательств без анализа их содержания нарушает право обвиняемого на защиту, так как лишает его возможности оспорить отдельные доказательства и выработать тактику защиты на судебном следствии. По этим основаниям Пленум посчитал обоснованным возвращение судом дела прокурору для устранения нарушений уголовно-процессуального закона при составлении обвинительного заключения. Думается, что для предотвращения подобных коллизий следует изменить редакцию ст. 220 УПК РФ, отразив в ней закрепленную в ст. 14 УПК РФ обязанность обвинения опровергнуть доводы, приводимые в защиту обвиняемого.

<1> См., например: Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. Д.Н. Козака и Е.Б. Мизуллиной (М., 2002. С. 438), где эта формулировка трактуется в буквальном, т.е. ограничительном смысле. Иначе в Научно-практическом комментарии к УПК РФ, изданном под ред. И.Л. Петрухина (М., 2002. С. 307), где обосновывается необходимость оценки доказательств обвинения и защиты. И.Л. Петрухин с достаточным основанием рассматривает иной подход как шаг "на пути к вырождению мыслящей, ответственной, интеллигентной когорты юристов" (Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. С. 62).

Весьма спорным остается закрепление в УПК РФ такого следственного действия, как контроль и запись переговоров (ст. 186). Контроль телефонных и иных переговоров определяется в п. 14.1 ст. 5 УПК РФ, в редакции Федерального закона от 4 июля 2003 г., как "прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм". Несколько расплывчатая формула, не указывающая, кем производится прослушивание, не проясняет познавательного значения данного приема. Уголовно-процессуальный кодекс РФ регламентирует данное действие в гл. 25 наряду с обыском и выемкой. Это послужило для ряда исследователей основанием видеть в нем новое следственное действие. Но в то же время Закон об ОРД предусматривает в качестве одного из оперативно-розыскных мероприятий прослушивание телефонных переговоров (п. 10 ст. 6). Анализ этих двух нормативных положений в свете познавательной характеристики следственного действия <1> приводит к выводу, что контроль и запись переговоров нельзя по ряду оснований считать следственным действием.

- -

<1> См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. С. 63.

В первую очередь можно констатировать, что при контроле переговоров отсутствует определяющий признак, присущий каждому следственному действию, - непосредственное извлечение следователем, дознавателем доказательственной информации из следов, оставленных событием, будь это следы на материальных объектах или в памяти людей. Следователь сам переговоров лиц, в которых могут содержаться интересующие его

сведения, не прослушивает, а, как видно из ст. 186 УПК РФ, поручает "техническое осуществление прослушивания и записи" соответствующим оперативным органам. Они, а не следователь с помощью технических средств осуществляют непосредственный поиск, восприятие и фиксацию нужной информации.

Во многом совпадают содержащиеся в разных актах нормативные требования, регламентирующие контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ), прослушивание телефонных переговоров (п. 10 ст. 6 Закона об ОРД), что свидетельствует об одинаковой природе указанных действий. Кроме того, следователь вправе организовать прослушивание телефонных переговоров за рамками ст. 186 Кодекса. Согласно п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ и ч. 3 ст. 7 Закона об ОРД он может поручить прослушивание оперативному органу. В этом случае речь явно идет не о следственном мероприятии, а об ОРМ. Следователь также вправе истребовать от оперативного органа материалы прослушивания независимо от того, проводилось прослушивание и запись в качестве следственного действия или ОРМ, оперативный же орган в том и другом случае представляет фонограмму следователю со своим сопроводительным документом (ст. 186 УПК РФ, ст. 11 Закона об ОРД). Из сказанного следует, что предусмотренный ст. 186 контроль и запись переговоров - это типичное оперативно-розыскное действие, несмотря на то, что эта норма устанавливает правила, не совпадающие целиком с нормами Закона об ОРД. Поэтому сохранение этой нормы в Уголовно-процессуальном кодексе нецелесообразно (заметим, что, по нашим наблюдениям, следователи при необходимости "прослушки" чаще всего прибегают к даче поручения оперативному органу) <1>.

- -

<1> Суждения автора по этому вопросу разделяют многие исследователи (см.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного судопроизводства в России. Ч. I. С. 180; Баев М.О., Баев О.Я. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Научно-практический анализ основных достижений и проблем. СПб., 2003. С. 45). Предлагая исключить ст. 186 из УПК РФ, Е.А. Доля верно отмечает, что эта норма построена на смешении оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, что противоречит основам уголовного судопроизводства (см.: Доля Е.А. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придать статус доказательства в уголовном процессе // Российская юстиция. 2007. N 6. С. 39). Также и Б.Т. Безлепкин приходит к выводу, что следственное действие, предусмотренное ст. 186 УПК РФ, имеет "засадно-разведывательный характер, не свойственный юстиционной деятельности, и его существование проблемно и в теоретическом, и в практическом отношениях" (Безлепкин Б.Т. Комментарий к УПК РФ. М., 2005. С. 285).

Полагаем, что нормы УПК РФ о доказывании ждут дальнейшего уточнения и усовершенствования.

Глава 11. СЛЕДСТВЕННЫЕ ОШИБКИ КАК ФАКТОР, СНИЖАЮЩИЙ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ДОКАЗЫВАНИЯ

1. Опасность судебных и следственных ошибок, приводящих подчас к трагическим последствиям, неоднократно отмечалась в процессуальной литературе. Об этом же свидетельствует и ряд громких судебных процессов, прошедших в конце 80-х - начале 90-х гг. XX в.

Капитальные исследования проблемы следственных и судебных ошибок были предприняты в конце прошлого столетия <1>. В их числе исследования, проведенные авторским коллективом ВНИИ Прокуратуры СССР под руководством А.Б. Соловьева с участием преподавателей Куйбышевского (ныне - Самарского) госуниверситета, в том числе и автора этих строк. Результаты исследования, проводившегося на протяжении 1985 - 1987 гг., были опубликованы в методическом пособии, изданном Прокуратурой СССР, в

тематических сборниках и ряде статей членов авторского коллектива <2>. О возрастающем интересе к проблеме следственных ошибок говорит ряд посвященных ей исследований других ученых (работы З.Ф. Ковриги, В.И. Власова, О.Я. Баева, И.М. Зайцева, С.Г. Олькова и др.).

- -

<1> Из работ, посвященных судебным ошибкам, отметим двухтомную коллективную монографию "Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок" / Под ред. В.Н. Кудрявцева (М., 1975).

<2> См.: Характер, причины и способы устранения ошибок на стадии предварительного следствия: Методическое пособие. М., 1991; Вопросы укрепления законности и устранения следственных ошибок в уголовном судопроизводстве. М., 1988; Выявление и устранение следственных ошибок при судебном рассмотрении уголовных дел: Методическое пособие / Отв. ред. А.Д. Бойков. М., 1990.

В последние годы с принятием УПК РФ проблема заметно обострилась, в первую очередь в связи с тем, что значительно возрос уровень требований к качеству предварительного расследования, усилен судебный контроль за расследованием, установлена необходимость получения разрешения суда на проведение ряда процессуальных действий, повышены требования к допустимости доказательств, предусмотрена возможность признания их недопустимыми, пользуясь этим, защита получила возможность "выбивать оружие" из рук органов обвинения, к которым причислен и следователь <1>.

- -

<1> О трудностях расследования, связанных с новым законодательством, говорилось в выступлениях на научно-практических конференциях ответственных работников органов прокуратуры и МВД (см., например: Ефремов А.Ф. (прокурор Самарской области. - С.Ш.) О некоторых проблемах применения нового УПК РФ на стадии расследования и в судебном разбирательстве; Супонев Ю.А. (зам. начальника ГУВД Самарской области. - С.Ш.) Проблемы процессуальной самостоятельности следователя в новом УПК РФ // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Самара, 2003. С. 85 - 91, 101 - 107).

Помимо этого в гл. 18 УПК РФ установлена и правовая обязанность органов расследования и суда устранять последствия допущенных ими ошибок и реабилитировать участников процесса, пострадавших от них. В соответствии со ст. 133 Кодекса право на реабилитацию в стадии расследования имеют подозреваемый и обвиняемый, уголовное преследование в отношении которых прекращено по основаниям, указывающим на их невиновность или на необоснованное начало уголовного преследования. В этих случаях следователь и дознаватель в постановлении должны признать право этих лиц на реабилитацию (ст. 134 УПК РФ) и принять меры к возмещению имущественного и морального вреда (ст. 135 и 136 УПК РФ).

Поэтому анализ следственных ошибок сохраняет свою актуальность и в настоящее время. Несмотря на достигнутые в этом результаты, все же отсутствует единство в самом определении следственной ошибки, в классификации следственных ошибок и по ряду других вопросов, что вряд ли может способствовать эффективному их предотвращению и устранению и повышению качества расследования. Актуальность проблемы обусловлена и тем, что повышение уровня требований, предъявляемых новым УПК РФ, закономерно повлекло за собой увеличение видов следственных ошибок. Попытаемся рассмотреть наиболее дискуссионные стороны этой проблемы.

2. Некоторые исследователи представление о следственной ошибке формируют на основе обыденных или словарных определений. Так, по мнению З.Ф. Ковриги, следственная и судебная ошибка - это "непреднамеренно искаженное познание объективной действительности" <1>. В.И. Власов полагает, что "следственные ошибки -

это любые непреднамеренные нарушения закона, недостатки и упущения, допущенные при возбуждении и расследовании уголовных дел, всякая неправильность процессуальной деятельности, в том числе и в мыслительном процессе компетентного лица..." <2>. Если в первом определении ошибка ограничивается только познавательной деятельностью и не охватывает собой существенных нарушений уголовно-процессуального и уголовного закона, то второе представление оказывается чрезмерно широким, так как к "любым недостаткам и упущениям следователя" можно отнести и технические погрешности, например плохой почерк следователя, неправильную подшивку материалов дела и т.п.

- -

<1> Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж, 1984. С. 63.

<2> Власов В.И. Расследование преступлений. Проблемы качества. Саратов, 1988. С. 63.

Но каждое из этих определений несет в себе более существенные недостатки: упрощается мотивация следственной ошибки, не указывается (а в определении З.Ф. Ковриги указывается неполно) на отрицательные последствия следственной ошибки.

