

Содержание

Введение	3
Глава 1. Дифференциация и единство института допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности	15
§ 1.1. Методология сравнительно-правового исследования положений о допустимости доказательств в уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации и зарубежных государств	15
§ 1.2. Отечественные и зарубежные подходы к пониманию допустимости доказательств	24
§ 1.3. Основания для создания единой теории реализации допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности	59
Глава 2. Формализованный подход к реализации института допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности	73
§ 2.1. Понятие, признаки и ретроспективное значение формализованного подхода к реализации института допустимости доказательств в уголовном процессе	73
§ 2.2. Причины возникновения формализованного подхода к реализации института допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве	81
§ 2.3. Критерии формализованных требований к уголовно-процессуальным доказательствам	86
§ 2.4. Влияние недостатков формализованного подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств на правоохранительную деятельность	104
Глава 3. Материальный подход к реализации института допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности	108
§ 3.1. Общие положения, понятие и причины возникновения материального подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств	108
§ 3.2. Характеристика материальных критериев допустимости доказательств в уголовном процессе	114
§ 3.3. Перспективы использования достижений материального подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств в практике правоохранительных органов Российской Федерации	127
Глава 4. Разрешение вопроса о допустимости доказательств в уголовном процессе как вид правоохранительной деятельности	137
§ 4.1. Общие положения о реализации допустимости доказательств в ходе правоохранительной деятельности	137
§ 4.2. Досудебный порядок реализации института допустимости доказательств	147
§ 4.3. Реализации института допустимости доказательств в судебном порядке	157
Заключение	163
Библиографический список.....	167

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. Допустимость доказательств – важнейший институт доказательственного права, поскольку сама возможность использования информации в уголовном процессе и вынесение решения по уголовному спору напрямую зависят от правовых установлений о порядке получения, собирания, фиксации и оформления сведений, имеющих значение для дела.

Отечественная наука и практика уголовного процесса часто рассматривают институты уголовно-процессуального права в рамках одной, существующей в России парадигмы, вместе с тем, сами по себе понятия «доказательство», «допустимость доказательств» шире, чем соответствующие термины в тексте нормативных актов и ориентированные на содержание российского закона доктринальные определения.

Правила о допустимости уголовных доказательств многовариантно развивались во всех уголовно-процессуальных системах, вместе с тем, все правовые установления преследуют общую цель – установить такую систему требований к доказательствам, чтобы суд мог опираться только на однозначные, проверенные, истинные сведения при вынесении решения по уголовному делу.

Своеобразие установлений о допустимости доказательств зарубежных государств составляет богатство науки уголовно-процессуального права, ввиду чего изучение данного вопроса в разрезе наиболее значимых национальных правовых систем представляет значительный интерес для целей сравнительного правоведения. Не менее интересна и регламентация деятельности правоохранительных органов и судов по проверке и оценке допустимости доказательств в зарубежных правовых системах. Более того, допустимость доказательств неразрывно связана с уголовно-процессуальной деятельностью по доказыванию, поскольку без эффективных правил проверки доказательств и прозрачной, основанной на принципах

состязательности и равноправия сторон процедуры признания доказательства недопустимым, требования к допустимости доказательства утратят обязательность.

В науке уголовного процесса не раз ставился закономерный вопрос о ревизии российского уголовно-процессуального законодательства и пересмотре существующей модели доказывания¹. При возможных реформах следует обратить внимание, прежде всего, на опыт зарубежных государств, установить, какие правила о допустимости доказательств удачны и могут быть в той или иной степени заимствованы, а какие успешно применяются только в специфических правовых и социальных условиях.

Вопросы допустимости доказательств имеют значение и при соприкосновении уголовно-процессуальных систем разных государств, в частности, при использовании доказательств, собранных в одном государстве, в уголовном процессе другого. В связи с этим установление единства требований к доказательствам, актуально для решения практических вопросов об использовании доказательств, полученных по уголовно-процессуальным правилам другого государства.

Степень разработанности темы. К сожалению, отечественные исследования уголовного процесса зарубежных стран являются, по большей части, описательными, вместе с тем, выдвигаемая нами идея общности такого правового института как допустимость доказательств в уголовном процессе своевременно вписывается в контекст новейших представлений о единстве права и сближении различных правовых систем. В интересном исследовании Н.Г. Стойко, посвященном сравнению уголовного процесса западных государств и России, к сожалению, освещаются лишь общие вопросы, касающиеся цели, задач, функций уголовного процесса. Вместе с тем, Н.Г. Стойко вводит в научный оборот удачный термин «уголовно-процессуальная стратегия», под которым понимается совокупность целей,

¹ См.: Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права Российской Федерации и комментарии к ней / Под ред. А.С. Александрова. – М.: Юрлитинформ, 2015.

достижение которых пытается добиться законодатель путем нормативного регулирования уголовно-процессуальных отношений¹.

Зарубежные пилотные исследования по данному вопросу отстаивают унификацию уголовно-процессуальных правил доказывания в различных государствах, подчас забывая о культурных и политических различиях: «в качестве положительного примера можно привести страны Европейского Союза, которые вслед за общим рынком... пришли к сближению национальных систем доказательственного права и уголовного процесса»².

Вместе с тем, Европейский суд по правам человека в п. 67 Постановления по делу Дурсона против Нидерландов от 26 марта 1996 года № 20524/92³ указал, что «допустимость доказательств, прежде всего, является предметом регулирования национального законодательства и, как правило, только в компетенцию национальных судов входит оценка представленных доказательств».