Действительно, согласно словарным определениям и обыденным представлениям ошибка - это непреднамеренное заблуждение, неправильность в действиях, мыслях. Но можно ли считать следственной ошибкой только непреднамеренное отступление от правил деятельности? При таком подходе ошибка - это результат неосведомленности следователя о тех или иных правилах деятельности, отсутствия необходимых знаний. Между тем ошибки совершают не только молодые следователи, но и работники, имеющие многолетний опыт и хорошо осведомленные о правилах расследования (и, добавим, овладевшие методикой их обхода).

3. Размышления над мотивацией следственных ошибок и анализ практики указывают на такое специфическое явление, как неясность представлений следователей о своей роли в процессе доказывания. Уголовно-процессуальный закон причисляет следователя к стороне обвинения (п. 47 ст. 5 УПК РФ), что расходится с традиционным представлением о нем как участнике процесса, обязанном всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела. Проведенное анкетирование следователей различных ведомств (общее число опрошенных - 318 человек) выявило разнобой в определении своей роли в доказывании, порожденный отмеченным выше противоречием. Так, 56,7% опрошенных по-прежнему считали, что следователь выполняет роль беспристрастного исследователя, но 33% склонялись к тому, что следователь - активный обвинитель. Остальные же отводили себе роль вялого исполнителя роли прокурора, т.е. также обвинителя <1>. Таким образом, определенная часть следователей видит свою роль в том, чтобы обвинять, не заботясь о выяснении обстоятельств, противоречащих обвинению. Эти данные подтверждают мнение исследователей, усматривающих в противоречиях действующего законодательства источник обвинительного уклона, а значит, следственных ошибок.

- -

<1> См.: Шейфер С.А., Бобров А.В. Процессуальные и организационные проблемы совершенствования деятельности следственного аппарата (по материалам опроса сотрудников правоохранительных органов, судей и адвокатов) // Юридический аналитический журнал. Самара, 2006. N 1(15). С. 5 - 13.

Рассмотрим вопрос о мотивации следственной ошибки более подробно. Отмеченная выше недостаточность трактовки ошибки как непреднамеренного нарушения правил деятельности становится очевидной при анализе обстоятельств, порождающих неправильную мысль или неправильное действие следователя. Ошибочное действие или решение следователя складывается под влиянием многих факторов, которые отнюдь не исчерпываются незнанием или слабым знанием закона <1>. Как уже отмечено, важную роль играет личностный фактор, выражающий отношение следователя к закону. Известно, что явление правового нигилизма присуще не только обычным гражданам, но и

сотрудникам правоохранительных органов. Так, многие следователи разделяют предписания уголовно-процессуальных норм на менее важные и более важные. Последние (сроки расследования и содержания под стражей, вызов защитника в случаях, предусмотренных ст. 51 УПК РФ, и т.п.) подлежат обязательному выполнению. Требования же других норм (особенно принципов процесса, таких, как состязательность, презумпция невиновности, обеспечение права на защиту и т.п.) расцениваются ими порой как декларации, не имеющие практического значения, а поэтому и необязательные для исполнения. В подобных случаях отступления от правил деятельности вызваны не незнанием закона, а неправильным отношением к нему, как к требованию второстепенному и даже мешающему раскрытию преступления <2>.

- -

<1> Близок к истине И.М. Зайцев, который считает, что понятие судебной ошибки включает в себя нарушения, "когда неправильности и упущения допускаются по прямому или косвенному умыслу, по неосторожности, самонадеянности и небрежности..." (см.: Зайцев И.М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. Саратов, 1985. С. 15). Полагаем, что данное положение, несмотря на его излишнюю категоричность, в основном применимо и к следственной ошибке.

<2> Проведенное исследование следственных ошибок выявило, что 18% опрошенных следователей считали возможным отступление от процессуальных норм в целях преодоления возникших трудностей расследования, а 51,3% опрошенных допускали возможность пренебрежения в этих целях нравственными требованиями.

Личностный фактор проявляется и в степени критичности оценки следователем собственных выводов. Нередко выводы, вероятные по своей правовой природе (например, о виновности обвиняемого в момент привлечения), под влиянием отмеченной выше обвинительной установки трактуются следователем как достоверные, что порождает нежелание видеть обстоятельства, противоречащие сделанному выводу. И здесь причиной нарушения правил деятельности выступает не отсутствие знания этих правил, а изначальная нацеленность следователя на обвинение и чрезмерная убежденность в истинности своих выводов.

С этим связана и такая личностная особенность следователя, как готовность к преодолению трудностей, к кропотливому труду, к поиску новых доказательств либо, наоборот, стремление к минимальным результатам и попытки преодолеть проблемную ситуацию "простым" (т.е. менее трудоемким) способом (например, путем "закрепления" признания проведением очной ставки между обвиняемыми, в показаниях которых нет противоречий, либо путем прекращения или приостановления трудоемкого дела при отсутствии законных оснований).

Таким образом, следственная ошибка (как и положительный исход расследования) отражает сложную мотивацию принятия решения и проведения процессуальных действий следователем, в которой просматривается многогранный внутренний мир следователя. Эта мотивация порой оказывается противоречивой, ибо может сочетать в себе, с одной стороны, недостаток опыта, объективные трудности расследования, а с другой - сознательное пренебрежение требованиями закона либо тактическими рекомендациями. Можно сказать, что в подобных случаях наблюдается своеобразная "смешанная форма вины" следователя: сознательная (т.е. умышленная) по отношению к действию и неосторожная по отношению к наступившему результату - ошибочному решению. Далеко не всегда эти факторы мотивации можно четко дифференцировать, т.е. отделить добросовестное заблуждение от сознательно неправильного действия или решения.

4. В то же время в соответствии с УК РФ необходимо четко отграничить следственную ошибку, связанную с сознательным отступлением от закона, от преступлений против правосудия, таких, как привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ст. 299), незаконное освобождение от уголовной

ответственности (ст. 300), незаконное задержание, заключение под стражу и содержание под стражей (ст. 301), принуждение к даче показаний (ст. 302), фальсификация доказательств (ст. 303) и т.д. Граница между этими преступлениями и внешне сходными уголовно-процессуальными правонарушениями проходит по объективной стороне и, главное, по направленности умысла, который при совершении преступлений против правосудия продиктован ясно осознаваемой преступной целью. Характерный случай фальсификации доказательств следователем получил освещение на страницах печати. По делу о грабеже следователь С., не желая обременять себя трудоемкой работой по раскрытию преступления, изъял из дела протокол допроса свидетеля, в котором конкретно назывались фамилии и имена грабителей, подменил его другим протоколом о том, что свидетелю якобы имена грабителей неизвестны. Это позволило С. незаконно приостановить производство по делу. За указанные действия С. был осужден по ч. 2 ст. 303 УК РФ <1>.

- -

<1> См.: Пичурина В., Пинкус М. Лживый следователь // Российская газета. 2007. 23 нояб.

5. Любое ли отступление от правил расследования надлежит считать следственной ошибкой?

Полагаем, что следственной ошибкой надлежит считать не любые упущения следователя, а лишь существенные нарушения, неправильное определение им направления своей деятельности, приводящее к искажению ее результата. Ошибиться в уголовном деле - значит привлечь к уголовной ответственности невиновного, необоснованно освободить от нее виновного либо создать другие помехи, препятствующие достижению целей судопроизводства и обеспечению прав его участников.

Уточним, недостижение каких целей расследования указывает на следственную ошибку. Речь идет о недостатках, в результате которых к уголовной ответственности привлечено невиновное лицо, либо преступление осталось нераскрытым, либо подлежащее ответственности лицо не предстало перед судом, либо обвиняемый до рассмотрения его дела в суде был необоснованно подвергнут лишению свободы. Другими словами, следственными ошибками будут незаконные и необоснованные решения следователя:

1) о привлечении лица в качестве обвиняемого и направлении дела в суд при отсутствии достаточных доказательств;

2) о направлении дела в суд при наличии существенных нарушений уголовно-процессуального и уголовного закона;

3) о приостановлении дела за необнаружением виновных без исчерпания всех возможностей к раскрытию преступления;

4) о прекращении дела при отсутствии законных оснований;

5) о заключении обвиняемого и подозреваемого под стражу, применении других мер пресечения при отсутствии достаточных оснований (в некоторых случаях ошибка следователя "санкционирована" решением суда).

Уточним теперь, об отступлении от каких правил расследования идет речь. В первую очередь это нормы УПК РФ, регламентирующие деятельность следователя как познавательного, так и правообеспечительного характера. Эта деятельность направляется не только предписаниями закона, но и научными рекомендациями криминалистики. Игнорирование их при планировании расследования, производстве следственного действия (осмотра, очной ставки, предъявления для опознания) может привести к недобору нужной доказательственной информации и в конечном счете к ошибочному результату расследования.

6. Таким образом, определенная часть следственных ошибок порождается отступлением следователя от предписаний уголовно-процессуального закона, т.е. допущенными им уголовно-процессуальными правонарушениями. В каком соотношении находятся эти понятия? По мнению С.Г. Олькова, ошибка не нарушение закона, не действие или бездействие, а отношение субъекта к объекту, определяемое в правовой науке через категорию вины. "Термин "ошибка"... неуместен в правоведении, где все по возможности и особенно там, где речь идет об ответственности, должно быть предельно конкретным и точным" <1>. Как видно, автор предпочитает термину "ошибка" термин "уголовно-процессуальное правонарушение".

- -

<1> Ольков С.Г. Уголовно-процессуальные правонарушения в российском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 18 - 19.

Вряд ли такое суждение можно признать правильным. Во-первых, как отмечалось, искажение должного результата расследования может быть порождено не только уголовно-процессуальным правонарушением, но и пренебрежением тактическими рекомендациями криминалистики при формально безупречном соблюдении закона. Во-вторых, вряд ли можно трактовать ошибку лишь как отношение субъекта к объекту. Ошибка - это не только неправильность мысли, но и неправильность действия, порожденная ошибочностью мысли. Если же трактовать ошибку как результат неправильного действия (для чего также есть логические основания), то становится ясным, что следственные ошибки не тождественны правонарушениям, а находятся с ними в сложных причинно-следственных связях. В одних случаях ошибка - причина, в других - следствие правонарушения. Другими словами, правонарушение как ошибка в процессуальном действии порождает ошибочный результат, равно как и ошибка в мысли (например, ошибочный вывод о достаточности доказательств) приводит к ошибочности процессуального действия (например, к необоснованному привлечению лица в качестве обвиняемого) <1>.

- -

<1> Недопустимость отождествления судебной ошибки с правонарушением отмечают и другие авторы. См.: Зайцев И.М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. С. 15, 16.

Наконец, термины "следственная ошибка", "судебная ошибка" с давних пор прочно утвердились в юридической лексике, обозначая случаи осуждения невиновных лиц, хотя впоследствии они приобрели более широкий смысл, обозначая и несправедливое наказание, и непривлечение подлинно виновных к ответственности.

При диагностике следственной ошибки важно исключить субъективизм, неизбежный в случае отсутствия объективного критерия. Было бы неправильным, если бы каждый из ученых-исследователей, изучая уголовное дело, определял, допущена ошибка или нет, исходя только из общих указаний ст. 6 УПК РФ о назначении уголовного судопроизводства или из собственных представлений о надлежащем качестве расследования. Поскольку следственная ошибка означает, что цели судопроизводства на стадии предварительного расследования не достигнуты, данный факт должен быть констатирован не субъективным суждением исследователя (оно может оказаться ошибочным), а соответствующим процессуальным решением субъекта, по закону управомоченного признавать этот факт установленным. В наиболее очевидных случаях таким решением согласно УПК РФ могут быть:

1) оправдательный приговор суда или определение (постановление) о прекращении дела в судебных стадиях (ч. 2 ст. 302, ст. 239, 254);

2) постановление судьи, вынесенное по результатам рассмотрения жалобы участника процесса, о признании действия (бездействия) следователя незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение (ст. 125);

3) постановление судьи, вынесенное в ходе предварительного слушания, о признании доказательства недопустимым (ст. 235 УПК РФ);

4) постановление судьи о возвращении дела прокурору из предварительного слушания для устранения препятствий к его рассмотрению судом (ст. 237);

5) постановление прокурора о возвращении дела для дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации или пересоставления обвинительного заключения (п. 2 ч. 1 ст. 221);

6) постановление руководителя следственного органа об отмене постановлений следователя о прекращении либо приостановлении дела и о возобновлении производства по делу (п. 2 ч. 1 ст. 39);

7) постановление следователя об отмене или изменении меры пресечения - заключения под стражу, домашнего ареста, как примененной незаконно или необоснованно (ч. 2 ст. 110, ст. 139) <1>.

- -

<1> Отметим, что в п. 1 - 4 констатируется лишь ошибка следователя, а не суда, который своим решением устранил ошибку, т.е. восстановил справедливость.

В ходе исследования следственных ошибок, проведенного авторским коллективом в 1985 - 1987 гг., было сформулировано следующее определение следственной ошибки: это незаконные и необоснованные действия следователя по привлечению к уголовной ответственности и заключению под стражу граждан, приостановлению, прекращению, передаче прокурору с обвинительным заключением для направления в суд уголовных дел, которые по ошибочному представлению следователя являлись правомерными и якобы были направлены на обеспечение задач уголовного судопроизводства <1>. Аналогичного определения придерживается А.Д. Назаров, изучавший этот вопрос в более позднее время <2>. Несмотря на некоторую громоздкость определения, оно для своего времени выражало суть понятия, хотя и чрезмерно акцентировало неумышленный характер ошибок. В современных условиях, учитывая вышесказанное, все признаки следственной ошибки охватываются следующим определением: следственная ошибка - это констатированное соответствующим процессуальным актом управомоченного субъекта умышленное или неумышленное отступление следователя, вследствие ложно понимаемых целей расследования, от требований уголовно-процессуального закона и научных рекомендаций при собирании, проверке и оценке доказательств и принятии промежуточных и итоговых процессуальных актов, а равно непроведение нужных по обстоятельствам дела процессуальных действий, повлекшее за собой принятие решений, противоречащих закону и препятствующих достижению целей судопроизводства.

- -

<1> См.: Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительного следствия. С. 78.

<2> См.: Назаров А.Д. Следственные ошибки в досудебных стадиях уголовного процесса. Красноярск, 2000. С. 14.

7. Актуальной научной задачей является классификация следственных ошибок. В литературе предприняты многочисленные попытки ее решения.

Так, В.И. Власов подразделяет их на логические и фактические, материально-правовые и процессуально-правовые, допущенные на стадии возбуждения уголовного дела и в процессе расследования, несущественные, существенные и безусловно существенные, спорные и бесспорные, явные и скрытые, нераспространенные, относительно распространенные и типичные <1>.

- -

<1> См.: Власов В.И. Указ. соч. С. 64 - 96.

Не отрицая полезности предложенных классификационных групп, заметим все же, что они не увязаны надлежащим образом с главным критерием наличия ошибки - недостижением целей судопроизводства. Поскольку общей целью (назначением) судопроизводства является защита прав и законных интересов потерпевших, а равно ограждение от ответственности невиновных (ст. 6 УПК РФ) в центральной стадии процесса - судебном разбирательстве, эта цель реализуется вынесением законного и обоснованного приговора. Отсюда следует, что недостижение целей судопроизводства в этой стадии находит выражение в постановлении незаконного и необоснованного приговора. Статьи 379 - 383 УПК РФ конкретизируют в виде кассационных оснований случаи незаконности и необоснованности приговора, выделяя: несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела (ст. 380); нарушения уголовно-процессуального закона (ст. 381); неправильное применение уголовного закона (ст. 382); несправедливость приговора (ст. 383). Две из них - нарушение уголовно-процессуального закона и неправильное применение уголовного закона - указывают на возможную незаконность и необоснованность решений следователя. Учитывая в целом одинаковый характер следственных и судебных ошибок, можно утверждать, что следственные ошибки проявляются прежде всего в: 1) существенном нарушении органом расследования уголовно-процессуального закона; 2) неправильном применении уголовного закона.

УПК РФ не воспроизвел такого основания отмены приговора, как односторонность и неполнота предварительного и судебного следствия (ст. 343 УПК РСФСР), ибо оно ориентировало суд на восполнение пробелов расследования, превращая его таким образом в орган, способствующий осуществлению обвинения, что не соответствовало его функции объективного и беспристрастного осуществления правосудия <1>. Но этот дефект доказывания сохранил свое отрицательное значение по отношению к деятельности следователя (он может служить основанием для возвращения прокурором дела на дополнительное расследование (п. 2 ч. 1 ст. 221 УПК РФ)). Поэтому односторонность и неполнота предварительного расследования продолжает оставаться следственной ошибкой и, как будет показано далее, занимает среди ошибок первое место <2>.

- -

<1> Не вполне ясно, однако, должен ли вышестоящий суд, руководствуясь этим положением, реагировать на неполноту судебного следствия, допущенную нижестоящим судом.

<2> Необоснованность выводов следователя, совпадающая по содержанию с кассационным основанием, закрепленным в ст. 380 УПК РФ, при таком положении рассматривается как результат односторонности и неполноты расследования.

Нетрудно заметить, что при таком взгляде на классификацию следственных ошибок многие обстоятельства, рассматриваемые В.И. Власовым в качестве ошибок, либо выступают как причины следственных ошибок (логические ошибки, недостатки в проведении следственных действий), либо вообще не должны рассматриваться как ошибки (несущественные, скрытые), либо охватываются названными выше случаями незаконности или необоснованности решений следователя.

Исследования, проведенные многими авторами, показывают различную распространенность следственных ошибок. Так, наибольшее распространение имеет односторонность и неполнота предварительного расследования, составляющая 60,4% следственных ошибок. На втором месте стоит существенное нарушение уголовно-процессуального закона - 25,5%. Реже - в 14,1% всех случаев - встречается неправильное применение закона <1>. Следует, однако, отметить условный характер этого соотношения, объясняемый полисистемностью уголовно-процессуального права, т.е. его многообразными внутренними связями. Так, односторонность и неполнота расследования по сути представляют собой существенное нарушение уголовно-процессуального закона.

В то же время и нарушения уголовно-процессуального закона также вплотную смыкаются с односторонностью и неполнотой расследования. Например, необоснованное отклонение ходатайств обвиняемых, подозреваемых, защитников о выяснении существенных обстоятельств не только нарушает требования ст. 159 УПК РФ и принцип обеспечения права на защиту, но и свидетельствует о тенденциозности следователя, несовместимой со всесторонним и объективным исследованием обстоятельств дела. Наиболее непосредственно связь этих двух следственных ошибок проявляется в свете принципа законности, согласно которому постановления органа расследования должны быть законными и обоснованными, а нарушения норм УПК РФ органом расследования влекут за собой признание недопустимыми полученных таким образом доказательств (ч. 3 и 4 ст. 7). Также и неправильное применение уголовного закона нередко сопутствует ошибкам в установлении действительных черт исследуемого события.

- -

<1> См.: Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительного следствия. С. 8. Аналогичные показатели получены при изучении следственных ошибок А.Д. Назаровым. См.: Назаров А.Д. Указ. соч. С. 18, 19.

И все же бесспорно, что наиболее часто допускаемая следователями ошибка - это одностороннее и неполное установление обстоятельств дела. Это разные, хотя и взаимосвязанные дефекты исследования. Всесторонность исследования необходимо трактовать как выяснение всех обстоятельств, образующих предмет доказывания, при исчерпывающей проверке всех возможных версий. Отсюда односторонность - это недостаточное исследование какого-либо существенного обстоятельства дела, оставление без внимания того или иного элемента ст. 73 УПК РФ. Под полнотой же следует понимать необходимую и достаточную совокупность доказательств, необходимых для достоверного установления существенных обстоятельств. Поэтому неполнота исследования - это сужение пределов доказывания, дефицит доказательств, ставящий под сомнение достоверность установления факта <1>.

- -

<1> О пределах доказывания см. гл. 4 монографии.

Исследования показывают, что значительная часть пробелов расследования (около половины) состоит в недоказанности такого важного элемента предмета доказывания, как виновность обвиняемого (доказанность события при недоказанности вины, неустановление мотивов преступления, формы вины и вменяемости). Остальные случаи неполноты и односторонности - это ошибки в установлении события преступления (время, место, способ), данных, характеризующих личность обвиняемого и последствия преступления.

Односторонность и неполнота предварительного следствия - это ошибка познавательного характера, проявляющаяся в том, что существенное обстоятельство дела остается недоказанным.

Но в то же время следственные ошибки могут носить и распорядительный характер. Так бывает, когда вопреки требованиям ч. 4 ст. 7 УПК РФ принимаемое следователем решение оказывается незаконным или необоснованным (например, привлечение в качестве обвиняемого при отсутствии достаточных доказательств, прекращение или приостановление дела из-за его "трудоемкости", в то время как оно не подлежит прекращению или приостановлению и т.п.). Существенное нарушение уголовно-процессуального закона и неправильное применение уголовного закона - это чаще всего ошибки распорядительного характера, т.е. связанные с принятием неправильных решений (о квалификации, об отказе в ходатайстве, непривлечении защитника и проч.). Но, как уже отмечалось, они тесно взаимодействуют с ошибками познавательного характера, выступая в качестве причины или следствия последних.