Добротное исследование вопроса о допустимости доказательств в общеевропейском масштабе проведено профессором факультета права Кембриджского университета Джоном Спенсером⁴ в рамках монографии, посвященной европейскому уголовному процессу, однако оно также сводится к перечислению общих принципов и правил допустимости доказательств в различных странах, например: «в Германии к вопросу об исключении из числа доказательств незаконно собранных сведений подходят менее формально, чем во Франции»⁵.

¹ См.: Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. – СПб., 2006. – С. 65 – 66.

² Jackson J.D., Summers S. J. The Internationalisation of Criminal Evidence. – Cambridge, 2012. – P. 4.

³ Judgment of European Court of Human Rights of 26.03.1996. Case of Doorson v. The Netherlands. Application no. 20524/92 // Собрание решений Европейского суда по правам человека [Сайт]. URL: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57972#{"itemid":\["001-57972"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57972#{)> (Дата обращения 12.12.2014).

⁴ Здесь и далее при передаче иностранных имен мы будем руководствоваться принципами, описанными в справочнике: Гиляревский Р.С., Старостин Б.А. Иностранные имена и названия в русском тексте. – М.: Высшая школа, 1985. – 303 с.

⁵ Spenser J.R. Evidence // European Criminal Procedures. – Cambridge, 2002. – P. 609.

Допустимость уголовно-процессуальных доказательств в той или иной степени упоминается во всех работах, посвящённых уголовному процессу, в частности, отдельным видам следственных действий (труды И.Л. МаксUTOва, Н.А. Селиванова, С.А. Шейфера и др.), статусу субъектов уголовного судопроизводства (труды А.П. Гуляева, В.В. Новика, И.Д. Перлова, В.И. Смыслова и др.), видам доказательств (труды А.М. Ларина, Р.Д. Рахунова, М.Л. Якуба и др.).

Вместе с тем, в изученной нами литературе не встречалось обобщения и классификации правил о допустимости доказательств, попытки создать единую, универсальную для всех правовых систем теорию допустимости уголовных доказательств. Кроме того, в российской науке уголовного процесса отсутствуют комплексные исследования допустимости уголовно-процессуальных доказательств в зарубежных странах и процедур ее проверки.

Объектом данного исследования являются нормы российского и зарубежного уголовно-процессуального законодательства, судебная практика, прецеденты, доктринальные мнения.

В качестве **предмета исследования** можно выделить положения о допустимости уголовных доказательств, систему правил, устанавливающих требования к допустимости доказательств в конкретной уголовно-процессуальной системе.

Целью диссертационной работы является изучение теоретических и практических вопросов реализации допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности России и зарубежных государств.

В развитие данной цели были поставлены следующие **задачи**:

1) раскрыть методологические основы сравнительно-правового исследования применительно к изучению института допустимости доказательств;

2) рассмотреть учение о допустимости доказательств в нормативных установлениях, теоретических исследованиях и практике правоохранительных органов России и зарубежных государств;

3) проанализировать формализованный подход к реализации допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности органов власти России и зарубежных государств и выявить его характерные признаки, недостатки и причины появления;

4) изучить материальный подход к реализации допустимости доказательств в установлениях уголовного процесса и практике правоохранительных органов России и зарубежных государств, указав возможности для использования определенных правил и принципов данного подхода в деятельности российских правоохранительных органов и в отечественном уголовном процессе;

5) охарактеризовать процедуры исследования вопроса о допустимости доказательств в отечественном и зарубежном уголовном процессе с позиций правоохранительной и правозащитной деятельности органов, ведущих уголовное расследование, и судов;

6) показать значение института допустимости доказательств для реализации целей правоохранительной и правозащитной деятельности.

Методология диссертационного исследования. В ходе исследования мы руководствовались следующими научными методами: формально-логический и сравнительно-правовой – при сопоставлении реализации допустимости доказательств в разных правовых системах, метод квантификации при выделении проблем внедрения элементов материальной допустимости в российском уголовном процессе, метод анализа при характеристике признаков и причин возникновения формализованного и материального подхода к реализации допустимости доказательств, метод лингвистического сопоставления – при переводе текстов иностранных нормативных актов на русский язык. Кроме того, в работе изложена авторская позиция по вопросу методологии сравнительно-правового

исследования применительно к сравнению публично-правовых институтов разных государств.

Теоретическая основа диссертационного исследования. Для уяснения общих начал сравнительно-правового исследования и теории права мы обратились к трудам А.М. Васильева, Г.Н. Ветровой, Н.В. Витрука, В.М. Волженкиной, М.Л. Гальперина, Д.И. Дедова, Д.А. Керимова, М.Н. Марченко, Н.Г. Стойко, Ю.А. Тихомирова.

Дореволюционные ученые разрабатывали отдельные положения теории доказательств, чему пример работы Л.Е. Владимирова, С.Г. Ерофеева, М.М. Ковалевского, Д.Г. Тальберга, И.Я. Фойницкого.

Значительные наработки по данной теме, впрочем, во многом устаревшие по причинам идеологического характера, но иллюстрирующие советскую полемику с «буржуазным» представлением о допустимости доказательств, содержатся в работах ученых советского периода: Г.Ф. Горского, Н.В. Жогина, Л.Д. Кокорева, Я.О. Мотовиловкера, М.С. Строговича, П.С. Элькин и других.