8. Уже из сказанного видна многогранность причин следственных ошибок: одни ошибки, как отмечалось ранее, являются причинами других. Но и конкретные причины следственных ошибок также оказываются весьма многообразными и различными по уровню.

Неудивительно поэтому, что в научных исследованиях причины следственных ошибок трактуются не единообразно. Полагают, что таковыми являются: 1) низкий уровень деловых качеств следователей; 2) отсутствие должных политических, моральных, а также некоторых специальных, необходимых для профессии следователя качеств, их недостаточное развитие; 3) организационные дефекты, перегрузки в работе следователя. Условиями, способствующими совершению ошибок, считают слабость прокурорского надзора и недостаточное участие адвокатов в предварительном следствии <1>.

- -

<1> См.: Власов В.И. Указ. соч. С. 97 - 123.

Упомянутое выше изучение Институтом прокуратуры СССР значительного массива дел, по которым были допущены следственные ошибки, а также данные о них, полученные в последующие годы, показывают, что система причин следственных ошибок является не линейной, а многоуровневой, позволяющей выделить в ней: непосредственные причины ошибок (первый уровень); факторы, породившие эти причины (второй уровень); факторы более общего характера, обусловившие причины второго уровня ("причины причин", т.е. третий уровень <1>). К числу наиболее существенных непосредственных причин следственных ошибок можно отнести: 1) недостатки планирования, невыдвижение нужных по обстоятельствам дела версий и слабую проверку уже выдвинутых версий; 2) сужение пределов доказывания - непроведение или некачественное проведение нужных следственных действий; 3) пассивность при проверке доказательств (непринятие мер к устранению противоречий в доказательствах, неумение сформировать надежный комплекс косвенных доказательств, формальное проведение очной ставки, предъявления для опознания и других проверочных действий); 4) неправильную оценку доказательств (переоценку таких доказательств, как заключение эксперта, показания потерпевшего, признание обвиняемого, и недооценку отрицания вины обвиняемым).

- -

<1> Подробнее см.: Шейфер С.А. Структура и общая характеристика следственных ошибок // Вопросы укрепления законности и устранения следственных ошибок в уголовном судопроизводстве; Соловьев А.Б. Причины следственных ошибок // Там же. С. 18 - 36.

Наибольшая значимость этих непосредственных причин определяется отмеченным ранее обстоятельством, что самой распространенной следственной ошибкой является односторонность и неполнота предварительного следствия. Сказанное означает, что взятые в совокупности непосредственные причины следственных ошибок свидетельствуют о слабом владении следователями искусством доказывания. Именно это обстоятельство порождает на практике попытки следователя преодолеть проблемную ситуацию с помощью неправомерного "закрепления" доказательств и других упрощенческих стереотипов.

По справедливому мнению А.Б. Соловьева, к числу причин второго уровня следует отнести преимущественно причины субъективного характера, т.е. связанные с личностью следователя. Таковыми являются:

1) отсутствие у следователя необходимых профессиональных познаний и навыков работы (46% изученных дел с ошибками);

2) пренебрежительно-нигилистическое отношение к выполнению предписаний уголовно-процессуального закона (42% дел);

3) профессиональная деформация следователя (проявляющаяся в обвинительном уклоне, некритичности и самонадеянности при оценке материалов дела (35% дел);

4) недобросовестное отношение следователя к выполнению служебного долга, проявляющееся в стремлении достичь нужного результата без выполнения необходимого объема работы (30% дел) <1>.

- -

<1> См.: Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительного следствия. С. 11 - 14. Заметим, что обстоятельства объективного характера - плохие условия работы следователя, перегрузка в работе, плохая нравственно-психологическая атмосфера в коллективе, недостатки в экспертном обслуживании, низкое качество работы органов дознания и проч. - не порождают непосредственно следственных ошибок, а лишь способствуют им. Их надлежит считать не причинами, а условиями совершения следственных ошибок.

Наконец, можно назвать и причины третьего уровня, носящие наиболее общий характер. Они, как представляется, обусловлены не только невысоким и все более снижающимся уровнем правосознания всего общества, которое в последние годы утрачивает чувство нетерпимости к правонарушениям, а порой мирится с ними (и даже отчасти их оправдывает новыми рыночными отношениями), но и существенными недостатками в подготовке и переподготовке следственных кадров.

Отметим лишь сложность данной проблемы. Недостатки в подготовке и переподготовке следственных кадров складываются под влиянием множества факторов социального и организационного плана. Сюда относится и падение престижа правоохранительных органов, и ведомственная раздробленность следственного аппарата, и недостаточная социальная защищенность следователя, и необходимость существенной коррекции уголовно-процессуального законодательства относительно функций следователя, о чем упоминалось ранее, и многое другое.

Не претендуя на всестороннее освещение этих факторов, обратим внимание лишь на один незаслуженно забытый аспект повышения законности и качества предварительного следствия - устранение ведомственной разобщенности и повышение самостоятельности следователей. Полагаем, что реальная обстановка (в том числе и рост числа нарушений законности в деятельности следователей, наблюдаемый в последние годы) вновь ставит на повестку дня вопрос о создании единого следственного аппарата, поднадзорного прокурору и подконтрольного суду, способного обеспечить воспроизводство высококвалифицированных следственных кадров и решать свои ответственные задачи в условиях строжайшего соблюдения законности. Будем считать, что принятие Федерального закона от 5 июня 2007 г. о внесении изменений в УПК РФ, предусматривающего создание Следственного комитета при прокуратуре РФ <1>, - это лишь первый шаг на пути решения этой проблемы.

- -

<1> О связанных с этим проблемах см. гл. 12 монографии.

Глава 12. КУДА ДВИЖЕТСЯ РОССИЙСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО (РАЗМЫШЛЕНИЯ ПО ПОВОДУ ВЕКТОРОВ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА)

1. Принятие в 1991 г. Концепции судебной реформы в Российской Федерации ознаменовало новый, демократический этап развития, точнее преобразования, правосудия в нашей стране - отказ от его репрессивного характера, провозглашение в качестве цели судопроизводства охраны прав, свобод и законных интересов участников процесса, а также утверждение судебной власти - независимого суда, лишенного обвинительной функции и призванного беспристрастно разрешать социальные конфликты в сфере права.

Концепцию судебной реформы одобрили многие российские ученые, а среди практических работников - судьи и адвокаты. Однако и тогда, и в последние годы, особенно в связи с принятием в 2001 г. нового Уголовно-процессуального кодекса, некоторые процессуалисты, а также и практические работники, следуя стереотипам прошлых лет, когда судопроизводство считалось средством борьбы с преступностью, заняли по отношению к Концепции негативную позицию. Это отразилось и на законотворческом процессе: на протяжении 10 лет с момента распада СССР принятие нового УПК РФ оказалось фактически заблокированным, в течение этого времени проект УПК РФ был похоронен в недрах комитетов Государственной Думы.

Обсуждение проекта нового УПК РФ накануне его принятия проходило в ожесточенных спорах между учеными - сторонниками и противниками демократизации уголовного процесса. Последние возражали против судебного контроля за предварительным расследованием, повсеместного введения суда присяжных, чрезмерных, по их мнению, правовых гарантий, представленных обвиняемому и подозреваемому. Но и после принятия УПК РФ дискуссия не прекратилась. Новый закон вызвал ожесточенную волну критики, главным образом со стороны сотрудников органов МВД и прокуратуры. Они утверждали, что УПК РФ создает большие трудности в работе органов расследования (что соответствует действительности, поскольку он заметно повысил уровень требований к качеству предварительного расследования и учредил судебный контроль за ним), что он играет на руку только адвокатам, служит помехой к раскрытию преступления и т.п. Отдельные авторы утверждали, что новый УПК РФ принимать вообще не следовало, так как и старый был хорош. Появились утверждения о том, что и Концепция судебной реформы, на которой основан новый УПК РФ, - это не больше и не меньше как выполненный узкой группой ученых социальный заказ Запада, направленный на разрушение российского правосудия. Фоном для подобных утверждений стали небывалый рост преступности в стране и неспособность правоохранительной системы эффективно противостоять этому явлению.

Принятый в подобной обстановке новый уголовно-процессуальный закон не мог не быть компромиссом между противоборствующими силами. В нем нетрудно обнаружить нормативные предписания, имеющие целью сохранить и даже усилить публичный, государственно-правовой характер процесса (например, возложение на следователей и дознавателей функции уголовного преследования), и одновременно предписания, расширяющие диспозитивность и закрепляющие состязательное построение судопроизводства как противоборства обвинения и защиты. Уступки законодателя как той, так и другой "противоборствующей силе" изначально не могли согласовать позиции "консерваторов" и "либералов" и обеспечить внутреннее единство нормативных положений, на которых построен новый уголовно-процессуальный закон. Противоречивость свойственна многим положениям УПК РФ. Трудно, например, объяснить, для чего к участию в следственном действии, т.е. действию только процессуальному, подлежащему судебному контролю, привлекается оперативный работник, по какому основанию в число следственных действий включено прослушивание телефонных и иных переговоров, т.е. действие, фактически носящее оперативно-розыскной характер, но также подлежащее судебному контролю. В то же время не вполне согласуется сохранение предварительного расследования в качестве стадии, на которой формируется доказательственная база, с положениями ст. 274 УПК РФ о том, что в судебном разбирательстве доказательства попеременно представляют стороны обвинения и защиты, что подразумевает предшествующую равновозможную их деятельность по собиранию доказательств, чего в действительности нет. В то же время идея попеременного представления доказательств сторонами не согласуется с требованием УПК РФ, согласно которому непосредственное исследование доказательств, как и прежде, составляет прерогативу суда (ст. 240). Это дало основание некоторым исследователям

отметить эклектичность нового УПК РФ, в котором соединены элементы разных школ права <1>.

- -

<1> См.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. С. 20.

2. Новые законоположения ставят перед исследователями важный вопрос: каким стало и каким может стать в будущем наше уголовное судопроизводство. Оно с давних пор признавалось исследователями смешанным, т.е. построенным на том, что предварительное расследование основано на началах публичности и носит розыскной (инквизиционный) характер, а судебное разбирательство осуществляется на последовательно состязательных началах <1>.