Положения о допустимости доказательств исследуются в трудах теоретиков доказательственного права А.С. Александрова, А.В. Белоусова, А.Р. Белкина, А.А. Васяева, Н.А. Громова, З.З. Зинатуллина, В.В. Золотых, А.В. Кудрявцевой, П.А. Лупинской, С.В. Некрасова, Ю. К. Орлова, Н.В. Сибилевой, Е.А. Сидоренко, Н.В. Стус, Ф.Н. Фаткуллина, С.А. Шейфера.

Вопросы, близкие к нашей теме, нередко затрагиваются в исследованиях, посвященных другим вопросам уголовного процесса, в частности, в работах Р.А. Бостанова, В.В. Васина, И.Л. Петрухина, Р.Л. Хачатурова.

Различные аспекты отечественного понимания допустимости доказательств ранее освещались в диссертационных исследованиях И.С. Абдуллиной, И.В. Абросимова, П.И. Гребенкина, А.А. Гридчина, Д.В. Зеленского, Н.М. Кипниса, Е.А. Маркиной, Э.А. Меринова, В.И. Толмосова.

Допустимость уголовных доказательств косвенно освещалась в отечественных сравнительно-правовых исследованиях, посвященных правовой системе и уголовному процессу различных государств, в том числе, в работах Т.В. Апаровой, М.А. Верещагиной, К.Б. Калиновского, Л.В. Майоровой, И.В. Решетниковой, А.В. Смирнова, Н.Г. Стойко, Б.А. Филимонова.

Кроме того, большое значение для нашего исследования имеют работы зарубежных ученых, как переведенные на русский язык (например, А. Аптекмана, В. Бойльке, Р. Леже, Дж. Стивена), так и в аутентичной редакции (С.К. Ассефы, Эндрю Л.Т. Чу, Джефферсона Л. Инграма, Дж. Ганса, Дж. Хэйлс, А. Кеана, Сянь Го-Сина, Джона М. Шреба, А. Палмера, Дж. Спенсера).

Нормативную базу исследования составляют положения о допустимости уголовных доказательств и процедуре проверки допустимости доказательств в российском праве с XI века до настоящего времени, кроме того, теоретические выводы иллюстрируются положениями о допустимости доказательств в уголовном процессе Англии, Франции, Германии, Испании, Республики Молдовы, Норвегии, Казахстана, Китайской Народной Республики, Исламской республики Иран, Японии, Индии, Сингапура, Соединенных штатов Америки, Аргентины, Мексики, Австралии.

Научная новизна диссертационного исследования. В объеме диссертационного исследования произведен комплексный анализ положений о допустимости доказательств в уголовном процессе России (в том числе, в историческом ракурсе) и зарубежных государств, приведены теоретические основания для разграничения подходов к реализации допустимости доказательств на формализованные и материальные, изучена реализация данных подходов в уголовном процессе и практике правоохранительных органов России и зарубежных стран, в том числе, выведены причины их возникновения, основные черты, достоинства и недостатки с точки зрения достижения целей правоохранительной и правозащитной деятельности,

возможности для использования зарубежного опыта в отечественном уголовном процессе. Кроме того, проведен сравнительно-правовой анализ положений о проверке допустимости доказательств на всех стадиях уголовного процесса. В исследовании приводится авторский подход к методологии сравнительно-правового исследования, впервые в известной нам литературе проанализированы положения допустимости доказательств в российских нормативных актах XI – XVI веков, изложена теория реализации допустимости доказательств в праве конкретного государства через формализованный и материальный подходы, автор приходит к выводу, что признание доказательства недопустимым является уголовно-процессуальной санкцией для лица, его представившего, в силу чего процедура исключения доказательства из материалов дела направлена на охрану публичного правопорядка и защиту прав и свобод непрофессиональных участников уголовного процесса.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Методология сравнительно-правового исследования требует, кроме собственно юридических методов познания, привлечения арсенала лингвистических и литературоведческих методов (интертекстуальность, герменевтика, принципы перевода), только с помощью которых возможно достигнуть понимания сути положений иностранного права.

2. В ходе исследования становления и развития допустимости уголовных доказательств в уголовном процессе России в период до XIX века, установлены и описаны фрагментарные правила допустимости доказательств в нормативных актах XI – XVI веков, а также на основе конкретных положений (требований к письменным доказательствам, сроку собирания доказательств, процедуре присяги, правил допроса свидетелей и оценки их показаний, собирания вещественных доказательств) показана правовая консолидация института допустимости доказательств в российском праве XVI – XIX веков.

3. В уголовном процессе стран англосаксонской и континентальной системы права имеются сходства и различия подходов к допустимости доказательств. Институт допустимости доказательств для стран общего права чаще всего является межпроцессуальным, при этом, вопросы допустимости рассматриваются в отдельных кодифицированных актах, не зависящих от собственно процессуальных законов, тогда как в странах романо-германской системы существуют отдельные правила о допустимости доказательств для каждой процессуальной отрасли, интегрированные в процессуальные кодексы. В странах континентальной системы права признание сведений доказательством возможно на досудебной стадии процесса, тогда как в странах англосаксонской системы права информация может быть признана доказательством только судебным постановлением.

4. Требования к доказательствам в уголовном процессе стран с континентальной системой права являются формализованными, тогда как в странах с англосаксонской системой права правила о допустимости касаются и содержания доказательства, при этом, допустимость доказательств часто определяется казуально, через детализированный перечень случаев, в которых доказательство признается недопустимым.