- -

<1> Некоторые обвинительные элементы в деятельности суда, закрепленные в УПК РСФСР (вручение обвинительного заключения и его оглашение судом, возвращение судом дела на дополнительное расследование, возбуждение им уголовного дела и т.п.), все же не дают основания целиком отвергнуть состязательное построение судебного разбирательства того времени, ибо возможность противоборства сторон обвинения и защиты и отделение их функций от функции суда в основном имела и в нем место.

Нельзя при этом не отметить, что чисто розыскной характер отечественного предварительного расследования (отсутствие гласности, соединение в деятельности органа расследования функций обвинения, защиты и разрешения дела и т.д.) с течением времени ослаблялся. Это в первую очередь связано с допуском защитника на предварительное следствие, предусмотренное принятым в 1960 г. Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР. Данная мера, в сущности, устранила такой основополагающий признак розыскного процесса, как отсутствие сторон обвинения и защиты, и внесла в досудебное производство элемент состязательности, притом, однако, что сторона защиты не была наделена достаточно эффективными средствами для противоборства с обвинением. Новый УПК РФ сделал на этом пути еще более решительные шаги. Таковыми стали представление участникам процесса права обжаловать в суд действия и решения органа расследования с предоставлением суду права признать обжалуемое действие или решение незаконным или необоснованным и потребовать устранения нарушения (ст. 125), а также возложение на орган расследования обязанности получать согласие суда на проведение процессуальных действий, ограничивающих конституционные права граждан (ст. 29, ч. 1 - 4 ст. 165). Закон установил и обязанность суда проверить законность действий, проведенных ввиду их неотложности без предварительного истребования согласия суда (ч. 5 ст. 165 УПК РФ). Эти меры, передав от прокурора суду часть полномочий по контролю за законностью досудебного производства, заметно ограничили роль прокурора по руководству расследованием и внесли существенные изменения в предварительное расследование, еще более ослабив его розыскной характер.

3. При решении вопроса о том, в какой мере наше предварительное расследование меняет свой изначальный характер, необходимо учесть динамику развития законодательства в виде многочисленных изменений и дополнений УПК РФ, внесенных в него законодателем с момента введения в действие, т.е. с января 2002 г. (некоторые изменения и дополнения вносились еще до введения УПК РФ в действие).

Нельзя не отметить, что сам характер этих новелл оказался весьма и весьма разнонаправленным.

Отчетливо выделяются изменения (их большинство), нацеленные на усиление публичного начала, расширение прав стороны обвинения, а в ряде случаев - на известные ограничения состязательности досудебного производства и прав стороны защиты. По важности изменений УПК РФ в первую очередь следует назвать:

- расширение прав начальника следственного отдела по руководству расследованием (п. 1 ч. 1 и ч. 3 ст. 39) <1>;

- -

<1> О дальнейшем развитии этой тенденции в новейшем законодательстве см. далее.

- установление неограниченного права органа расследования и прокурора не принимать отказ подозреваемого и обвиняемого от защитника (ч. 2 ст. 52);

- введение норм, запрещающих эксперту, специалисту, переводчику, понятому уклоняться от явки по вызовам (соответствующие части ст. 57, 58, 59, 60);

- установление возможности ограничения продолжительности конфиденциального свидания защитника с подозреваемым на срок не более двух часов (ч. 4 ст. 92);

- увеличение до 30 суток срока предъявления обвинения подозреваемому, задержанному или заключенному под стражу по делам о терроризме и других тяжких преступлениях (ч. 2 ст. 100);

- продление судом на 72 часа срока задержания подозреваемого ввиду необходимости представления в суд дополнительных доказательств, обосновывающих заключение под стражу (п. 3 ч. 7 ст. 108);

- продление срока содержания обвиняемых под стражей сверх предельного (18 месяцев) срока до момента окончания ознакомления всех обвиняемых с материалами дела (ч. 7 и 8 ст. 109);

- представление начальнику следственного отдела права формировать следственную группу (ч. 2 ст. 163);

- закрепление права следователя с согласия суда устанавливать определенный срок для ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела, а также его права передать дело в суд по истечении установленного срока, независимо от ознакомления (ч. 3 ст. 217);

- установление права прокурора направить дело в суд без вручения обвиняемому копии обвинительного заключения ввиду отказа обвиняемого от получения этого акта (ч. 4 ст. 222);

- устранение препятствий (ввиду несогласия стороны защиты) к оглашению в суде показаний потерпевшего и свидетеля, данных ими на предварительном следствии, притом, что эти участники не явились в суд или не подтвердили в суде прежние показания (ч. 2 и 3 ст. 281);

- дополнение обстоятельств, подлежащих доказыванию, фактами, свидетельствующими о необходимости конфискации имущества, полученного в результате совершения преступления либо используемого для финансирования терроризма и других опасных преступлений (п. 8 ч. 1 ст. 73), с одновременным уточнением формулировки одного из видов вещественных доказательств (п. 2.1 ст. 81);

- введение заочного рассмотрения судом уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, когда подсудимый находится за пределами территории РФ и (или) уклоняется от явки в суд (ч. 5 - 7 ст. 247, ч. 4 ст. 253);

- устранение обязанности органов расследования согласовывать с прокурором решение о возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 146);

- дополнение круга участников предварительного расследования новым участником - начальником подразделения дознания, наделенным процессуальным статусом руководителя дознания (п. 17 ст. 5, ст. 40.1);

- увеличение срока дознания до 30 суток со дня возбуждения уголовного дела с возможностью продления его прокурором до 30 суток (ч. 3 ст. 223), а в исключительных случаях до шести месяцев (ч. 4 ст. 223) в отношении конкретных лиц (ч. 2 ст. 223);

- расширение круга подозреваемых за счет лиц, в отношении которых в ходе дознания получены достаточные данные, дающие основания подозревать их в совершении преступления (п. 4 ч. 1 ст. 46, ст. 223.1);

- расширение компетенции органов дознания путем отнесения к ней уголовных дел, возбуждаемых по факту совершения преступления, а не только в отношении конкретных лиц.

Наряду с этим ряд внесенных изменений и дополнений имеет целью расширить права стороны защиты и этим укрепить состязательные элементы предварительного расследования.

К числу таких мер согласно УПК РФ в первую очередь следует отнести:

- наделение защитника, участвующего в производстве следственных действий, правом давать подзащитному краткие консультации, задавать вопросы допрашиваемому, делать письменное замечания о правильности и полноте протокола следственного действия (ч. 2 ст. 53). Аналогичными правами наделен и адвокат, участвующий в допросе свидетеля и в очной ставке с ним (ч. 5 ст. 189, ч. 6 ст. 192). Эти законоположения могут существенным образом активизировать деятельность адвоката;

- закрепление в законе необходимости обоснования судьей своего решения о заключении подозреваемого и обвиняемого под стражу путем изложения конкретных фактических обстоятельств, повлекших применение этой меры (ч. 1 ст. 108). Это позволяет защите целенаправленно оспаривать доводы, приводимые обвинением в подтверждение своего ходатайства;

- закрепление в законе нового вида доказательств - заключения и показаний специалиста (п. 3.1 ч. 2 ст. 74, ч. 3 и 4 ст. 80), пользуясь которым сторона защиты (в интересах которой, собственно, и включен в УПК РФ этот новый вид доказательств) получает возможность оспаривать заключение эксперта, представленное стороной обвинения, или устанавливать обстоятельства, оправдывающие обвиняемого;

- более детальная регламентация процедуры рассмотрения в судебном заседании вопроса о возможности по ходатайству подсудимого вынесения приговора без проведения судебного следствия, что позволяет предотвращать необоснованное осуждение подсудимого (ст. 316);

- установление необходимости привлечения понятых к проведению личного обыска (ч. 1 ст. 170), что становится дополнительной гарантией обеспечения права подозреваемого на защиту;

- установление необходимости обязательного участия защитника при заочном рассмотрении судом дел о тяжких и особо тяжких преступлениях (п. 3.1 ч. 1 ст. 51);

- устранение сопряженной с нарушением прав граждан возможности проведения освидетельствования и экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела (ч. 4 ст. 146).

Можно назвать и другие новеллы УПК РФ, усиливающие позиции защиты и этим укрепляющие состязательность.

4. Следует особо остановиться на крупных изменениях, внесенных в УПК РФ в связи с созданием Следственного комитета при прокуратуре РФ, которые, по мысли законодателя, в целом направлены на повышение эффективности расследования. Федеральный закон от 5 июня 2007 г. и Федеральный закон "О прокуратуре Российской Федерации" имеют концептуальное значение, ибо кардинальным образом реформируют предварительное следствие, не ограничиваясь, как было до этого, внесением в закон важных, но не меняющих содержание и организацию этого этапа процесса изменений. Попытаемся проанализировать наиболее значимые аспекты реформы следственного аппарата и их влияние на направления дальнейшего развития уголовно-процессуального законодательства, сознавая при этом, что всесторонний анализ этой проблемы будет возможен по накоплении практики применения новых законоположений.

До последнего времени наше предварительное следствие можно было бы, по давнему выражению М.А. Чельцова, назвать прокурорским расследованием. По мнению автора, это новая, своеобразная форма предварительного расследования, направляемого и контролируемого прокурором. В этой стадии процесса прокурор - это "хозяин дела" <1>.

Эту же мысль в более позднее время выразил Ю.В. Деришев, назвав досудебное производство "прокурорским дознанием" и подвергнув его критической оценке <2>.

- -

<1> Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1951. С. 228, 234, 235.

<2> См.: Деришев Ю.В. Уголовное досудебное производство: концепция процедурного и функционально-правового построения: Дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2005. С. 40 - 45.

И действительно, прежнее законодательство (УПК РСФСР 1923 г. и 1961 г.), а также новый Уголовно-процессуальный кодекс наделили прокурора обширными полномочиями, реализуя которые он фактически выступал "хозяином расследования". Более того, в УПК РФ эта его роль была усилена некоторыми, отмеченными выше внесенными изменениями. Так, без согласия прокурора следователь не мог возбудить уголовное дело, прекратить его в связи с примирением сторон и деятельным раскаянием, прекратить уголовное преследование с возбуждением ходатайства перед судом о применении к несовершеннолетнему мер воспитательного воздействия, соединить дела в одно производство, применить залог к подозреваемому и обвиняемому, возбудить перед судом ходатайство о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, получении согласия на проведение ряда следственных действий. Прокурор мог давать следователю обязательные по общему правилу указания о направлении расследования, производстве процессуальных действий, отменять его незаконные и необоснованные постановления и т.д.

Сложилось положение, при котором прокурор, осуществляя функцию уголовного преследования и надзора за органами расследования (ч. 1 ст. 37 УПК РФ), непосредственно руководил их деятельностью, хотя в то же время нес ответственность за ее результат. Это не только ограничивало процессуальную деятельность следователя, но и лишало прокурора необходимой принципиальности и требовательности к органам предварительного следствия.

5. Новая концепция предварительного следствия, лежащая в основе Закона от 5 июня 2007 г., состоит в том, что прокурор перестает осуществлять руководство деятельностью следователя при сохранении этой роли по отношению к органам дознания. Руководство же следствием в создаваемом вновь Следственном комитете при прокуратуре РФ осуществляет теперь новая процессуальная фигура - руководитель следственного органа (РСО), заменивший прежнюю фигуру - начальника следственного отдела. Полномочия руководителя следственного органа осуществляют Председатель Следственного комитета при прокуратуре РФ, нижестоящие руководители нового следственного органа, реализуя многие полномочия, ранее принадлежавшие прокурору (ст. 39 УПК РФ). При таком положении сокращаются полномочия прокурора, вытекающие из его функций уголовного преследования и надзора, но освобождающие его от руководства предварительным следствием и, соответственно, от ответственности за его результаты (эта роль сохранена за ним по отношению к органам дознания).

Исторический опыт (в том числе неудачный опыт создания Следственного комитета в Казахстане) даст в будущем необходимый материал для более развернутой характеристики вновь созданного следственного органа, положения следователя в новой системе, успешности руководства следствием со стороны руководителя следственного органа и надзора за следствием со стороны прокурора. Но уже сейчас возникают вопросы, от решения которых во многом зависит определение направлений развития отечественного судопроизводства.

6. Сохранит ли свою функцию следователь в новой системе? Федеральный закон от 5 июня 2007 г. выводит из-под руководства прокурора следователей не только прокуратуры, но и других ведомств. В правовом статусе следователя (ст. 38 УПК РФ) практически ничего не изменилось, кроме замены отношений с прокурором на отношения с РСО.

Следователь, как и прежде, осуществляет функцию уголовного преследования, что, как отмечалось ранее, не вполне гармонирует с его ролью как объективного и непредвзятого исследователя. Но появились и новые моменты, касающиеся следователей МВД, ФСБ и Госнаркоконтроля. В отличие от следователей прокуратуры они не входят в состав независимого следственного аппарата, а продолжают оставаться в ведомственном подчинении органов, осуществляющих дознание и оперативно-розыскную деятельность. В условиях ослабления надзора за их деятельностью со стороны прокурора это вряд ли будет способствовать укреплению законности в следственной работе.

Какая роль отведена новыми законоположениями руководителю следственного органа? Сохранение РСО в числе участников процесса на стороне обвинения (п. 47 ст. 5 УПК РФ) и передача ему функций прокурора, по-видимому, означает, что он, так же, как и прокурор, осуществляет функцию уголовного преследования, но вместе с тем и надзора за предварительным следствием (хотя в законе функция этого участника не обозначена) и для их осуществления обладает многими полномочиями, которыми располагал прокурор. Но при этом руководители следственного органа в следственных аппаратах МВД, ФСБ и Госнаркоконтроля продолжают оставаться должностными лицами, непосредственно подчиненными ведомственным начальникам, что ставит под сомнение возможность осуществлять эффективный надзор за соблюдением законности следователями и вовремя пресекать возможные нарушения.

7. В целом же расширения процессуальной самостоятельности следователя, которое рассматривалось как одна из целей реформы следственного аппарата, не получилось - все ограничения самостоятельности сохранились, только теперь роль "ограничителя" выполняет не прокурор, а РСО. Единственное ослабление - право следователя самостоятельно возбуждать уголовное дело и по своему усмотрению определять содержание и форму протоколов и других актов следствия (ст. 475 и гл. 57 УПК РФ утратили силу).

В газетных публикациях по поводу создания Следственного комитета при прокуратуре РФ, в выступлениях руководящих работников правоохранительных органов красной нитью проходит мысль о том, что это лишь первый шаг на пути создания независимого следственного органа, объединяющего следователей всех ведомств. Перспективу создания в стране такого органа в течение ряда лет обсуждали многие процессуалисты, а некоторые приветствовали, видя в нем возможность обеспечить эффективность расследования и гарантировать соблюдение прав участников процесса <1>. Жизнь покажет - оправдаются ли эти надежды.

- -

<1> При этом вносились разные предложения о месте, которое этот орган должен занимать во властных структурах, - в прокуратуре, МВД, Минюсте. В последнем случае речь шла о включении следственного аппарата в систему судебной власти, что, по небезосновательному мнению сторонников такой конструкции (Ю.В. Деришев), соответствовало бы историческим традициям (УУС, УПК 1923 г.) и означало бы появление следователей, с одинаковым вниманием исследующих "за" и "против" обвинения.

Наряду с этим Федеральным законом от 6 июня 2007 г. N 90-ФЗ, принятым вслед за Федеральным законом от 5 июня 2007 г., существенно преобразована вторая форма предварительного расследования - дознание. Дознание, оставаясь упрощенной формой расследования, лишенной многих гарантий, присущих предварительному следствию, все больше сближается с ним по многим нормативно закрепленным положениям. Теперь срок дознания может быть продлен прокурором до шести месяцев, что втрое превышает изначальный (два месяца) срок предварительного следствия. В исключительных случаях (исполнение запроса о правовой помощи) этот срок может быть продлен до 12 месяцев. Существенно расширена подследственность органов дознания - к ней отнесены и дела,

возбуждаемые не только в отношении конкретных лиц, но и "по факту" преступления. Узаконена фигура начальника подразделения дознания - эта новая процессуальная фигура наделена полномочиями, охватывающими многие полномочия прокурора и руководителя следственного органа. При этом по отношению к органам дознания прокурор сохранил свои полномочия, утраченные им по отношению к органам предварительного следствия. Можно отметить, что все это привело к буквальному сохранению "прокурорского дознания", о котором в свое время говорили М.А. Чельцов и Ю.В. Деришев. Такая ситуация, учитывая, что прокурор остается главным органом уголовного преследования, трудно объяснима.

8. Складывается положение, когда в стране фактически действуют два следственных аппарата, наделенных большими и во многом сходными полномочиями, но различающимися тем, что деятельностью одного из них управляет руководитель следственного органа, а деятельностью другого - прокурор. Такую двойственную структуру органов предварительного расследования трудно объяснить даже созданием в будущем единого следственного органа, так как и в этом случае остаются и функционируют два наделенных широкими, во многом одинаковыми полномочиями, но разноуправляемых расследовательских аппаратов.

Анализируя все вышеперечисленные изменения в совокупности, следует отметить, что при оценке современного состояния нашего предварительного расследования надлежит учитывать каждое из этих направлений.

Полагаем, что теперь наше предварительное расследование, без существенных оговорок, нельзя считать полностью розыскным, инквизиционным, ибо в нем, несомненно, присутствуют состязательные элементы. Это, в сущности, новая форма досудебного производства, основанная на сильном публичном начале и занимающая промежуточное место между розыскным и состязательным процессом. Тот факт, что предварительное расследование существенно видоизменило свою форму, перестало быть чисто розыскным, инквизиционным, вносит определенные коррективы в безоговорочную трактовку российского уголовного процесса как смешанного <1>. И.Л. Петрухин ввиду этого предлагает именовать наш уголовный процесс публично-исковым, состязательным <2>. Представляется, что лучше бы использовался термин "публично-состязательный" <3>, ибо трактовать уголовное преследование лишь как уголовный иск, предъявляемый стороной обвинения к обвиняемому, можно лишь с оговорками. Термин "уголовный иск" вполне оправдан в уголовном процессе стран обычного права, где производство начинается с непосредственного обращения обвинителя в суд. Но он не вполне применим к нашему судопроизводству, при котором рассмотрению дела в суде предшествует особый досудебный этап производства, где проверяется справедливость "исковых требований". Они должны быть предварительно обоснованы в обвинительном заключении или обвинительном акте результатами доказывания, проведенного с применением детально регламентированной процедуры. Вследствие этого данные документы становятся процессуальными решениями, актами применения права органами государства, хотя их обоснованность предстоит проверить суду. В такой ситуации термин "уголовный иск" не более чем образное выражение, подчеркивающее тот факт, что обвинение - движущая сила уголовного судопроизводства.

- -

<1> Следует учесть, что этот термин применяют к обозначению досудебного производства в странах континентального типа права, где его осуществляет следственный судья, т.е. представитель судебной власти.

<2> См.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. С. 13.

<3> Этот термин предложен А.В. Смирновым, но автор придает ему другой смысл, предлагая формировать публично-состязательный уголовный процесс России как полностью состязательный (постсостязательный), в котором предварительное следствие

должен осуществлять суд в лице следственного судьи. Автор подчеркивает, что такой процесс не является смешанным (см.: Смирнов А.В. Указ. соч. С. 48 - 58).

9. Задача совершенствования уголовно-процессуального законодательства ввиду вышесказанного остается в высокой степени актуальной. Но в каком направлении может протекать в будущем этот процесс?

Полагаем, что в первую очередь требуют законодательного разрешения наиболее значимые и острые проблемы, возникшие в практике применения нового УПК РФ и вызвавшие оживленное обсуждение. От того, как они будут разрешены, в немалой степени зависит направление развития правовой регламентации судопроизводства. Остановимся на наиболее значимых, на наш взгляд, проблемах.

Выше уже отмечалась (см. гл. 1 монографии) спорность безоговорочного причисления следователя (дознавателя) к стороне обвинения. Практика свидетельствует о том, что такая правовая конструкция усиливает обвинительный уклон в их деятельности, и без того выступающий препятствием установлению истины по уголовному делу. Трактовка следователя в качестве узкого обвинителя, как уже говорилось, органически несовместима с традиционным идеальным и, на наш взгляд, правильным представлением о нем как об объективном, справедливом и непредвзятом исследователе.