5. В научный оборот вводится новая теоретическая категория – «реализация допустимости доказательств», под которой понимается воплощение общей для всех правовых систем идеи о допустимости доказательств в уголовно-процессуальном праве конкретного государства. При этом, признавая общность целей всех законодателей при установлении правил допустимости доказательств, можно исследовать их эквивалентность и взаимодополняемость.

6. Реализация допустимости доказательств в праве конкретного государства возможна с помощью двух подходов – формализованного и материального. При формализованном подходе требования к доказательству касаются лишь его внешних признаков (реквизитов), а также условий собирания доказательства: соблюдение требований к субъекту собирания

доказательств, к оформлению доказательства, принесение присяги. Придание информации статуса доказательства зависит от воли лица, ведущего уголовный процесс.

7. Материальный подход к допустимости доказательств представляет собой установление правил о допустимости доказательств в зависимости от содержания доказательства, от фактов, которые могут быть установлены с его помощью, что влечет запрет исследования относимой информации определенного рода (диффамирующих сведений, доказательств, вызывающих предубеждение) при рассмотрении уголовного дела.

8. Признание доказательства недопустимым является уголовно-процессуальной санкцией, ввиду чего наступают негативные правовые последствия в виде невозможности ссылаться на факты, установленные с использованием недопустимого доказательства.

9. Проверка допустимости доказательств является важной составляющей судебной и правоохранительной деятельности как в российском, так и в зарубежном уголовном процессе, поскольку без прозрачных и своевременных процедур исследования допустимости доказательств невозможно достижение целей охраны правопорядка и защиты интересов и прав лиц, участвующих в уголовном процессе. При этом, разрешение вопроса о допустимости доказательств должно следовать немедленно после выражения одной из сторон уголовного процесса сомнения в его допустимости.

Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования. В диссертационном исследовании содержатся теоретические предпосылки для рассмотрения понятия «допустимость уголовных доказательств» вне рамок национальной системы права. Теория реализации допустимости доказательств может быть использована в научных исследованиях смежных процессуальных дисциплин, с помощью элементов теории реализации допустимости доказательств и ее механизма возможна разработка общей теории допустимости доказательств и ее последующая

детализация. С помощью данной теории допустимости доказательств объясняется неодинаковость подходов к допустимости доказательств в национальных правовых системах.

Изложенные нами положения о реализации допустимости доказательств является теоретическим обоснованием положений ст. 455 УПК РФ, в части признания равноценности правил о допустимости доказательств в российском и зарубежном праве, что расширяет возможности межгосударственного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства.

Определенную ценность составляют суждения о методологии сравнительно-правового исследования, а также выработанные рекомендации по внедрению элементов материального подхода к реализации допустимости доказательств в уголовном процессе России.

Некоторые результаты исследования могут представлять ценность для последующих работ в данной области, а также при преподавании дисциплины «Уголовный процесс» в юридических учебных заведениях.

Апробация результатов диссертационного исследования осуществлялась в нижеследующих направлениях:

1. Диссертационное исследование подготовлено на базе Отдела зарубежного публичного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Основные положения и выводы диссертации докладывались автором на заседании Отдела.

2. Основные положения и отдельные вопросы диссертации сообщались автором на международных и всероссийских научно-практических конференциях, круглых столах и семинарах, проводимых в 2010–2015 гг. в ряде вузов (в ФГБОУ ВПО «Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина» на IX Международной научно-практической конференции «Традиции и новации в системе современного российского права» (г. Москва, 2 – 3 апреля 2010г., в ФГАОУ ВПО «Северный (Арктический) федеральный университет имени М.В. Ломоносова на Международной научной конференции, посвященной Году российской

истории (Архангельск, 30 октября – 1 ноября 2012г., в ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия» на IV Международной научной конференции «Реализация прав человека в деятельности правоохранительных органов», г. Саратов, 10 декабря 2012г., в ФГБОУ ВПО «Удмуртский государственный университет» на Международной научно-практической конференции «Проблемы уголовно-процессуальной науки XXI века», г. Ижевск, 7 – 8 февраля 2013г., в ФГБОУ ВПО «Самарский государственный университет» на Всероссийской научно-практической конференции «Актуальные проблемы современного уголовного судопроизводства России», г. Самара, 29 – 30 января 2015 года, в ФГКОУ ВПО «Нижегородская академия МВД России на Всероссийской научно-практической конференции «Новая теория уголовно-процессуальных доказательств», г. Нижний Новгород, 20 – 21 мая 2015г.).

3. Результаты диссертационного исследования внедрены в учебный процесс Калининградского филиала АНОВПОА «Международный университет в Москве». Отдельные положения диссертации использовались в научно-педагогической работе автора при преподавании курса «Уголовный процесс» в НОУ ВПО «Академический гуманитарный институт», а также в практической деятельности соискателя в ООО «ЮрСфера».

4. Основные положения диссертационного исследования опубликованы автором в 19 научных работах, в том числе 3 статьях в изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки РФ. Некоторые работы соискателя по теме диссертации доступны в интернете на сайте Научной электронной библиотеки по ссылке <http://elibrary.ru/author_items.asp?authorid=694055>.

Структура диссертационного исследования. Диссертационная работа состоит из введения, четырех глав, объединяющих тринадцать параграфов, заключения и библиографии. Структура работы обусловлена темой исследования.

ГЛАВА 1. ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ И ЕДИНСТВО ИНСТИТУТА ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1.1. Методология сравнительно-правового исследования положений о допустимости доказательств в уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации и зарубежных государств

Методология любого гуманитарного исследования, если только она не оперирует математическими и статистическими выкладками, неизбежно подвергается критике по причине некоторой неопределенности основных методологических постулатов. Это связано с высокой сложностью и многофакторностью гуманитарных объектов исследования: «необходимо сравнивать лишь сравнимые вещи, в контексте гуманитарного исследования это приведет к упрощению вплоть до потери научности»¹.

Даже если допустить, что работа с источниками (установление фактов) в высокой степени поддается объективизации, то интерпретация указанных фактов лежит за рамками общепринятых методик: «в социальных и гуманитарных исследованиях интерпретация фактов конкретным ученым оказывает большее влияние на исследование, чем в естественных науках»². Указанная проблема возникает и при осуществлении правовых исследований. Этой неопределенностью объясняется небольшое количество работ по вопросу методологии правовой науки.

Большинство авторов сожалеет о недостаточности использования в правоведении естественнонаучных методов: «действительно научным методом мог бы стать метод правового эксперимента, но его использование в

¹ Scientific Methods for the Humanities / Willie Van Peer, Jemeljan Hakemulder, Frank Hakemulder, Sonia Zyngier. – Amsterdam, 2012. – P. 16.

² Kundu A., Nayar P. K. The Humanities: Methodology And Perspectives. 2nd ed. – New Delhi: Dorling Kindersley, 2011. – P. 8.

теории права затруднено, ведь эксперимент предполагает исследование альтернативных возможностей»¹.

Однако вместо того, чтобы искать эксперименту или социологическому опросу место в системе методов юридической науки, мы предлагаем посмотреть на проблему «научности» юриспруденции с другой стороны.

Мы полагаем, что предметом научного интереса юриспруденции, по большей части, являются тексты, их прочтение, понимание, интерпретация, толкование и взаимное сопоставление.

В такой ситуации достойно сожаления, что юридическая наука, в большинстве своем предполагающая работу со строго определенными, однозначными текстами нормативных актов, не имеет разработанной текстологической методологии, тогда как литературоведение, имеющее дело с художественным словом, намного более сложным для анализа и толкования, выработало успешные методологические модели, благодаря которым возможна унификация научных исследований.

Разумеется, часть филологических методов (например, оценка сильных и слабых сторон текста, его художественности, правдивости образов и сюжета, стилистика, учение о мотивах) в правоведении неприменимы, однако другие, имеющие целью однозначность понимания текста (метод контекста, предполагающий, что исследователь должен отследить все возможные оттенки идеи в её развитии на протяжении всего текста, метод сопоставления, метод морфологического анализа текста), вполне могут быть взяты на вооружение в юриспруденции.

В сравнительном литературоведении для сравнения формально несопоставимых текстов (текстов разных объемов, написанных на различных языках и в разную эпоху) применяются понятия архетипов (героев – «Храбрца», «Труса», «Любовника», «Путешественника») и концептов

¹Рычагова О.Е. О методологии российской правовой науки // Вестник Омского государственного университета. – 2003. № 1. – С. 113.

(основных сюжетных линий («Побег», «Поиск сокровища», «Поиск невесты»)).

С помощью указанных средств можно описать сходство и различие произведений, выявить, созданы ли тексты самостоятельно друг от друга или идеи были заимствованы, показать совершенствование и усложнение «вечных» сюжетов применительно к духу времени¹.

Применительно к сравнительному правоведению, вполне возможно принять за «архетипы» правовые явления действительности – «Наследство», «Договор», «Преступление», «Доказательство», а за «концепты» – правовые средства, с помощью которых законодатель описывает «архетипы» и отношения между ними.

Мы привели в качестве примера лишь один интересный метод литературоведения, однако литературоведами разработано и успешно применяется множество подобных концепций, методов и средств исследования текстов, которые ждут применения и в юриспруденции.

Специфика нашего исследования, предполагающего изучение и цитирование большого количества источников на иностранных языках, побуждает изложить свою точку зрения на правила перевода текста с иностранного языка.

В иностранной литературе основным правилом перевода юридических текстов является интертекстуальность, под которой понимается «связь переводимого текста с другими юридическими текстами на языке перевода»².

Иными словами, не следует произвольно вводить новые понятия для перевода уже известных в данной системе права юридических терминов. В связи с указанным принципом англоязычный термин «допустимость доказательств» (*admissibility of evidence*) не должен переводиться буквально как «приемлемость доказательств».

¹ See: Tötösy de Zepetnek S. Comparative Literature: Theory, Method, Application. – Amsterdam, 1998. – P. 35 – 40.

² Febrero J. L. S. Legal English and Translation: Theory and Practice. – San Vicente, 2003. – P. 62.

Если же правовое явление не имеет точных аналогов в отечественной юриспруденции, то термин, означающий данное явление, подлежит оставлению без перевода, например, немецкие «шеффены» – совсем не то, что «народные заседатели».

Отдельно следует сказать о герменевтическом принципе толкования текста: «предметом герменевтики является смысл, а также нахождение правил освоения смысла, содержащегося в любом тексте»¹. Из этого следует необходимость использования указанного общенаучного метода в сравнительно-правовом исследовании, что позволит обеспечить аутентичное толкование и передачу смысла текстов на иностранном языке.

Нельзя не согласиться с тем, что методология правовых исследований находится в стадии становления. Общественные явления и процессы, к которым, несомненно, относится и развитие права, настолько сложны, что могут быть изучены только при помощи определенной формализации, упрощения.