10. С учетом всего вышеизложенного в законе пора определить действительную функцию следователя и дознавателя, а также руководителя следственного органа, причисленных к стороне обвинения (п. 47 ст. 5 УПК РФ). Заметим, что, если функция прокурора в законе определена, о функции этих лиц можно лишь гадать. Трудно утверждать, что их деятельность, особенно при нынешней регламентации предварительного расследования, не носит обвинительного характера: именно следователь формулирует и предъявляет обвинение, он и дознаватель составляют завершающие акты уголовного преследования - обвинительное заключение и обвинительный акт. Фактически они осуществляют уголовное преследование (п. 55 ст. 5 УПК РФ) и принимают решение о доказанности вины обвиняемых, наличии оснований для передачи дела в суд. Во многом такова же и деятельность РСО. Однако нельзя считать их деятельность свободной от объективного и непредвзятого определения ее направления и оценки полученных результатов.

Каков же выход? Полагаем, что в рамках действующей процессуальной формы следует отказаться от одностороннего определения деятельности следователя и дознавателя как только обвинительной, добавив к положениям закона, определяющим статус этих лиц (ст. 38 и 41 УПК РФ), отсутствующее там указание на их функцию и уточнив содержание последней: они осуществляют уголовное преследование, сочетая его с всесторонним, полным и объективным исследованием обстоятельств дела. Более сложно определить функцию РСО, в полномочиях которого (ст. 39 УПК РФ) сочетается руководство следствием и надзора за ним.

11. В русле рассуждений о необходимости устранения дисбаланса в возможностях обвинения и защиты при осуществлении доказательственной деятельности (а такой дисбаланс действительно существует) высказывались ранее и высказываются в современных научных работах предложения о закреплении в законе наряду с официальным "параллельного адвокатского расследования" в виде предоставления обвиняемому, адвокату-защитнику, а также потерпевшему и его представителю права самостоятельно собирать доказательства и предпринимать в этих целях "частные расследовательские меры". К ним относили "частные следственные действия": осмотр, освидетельствование, предъявление для опознания, следственный эксперимент, проверку показаний на месте и даже частный обыск и выемку <1>. Необоснованность и неосуществимость подобных предложений была очевидной, так как адвокат, его подзащитные и потерпевший не имеют (и не могут иметь) права на применение процессуального принуждения, без которого проведение следственных действий

невозможно. Кроме того, такие меры не соответствуют публичному началу, лежащему в основе предварительного расследования. Идея введения в уголовное судопроизводство параллельного расследования, проводимого адвокатом, не получила достаточной поддержки и фактически была отвергнута процессуальной наукой как несовместимая с отечественным судопроизводством <2>.

- -

<1> См. п. 11 ч. 2 ст. 81, п. 5 ч. 1 ст. 89 и ч. 4 ст. 161 проекта Общей части УПК РФ Российской Федерации, подготовленного Государственно-правовым управлением Президента РФ (М., 1994. С. 76, 87, 151).

<2> См.: Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. N 7. С. 14; Она же. Заключительное слово на Международной научно-практической конференции, посвященной пятилетию принятия УПК РФ // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства... С. 620. Однако, несмотря на это, некоторые авторы предлагают учредить "адвокатское расследование", с тем чтобы сбалансировать права сторон. См., например: Мартынчик Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции модели) // Адвокатская практика. 2004. N 3. С. 4; Карякин Е.А. К вопросу о судебных доказательствах в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2006. N 4. С. 32; Воробьева Ю.Ю. Указ. соч. С. 9, 15.

Но некоторые отголоски этой идеи получили отражение в новом УПК РФ. Согласно ч. 1 ст. 86 Кодекса доказывание осуществляется путем производства следственных и иных процессуальных действий дознавателем, следователем, прокурором и судом. Вместе с тем ч. 3 ст. 86 УПК РФ устанавливает, что защитник вправе собирать доказательства путем: получения предметов, документов и иных сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны представлять запрошенные документы или их копии. Критический анализ этой нормы был дан ранее (см. гл. 8 монографии).

Поэтому целесообразно скорректировать положения ч. 3 ст. 86 УПК РФ, приведя ее в соответствие с более точной формулировкой, содержащейся в принятом позже нормативном акте - Федеральном законе "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", где в п. 3 ст. 6 говорится о праве защитника собирать предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами.

12. Анализ доводов в пользу возможности и правомерности собирания доказательств защитником позволяет сделать еще один вывод: в этих доводах в неявной форме, а порой неосознанно для авторов выражена мысль о целесообразности реформирования нашего судопроизводства, придания ему черт процесса англосаксонского типа, свободного от жесткой регламентации доказывания на досудебных этапах производства. В таком процессе стороны обвинения и защиты представляют полученные ими доказательства суду (а не органам расследования) и именно суду предстоит определить, допустимы ли они, можно ли использовать их при разрешении дела. Возможность представления защитником доказательственных материалов, собранных им за пределами строго определенной процессуальной формы, как раз и соответствует такому типу процесса.

Англосаксонское судопроизводство, несомненно, имеет ряд положительных черт, отмечаемых исследователями. Однако предложение внедрить в российский уголовный процесс, сохраняющий в значительной мере смешанный характер, основные элементы процесса США, Англии и других стран обычного права, и в первую очередь полную реализацию принципа состязательности на досудебных этапах производства, представляется неприемлемым. И не только потому, что такому процессу наряду с достоинствами присущи и недостатки, также отмеченные отечественными и зарубежными авторами, слабые места есть и в современном российском уголовном процессе. Главное в

том, что подобное преобразование несовместимо со структурой отечественного судопроизводства, так как должно повлечь реформирование и других его частей. Если признать, что защитник собирает доказательства в свободной форме, почему органы расследования должны собирать доказательство в строгой процессуальной форме, если же она необязательна, возникает вопрос: нужно ли вообще наше строго регламентированное законом предварительное расследование и не следует ли от него отказаться во имя состязательности?

Сторонники (явные и неявные) "параллельного адвокатского расследования" не дают ответа на этот вопрос, видимо, не решаясь поддержать идею радикального преобразования отечественного судопроизводства. И лишь А.С. Александров утверждает, что "деятельность по собиранию доказательств не должна носить процессуального характера. Судопроизводство начинается с момента предъявления уголовного иска - предания суду" <1>. По мнению А.И. Макаркина, развивающего взгляды А.В. Смирнова, о том, что юстиционную деятельность должен осуществлять только суд, "в будущем публично-состязательном уголовном процессе России нет места следователю в традиционном для нас понимании... Следователь и судья... должны трансформироваться в следственного судью - единственного полноправного носителя функций юстиции в состязательном предварительном следствии" <2>. Сказанное означает, что авторы готовы к упразднению процессуально регламентированного предварительного расследования как самостоятельной досудебной стадии процесса и к полному переходу на англосаксонскую модель судопроизводства.

- -

<1> Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска // Государство и право. 2006. N 2. С. 41.

<2> Макаркин А.И. Указ. соч. С. 151.

13. В принципе явление конвергенции процессуальных форм, имеющее место в мировой практике судопроизводства и лежащее в основе таких предложений, - явление вполне правомерное и даже полезное. Но, на наш взгляд, заимствование процессуальных форм возможно до определенных пределов, пока такое заимствование не равнозначно изменению типа процесса, если, конечно, подобное реформирование не признано обществом и государством необходимым. Наш процесс, как было показано выше, сохраняет в основном смешанный характер. Думаем, что перевод его на последовательно состязательные рельсы означал бы неоправданную кардинальную ломку структуры правоохранительных органов и судопроизводства в целом. Нашему судопроизводству это не нужно по многим причинам. Такая реформа не могла бы стать гарантией повышения качества отечественного судопроизводства. Огромные финансовые затраты, которые неминуемо понадобились бы в связи с такой реформой, не имеют какого бы то ни было серьезного обоснования.

Но сказанное вовсе не означает отсутствия необходимости в усилении состязательных элементов досудебного производства и, в частности, возможности сокращения дисбаланса полномочий обвинения и защиты в сфере доказывания. Этому могли бы служить уже упомянутые возможности уточнения статуса и роли следователя и дознавателя, возложение на них обязанности удовлетворить каждое ходатайство защиты о пополнении доказательственной базы, т.е. о вызове и допросе новых свидетелей, проведении других следственных действий, истребовании предметов и документов.

В то же время есть необходимость усилить состязательные элементы не только предварительного расследования, но и судебного разбирательства. В первую очередь это касается укрепления правового статуса потерпевшего.

14. Положение потерпевшего в уголовном процессе определяется прежде всего Конституцией РФ, закрепившей его право на доступ к правосудию, а также общепризнанными международно-правовыми актами, которые согласно ст. 15

Конституции и ч. 3 ст. 1 УПК РФ составляют часть правовой системы Российской Федерации. Среди последних - Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, ратифицированная нашей страной. Статьи 6 и 13 Конвенции закрепляют право каждого человека, в том числе и потерпевшего, на справедливое судебное разбирательство и эффективное восстановление прав и свобод. Эти законоположения отразились в обновленном уголовно-процессуальном законодательстве России: ст. 6 УПК РФ, определяя назначение уголовного судопроизводства, в первую очередь называет защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления.

Нельзя, однако, считать, что права потерпевших в уголовном судопроизводстве получили достаточно надежную защиту. Если в стадии предварительного расследования потерпевший вправе обжаловать прокурору и в суд отказ в уголовном преследовании обвиняемого, в судебном разбирательстве вопрос решается существенно иначе. Статья 22 УПК РФ устанавливает право потерпевшего и его представителя участвовать в уголовном преследовании по делам публичного и частно-публичного характера, а п. 16 ст. 42 дает ему право поддерживать обвинение, но не раскрывает правовых форм реализации этого права, т.е. участия в поддержании обвинения по этим делам. Из текста ст. 22 УПК РФ следует, что потерпевший вправе поддерживать обвинение только по делам частного обвинения. Это означает, что по делам частно-публичного и публичного обвинения он таким правом не располагает. В соответствии с этим ч. 7 ст. 246 УПК РФ устанавливает, что полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей его части. Причем отказ по мотивам неустановления события преступления и непричастности подсудимого к преступлению исключает возможность обращения потерпевшего в суд за возмещением причиненного ущерба (ч. 2 ст. 306 УПК РФ).

Между тем вполне возможно, что отказ прокурора от обвинения по разным причинам (перестраховка, неспособность обосновать обвинение комплексом улик, т.е. недостаточное владение искусством доказывания, и, наконец, небеспристрастное отношение к исходу дела) являлся необоснованным. Однако в такой ситуации потерпевший или его представитель, убежденные в обоснованности обвинения, не могут ничего предпринять для продолжения уголовного преследования. Им остается лишь сознавать, что закон к ним несправедлив.

Ущемление прав потерпевшего в такой ситуации представляется недопустимым, что констатировано в международно-правовых актах. Так, в Рекомендации Кабинета министров Совета Европы "О положении потерпевшего в рамках уголовного права и процесса", принятой 28 июня 1985 г., сказано, что помимо усилий по возмещению потерпевшему причиненного ему вреда он должен быть наделен правом просить о пересмотре решения об отказе от уголовного преследования. Европейский суд по правам человека признал, что в случаях необоснованного отказа органов государства в уголовном преследовании государство может быть признано виновным в нарушении положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в том числе ст. 13 о восстановлении нарушенных прав и свобод <1>.

- -

<1> См.: Алексеева Л.Б. Право на справедливое судебное разбирательство: реализация в УПК РФ общепризнанных принципов и норм международного права: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 18.

Л.Б. Алексеева замечает в связи с этим, что "судебное разбирательство, которое не принимает во внимание позицию жертвы преступления и при этом преграждает доступ к правосудию по гражданским делам, не может считаться справедливым" <1>.

- -

<1> Там же. С. 19.

Противоречивость положений УПК РФ по этому вопросу стала предметом анализа многих исследователей и породила многочисленные предложения о путях преодоления противоречий. Наряду с предложением сохранить действующий порядок, так как прокурор в силу выполняемой им правозащитной функции в достаточной мере якобы обеспечивает законные интересы потерпевшего, высказаны и многочисленные доводы о необходимости расширения прав потерпевшего, в целях активизации его обвинительной деятельности, несмотря на отказ прокурора от обвинения.

15. Попытку преодолеть несовершенство и противоречивость закона предпринял Конституционный Суд РФ в Постановлении от 8 декабря 2003 г. Сославшись на упомянутые выше рекомендации Кабинета министров Совета Европы, Суд отметил, что прокурор, отказываясь от уголовного преследования, должен, как этого требует закон (ч. 7 ст. 246 УПК РФ), мотивировать свое решение и что отказ возможен только по завершении исследования значимых для такого решения материалов дела и заслушивании мнений сторон по этому поводу. В то же время Конституционный Суд РФ посчитал неконституционными содержащиеся в ч. 9 ст. 246 УПК РФ ограничения в обжаловании решения суда о прекращении дела ввиду отказа прокурора от обвинения, расширив этим возможность потерпевшего добиваться справедливости.

Нельзя не заметить, что, ставя перед собой цель устранить противоречия в законодательстве в интересах потерпевшего, Конституционный Суд принял решение, которое само содержит внутренние противоречия и неясности:

- не определено, какое значение и какие последствия должно иметь выраженное потерпевшим несогласие с отказом прокурора от обвинения;

- не дано четкого решения вопроса, вправе ли вышестоящий суд, рассмотрев жалобу потерпевшего на решение нижестоящего суда о прекращении дела, отменить это решение (ч. 7 ст. 246, п. 2 ст. 254 УПК РФ).

И совершенно неясно, как защитить право потерпевшего на участие в уголовном преследовании, если вышестоящий суд все же отменит решение суда первой инстанции о прекращении дела, но при новом рассмотрении дела прокурор вновь откажется от обвинения. Возникает тупиковая ситуация.

В такой ситуации выглядят обоснованными и соответствующими требованиям здравого смысла высказанные многими авторами предложения о легализации права потерпевшего продолжить уголовное преследование, несмотря на отказ прокурора от обвинения. Независимо от того, каким будет считаться обвинение, поддерживаемое в такой ситуации негосударственным органом - потерпевшим (субсидиарным, дополнительным, замещающим и т.п.), судебное разбирательство в полной мере сохранит свой состязательный характер, а потерпевший как полноправный участник процесса, принадлежащий к стороне обвинения, получает фактическую возможность реализовать свой процессуальный статус. Представляется, что от такого укрепления состязательного начала при судебном разбирательстве судопроизводство только выиграет.

На развитие правовой регламентации отечественного судопроизводства весьма существенное влияние оказывал и оказывает Конституционный Суд РФ. Постановления Конституционного Суда, содержавшие критический анализ положений Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, во многом предопределили облик нового Кодекса как нормативного акта, нацеленного на охрану прав и интересов участников процесса. Но и после принятия УПК РФ многие его нормы в соответствии с постановлениями Конституционного Суда, признавшими их не соответствующими Конституции РФ, подверглись изменению.

Законотворческая деятельность Конституционного Суда продолжается и в настоящее время. Ряд его постановлений, содержащих оценку некоторых норм действующего УПК РФ как неконституционных, еще не учтен законодателем, видимо, в связи с трудностями

поиска оптимальных форм реализации положений, сформулированных Конституционным Судом.

16. Анализ последних постановлений Конституционного Суда вместе с тем показывает, что его позицию нельзя считать односторонне направленной: в одних случаях суд признает неконституционными нормы УПК РФ, ограничивающие состязательность и право на защиту, а в других - усиливает публичные элементы судопроизводства.

Так, еще не получили законодательного закрепления сформулированные Конституционным Судом положения о неконституционности норм УПК РФ, ограничивающих состязательность и право на защиту, исключающих возможность обжалования постановления суда о приостановлении дела (ч. 7 ст. 236).

В то же время требуют приведения в соответствие с решениями Конституционного Суда нормы УПК РФ, признанные неконституционными ввиду ограничения прав стороны обвинения, т.е. ущемления публичного начала процесса. Таковы ч. 4 ст. 237, запрещающая проведение следственных действий при возвращении судом дела прокурору ввиду недостатков обвинительного заключения, и ч. 9 ст. 246, ограничивающая возможность обжалования решения суда о прекращении дела ввиду отказа прокурора от обвинения. Весьма важное значение имеет признание неконституционными положений ст. 405 УПК РФ, полностью запрещающих поворот к худшему в надзорной инстанции. Эти правовые позиции Конституционного Суда неоднозначно оцениваются учеными. Как нам известно, комитеты Госдумы не завершили работу по изменению соответствующих норм УПК РФ и приведению их в соответствие с решениями Конституционного Суда.

В то же время можно утверждать, что уже внесенные в УПК РФ и возможные в будущем дополнения и уточнения вряд ли смогут кардинальным образом преобразовать отечественное судопроизводство. Оно, как и прежде, в основном сохранит свой смешанный характер, при котором досудебное производство базируется на принципе публичности при включении элементов диспозитивности и состязательности, а судебное разбирательство целиком построено на состязательном начале. Такая структура отечественного уголовного процесса, сформированная на протяжении длительного периода времени (начиная с Устава уголовного судопроизводства 1864 г.), соответствует правовосприятию основной массы населения и во многом адекватна судопроизводству континентальных стран Европы, имеющих еще более продолжительный исторический опыт. Процесс континентального типа выдержал проверку временем и в целом доказал свою эффективность. Представляется, что дальнейшее развитие российского уголовного процесса пойдет именно в этом направлении: на досудебных его стадиях будут укрепляться элементы публичного характера с сохранением и, возможно, расширением судебного контроля за ними, а в судебном разбирательстве противоборство сторон обвинения и защиты будет активизироваться посредством выравнивания прав сторон.

Именно в этом направлении, полагаем, должно развиваться и совершенствоваться отечественное уголовно-процессуальное законодательство.

Подытожим сказанное.

А. Современное российское уголовно-процессуальное законодательство возникло как результат взаимодействия различных сил, влияющих на законотворческий процесс (ученых-теоретиков, представителей правоохранительных органов и судей, граждан, недовольных тем, как защищены их интересы, парламентариев и различных парламентских фракций), отстаивающих разные по содержанию приоритеты - усиление публичных начал в целях активизации борьбы с преступностью или более эффективную защиту интересов лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства. Немалое влияние на законотворческий процесс оказало и законодательство зарубежных стран, а также наблюдающаяся в современном мире конвергенция правовых концепций и идей.

Б. Все эти факторы продолжают оказывать свое воздействие на дальнейшее развитие отечественного судопроизводства. Практика применения новых законоположений органами расследования и судом, выявляющая как их эффективность, так и слабые

стороны и противоречия, также будет важным стимулом к изменениям уголовно-процессуального закона. Немаловажную роль сыграет и внутриполитическая обстановка в стране - уровень преступности и действенность правовых форм ее обуздания. Российский законодатель не сможет игнорировать и позиции стран, с которыми осуществляется международно-правовое сотрудничество, а следовательно, и разделяемые ими процессуально-правовые доктрины. По-видимому, в развитии уголовно-процессуального законодательства возрастет роль решений Конституционного Суда РФ с его возможными предпочтениями - усилением публичности или укреплением состязательности.

В. В этих условиях вряд ли следует ожидать, что уголовно-процессуальное законодательство вскоре приобретет большую внутреннюю согласованность и непротиворечивость, которые в нем отсутствуют сегодня. Для достижения этой цели необходимо время, в течение которого в стране окончательно сформируется гражданское общество с присущими ему общими представлениями о назначении судопроизводства и формах его реализации.

Г. Однако уже теперь можно утверждать, что российское судопроизводство сохранит свою исторически сложившуюся структуру - сильное предварительное расследование, основанное на началах публичности, при достаточно сильном судебном контроле за его осуществлением, и последовательно состязательное разбирательство дела в суде. Попытки же кардинально изменить эту структуру в пользу того или иного начала, чем бы они ни аргументировались, смогут лишь дезориентировать участников процесса и причинить нашему судопроизводству существенный вред.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Вступительная статья
Предисловие
Глава 1. Доказывание как познавательная деятельность по уголовному делу
Глава 2. Остается ли истина целью доказывания?
Глава 3. Понятие доказательства: спорные вопросы теории
Глава 4. О предмете и пределах доказывания
Глава 5. Представление доказательств как элемент доказывания
Глава 6. Использование в доказывании непроцессуальных познавательных мероприятий
Глава 7. Предварительное и судебное следствие по УПК РФ: проблемы соотношения
Глава 8. Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу
Глава 9. Защита - противодействие расследованию или противоборство с обвинением равноправной стороны?
Глава 10. Правовая регламентация доказывания обновляется, но проблемы остаются
Глава 11. Следственные ошибки как фактор, снижающий эффективность доказывания
Глава 12. Куда движется российское судопроизводство (размышления по поводу векторов развития уголовно-процессуального законодательства)

book compiled by

AXL-ROSE

axl-rose@inbox.ru