За рамками нашего исследования останутся определенные факторы, которые привели бы к излишней детализации исследования, например, мы не учитываем статистические данные об эффективном применении тех или иных положений уголовно-процессуального законодательства, априори полагая равными по правовому воздействию уголовно-процессуальные предписания всех государств, коль скоро правовые нормы изложены в официальном источнике права.

Следовательно, если какое-либо положение о допустимости доказательств в африканской стране является декларативным, но содержится в уголовно-процессуальном законе, то, скорее всего, мы будем рассматривать данную норму права на равных основаниях с аналогичными нормами других государств.

Поскольку избранная нами тема исследования является сугубо теоретической, при работе над ним не предполагается использование

¹ Шульга Е.Н. Когнитивная герменевтика. – М.: Directmedia, 2002. – С. 60.

достижений социологии (анкетирование, опрос, рейтинговый метод), теории вероятности, математических и социологических моделей.

Вместе с тем, научную основу нашего исследования будут составлять фундаментальные научные методы – логический (анализ, синтез), исторический, общеправовые методы: сравнительно-правовой, формализованный, метод построения юридической модели. Для решения частных задач исследования мы будем использовать методы технического перевода юридических текстов на русский язык, герменевтический метод, методы классификации и систематизации.

Следует особенно сказать о принципах и достижениях сравнительно-правовой науки, на которых будет основано наше исследование, являющееся компаративистским по своему характеру.

Д.А. Керимов отметил, что «характерной особенностью современного развития научного знания является образование своеобразного поля пересечения, активного взаимодействия и взаимопроникновения различных, казалось бы, далеко друг от друга стоящих наук, теоретических концепций и методов познания»¹.

Такое пересечение возможно не только между различными отраслями научного знания (исследования на стыке физики и биологии, права и социологии), но и между правовыми концепциями различных государств.

Активное взаимодействие национальных правовых систем происходит в сфере международного права, при решении вопросов о правовой помощи.

Д.И. Дедов указывал на методологические проблемы современной юридической науки: «огромный объем правовых знаний, так или иначе требующий заучивания и выдвигающий на первый план позитивизм и догматические установки, существенно ограничивает возможности самостоятельного правового мышления и появления новых правовых идей»².

¹Керимов Д.А. Общенаучная методология и методология права // Теоретико-методологические проблемы права. – М.:ИКД «Зерцало – М», 2007. – С. 15.

² Дедов Д.И. Юридический метод. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 46.

Вместе с тем, сравнительно-правовое исследование должно быть одинаково далеко и от пренебрежения отечественными правовыми идеями в пользу положительного, но чуждого зарубежного опыта, и от полного неприятия иностранных способов решения общих проблем, стоящих перед законодателем.

Раймон Леже предлагает рассматривать три уровня сравнительно-правового исследования: сравнение законов, судебной практики и практики применения закона в общем смысле, касающейся, в том числе, отношения к закону со стороны граждан и правоприменителей¹.

Из трех уровней исследования в рамках данной работы могут быть реализованы полностью только два: мы имеем возможность изучить и проанализировать текст законов и судебную практику. Последняя представляется важным аспектом изучения положений о допустимости доказательств в странах англосаксонской системы права.

Что же касается третьего уровня, то установление вопросов, касающихся, по большей части, правосознания и правовой культуры, применительно к нашему исследованию – соблюдение правил допустимости доказательств, отношение к их нарушению со стороны общества, не так важно в контексте исследования. Если правила о допустимости доказательств нарушены, то это неминуемо приведет к исключению доказательства из материалов дела независимо от причины нарушения соответствующего требования (небрежность, сознательное несоблюдение), дальнейшая судьба нарушителя – предмет дисциплинарного, а не уголовного производства.

Наконец, нам хотелось бы отметить изначальную неполноту описательных сравнительно-правовых исследований, которые уже не соответствуют духу времени и задачам, стоящим перед сравнительным правоведением.

¹ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 280 – 281.

По верному замечанию Ю.А. Тихомирова, «в прошлые столетия знакомство «со стороны» с национальным правом носило скорее историко-познавательный характер и культивировало сохранение и бережное отношение к текстам законов, юридическим книгам, истолкованиям»¹, тогда как сегодня описательности явно недостаточно.

Ввиду этого, мы не можем признать достаточность исследований, в которых сравнительно-правовой аспект выражен лишь в описании (цитировании) зарубежных правовых суждений по исследуемому вопросу. Необходимо построение общей теории, в рамках которой получили бы объяснения все правовые феномены, обнаруженные исследователем.

Еще в дореволюционной правовой науке выдвигались положения о том, что «задача сравнительного метода... сводится к тому, чтобы, выделив в особую группу сходные у разных народов на сходных ступенях их развития обычаи и учреждения, дать тем самым материал для построения... развития форм общежития и их внешнего выражения права»².

Основываясь на изложенных позициях, мы можем вывести следующие принципы сравнительно-правового исследования, которыми мы будем руководствоваться в нашей научной работе:

1) Изучение уголовно-процессуального права и судебной практики зарубежных государств. В рамках нашего исследования мы должны ограничиться определенным перечнем государств, в которых уголовно-процессуальные представления о допустимости доказательств должны быть исследованы в первую очередь. К таким государствам из стран Европы мы отнесем Англию (как автономную единицу Соединённого Королевства), Францию, Германию, Испанию, Республику Молдову, Норвегию, Сербию, из стран Азии – Казахстан, Китайскую Народную Республику, Иран, Японию,

¹ Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 8.

² Ковалевский М.М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции. – М., 1880. – С. 19.

Индию, Сингапур, из стран Америки – Соединенные штаты Америки, Аргентину, Мексику, из стран Океании – Австралию.

Законодательство иных государств может быть процитировано в исследовании, если правовые установления представляют особый интерес для нашей работы.

2) Адекватный перевод иностранного текста на русский язык. В данном случае мы будем руководствоваться принципами технического перевода, согласно которым используемые языковые обороты должны быть адекватны речевой ситуации (следовательно, при переводе нормативных актов и научных работ будет применяться официально-деловой стиль), а юридические термины должны быть «переконвертированы» в понятия, применяющиеся в российском праве, за исключением особо экзотичных, которые следует оставить без перевода, с объяснением.

3) Выделение существенных черт явления. Предлагаемые термины, а также рассматриваемые явления будут вводиться нами через описание ряда значимых признаков.

4) Создание научной классификации, построение теории. Мы приложим все усилия для обобщения полученных нами первичных сведений о правовой интерпретации допустимости доказательств, чтобы с помощью единой теории можно было бы объяснить и описать все подходы к реализации допустимости доказательств в уголовном процессе.

5) Иллюстрация теоретических выводов практическими примерами. Насколько это возможно, все наши теоретические заключения должны быть сопровождаемы цитатами из нормативных актов или судебных актов, доказывающими правильность подобных допущений.

6) Отсутствие идеологических оценок, эмоциональная беспристрастность исследования. Вместе с тем, исследование предполагает постоянное сравнение зарубежного законодательства с реалиями российского права, поиск оптимальных правовых решений, которые могли бы быть реализованы в отечественной правовой системе. Точкой отсчета нашего

исследования является российский уголовный процесс и деятельность отечественных правоохранительных органов, ввиду чего возможные сравнения, выявление достоинств и недостатков производятся с учетом российских правовых принципов.

7) Исследование динамической составляющей допустимости доказательств. Для нашего исследования чрезвычайно важно изучение не только положений о допустимости доказательств в праве зарубежных государств, но и процедура разрешения вопроса о допустимости доказательства органом, ведущим уголовный процесс, поскольку исследование вопроса о допустимости доказательств является важной и самостоятельной составляющей правоохранительной деятельности.

Раймон Леже предостерегал от методологических опасностей сравнительно-правового исследования: когда исследователи «имеют потребность в познании зарубежных институтов и применении их норм, они зачастую не обращают внимания на методологические проблемы проведения параллелей с институтами и нормами их собственной системы, таким образом, качество их рассуждений может оказаться скомпрометированным»¹.

Мы полагаем, что обезопасить наше исследование от подобного рода неточностей может лишь четкое следование изложенным в данном параграфе методологическим принципам.

¹Леже Р. Указ. соч. – С. 271.

§ 1.2. Отечественные и зарубежные подходы к пониманию допустимости доказательств

1.2.1. Подходы к определению допустимости доказательств в отечественной уголовно-процессуальной науке и правоохранительной деятельности

Обзор мнений отечественных учёных по вопросу допустимости доказательств уже проводился в соответствующих диссертационных исследованиях, в том числе И.С. Абдуллиной, И.В. Абросимова, П.И. Гребенкина, А.А. Гридчина, Д.В. Зеленского, Н.М.Кипниса, Е.А. Маркиной, Э.А. Меринова, В.И. Толмосова. Вместе с тем, практически всегда без внимания остается период русской истории до появления Устава уголовного судопроизводства 1864 года, взгляды дореволюционных ученых излагаются поверхностно, не анализируются законоположения первых лет советской власти.

Мы ставим задачу не собрать разноплановые определения допустимости доказательств, а показать эволюцию теоретических и практических взглядов на данный процессуальный институт, в том числе, с учётом нормативных изменений.

В качестве обобщения изученной нами литературы и нормативных источников мы предлагаем выделить следующие этапы формирования представлений о допустимости доказательств в уголовном процессе России.

1. Формирование казуальных правил допустимости доказательств в нормативных актах и практике уголовного процесса. Правовая категория допустимости доказательств отсутствовала в сугубо утилитарных и казуальных сборниках древнерусского законодательства. Мы согласны с исследователями древнерусского права в том, что русскому правовому мышлению были свойственны конкретность, опора на житейский опыт и

всеобщее понимание определенных базовых правил при отсутствии их нормативного закрепления¹.

Из этого следует, что определенные правовые принципы были известны на житейском уровне и не нуждались в отдельном нормативном провозглашении, тогда как нормативно должны были быть закреплены как раз конкретные правовые установления, в отношении которых могли возникнуть противоречия, например, размер штрафа за совершенное правонарушение.

Следует признать, что большое значение в судопроизводстве имели нормы церковного права и, вообще, представления о суде с точки зрения церкви. А.П. Куницын, например, указывает, что «не все нравственные качества свидетелей определены гражданскими законами, но оные весьма точно изложены в Новгородском Номоканоне... свидетелями могли быть люди правдивые, богобоязненные, нарочитые, не злонамеренные и суровые, но добропорядочного поведения, не состоявшие с подсудимым во вражде или тяжбе»².

Мы полагаем, что древнерусскому праву были известны следующие идеи доказательственного права, сегодня традиционно рассматриваемые в рамках института допустимости доказательств.

А) формализация показаний свидетеля. Первоначально присяга была способом проверки доказательства, причем, отрицательным – присягала сторона, оспаривающая доказательство: в пункте 3 договора Руси с Византией 911 года содержится следующее установление: «если же какому-либо (доказательству) не станут верить, то пусть присягнет та сторона, которая домогается, чтобы ему (доказательству) не доверяли»³.

¹ См.: Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. – М.: МГИУ, 2008. – С. 23 – 26.

² Куницын А.П. Историческое изображение древнего судопроизводства в России. – СПб, 1843. – С. 104 – 105.

³ Договор Руси с Византией 911г. в переводе на русский язык // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952. – С. 11.

Вместе с тем, в п. договора Руси с Византией 944 года содержится положение, изменяющее смысл присяги: если не найдется убежавший челядин, «то пусть присягнут наши русские – христиане в соответствии с их верой, а нехристиане – по их обычаю, и тогда возьмут от нас в соответствии с установленной ранее расценкой – 2 штуки драгоценной ткани за челядина»¹. В данном случае присяга является не средством подкрепления имеющихся доказательств, а способом доказывания при отсутствии доказательств – по сути, принесение присяги порождало правовую презумпцию того, что раб действительно сбежал и русские купцы не имеют возможности его найти, но сбежал он к византийцам, которые на основании одной лишь присяги возмещают русским ущерб. При этом поздние памятники указывают на особую (религиозную) форму присяги – крестоцелование. Регламентация же данной процедуры доходила до того, что «крест для судебного целования предписано было употреблять только деревянный, с написанным на нем распятым и «деяньми», на медных же крестах присягать воспрещалось»².

Б) формальная теория доказательств. Формальные требования к доказательствам заключаются в том, что законодатель устанавливает силу доказательств и предписывает исключительные доказательства для доказывания определенных фактов. Например, в том же договоре Руси с Византией 911 года предусмотрено (ст. 12), что факт похищения челядина можно установить с его слов или со слов его хозяев (купцов).

В ст. 2 Русской Правды (краткая редакция) указано, что при наличии телесных повреждений (следов крови и синяков) показания свидетелей не требуются³ (можно провести параллель с англосаксонской теорией наилучшего доказательства, когда из множества доказательств,

¹ Договор Руси с Византией 944 г. в переводе на русский язык. // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952. – С. 38.

² Ланге Н. Древнее русское уголовное судопроизводство (XIV, XV, XVI и половины XVII веков). – СПб., 1884. – С. 212.

³ Русская Правда (краткая редакция) в переводе на русский язык. // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952. – С. 81.

подтверждающих один и тот же факт, нужно выбрать наиболее полное, а остальные суд вправе отказаться исследовать). При этом в той же статье указано, что при отсутствии повреждений и показаний свидетелей – «делу конец», то есть никто не может быть обвинен лишь на основании заявления потерпевшего. Ст. 10 Русской Правды (краткая редакция) предусматривает необходимость для осуждения за «пихание человека от себя или к себе» показаний двух свидетелей, но иноземец-потерпевший может присягнуть сам. Неравное отношение к доказательствам вины русича и иноземца видно и из ст. 18 Русской Правды (пространная редакция): для снятия подозрения в убийстве с русича необходимы показания семи свидетелей, тогда как для иноземца достаточно двух свидетелей (видимо, иноземец, не обзаведшийся социальными связями, просто не смог бы найти большее число свидетелей)¹. В ст. 66 Русской Правды устанавливается формальное требование к свидетелям: на свидетельство холопа ссылаться нельзя, но по необходимости можно сослаться лишь на показания боярского тиуна (из всех разновидностей холопов). Новгородская судная грамота исключает из числа свидетелей не только холопов, но и псковитян, то есть лиц, не являющихся гражданами Великого Новгорода (ст. 22)². Та же статья запрещает «послуха на послуха», то есть, по-видимому, допускаемого англосаксонским правом свидетеля о репутации свидетеля. Псковская судная грамота подобных ограничений не содержит, однако запрещает доверять показаниям вора, то есть бывшего преступника (ст. 60)³, что вполне соответствует римскому праву и его институту лиц, не имевших права быть свидетелем в суде (*intestabilitas*). Однако в более позднем нормативном акте – Судебнике 1497

¹ Русская Правда (пространная редакция) в переводе на русский язык. // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952. – С. 122 – 123.

² Новгородская судная грамота. // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 2. Памятники права феодально-раздробленной Руси. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1953. – С. 214.

³ Псковская судная грамота в переводе на русский язык. // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 2. Памятники права феодально-раздробленной Руси. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1953. – С. 314.

года – даже такая, пусть несовершенная, но «теория доказательств» сменилась поединком, не только сторон друг с другом, но и со свидетелем, в опровержение его показаний¹ (ст. 48). Впрочем, определенную «формализацию» поединка вводит Судебник 1550 года: «биться на поле бойцу с бойцом или небойцу с небойцом, а бойцу с небойцом не биться»² (ст. 14).

В) допустимость показаний с чужих слов. В современном уголовном процессе показания с чужих слов прямо названы недопустимым доказательством, вместе с тем, в Псковской судной грамоте указано: следует «опросить и избитого..., заявлял ли он о случившемся (кому-нибудь), чтобы он мог сослаться на тех, кому он заявлял»³ (ст. 20), таким образом, допускается доказывание того обстоятельства, что потерпевший сообщил кому-либо о преступлении.

Г) допустимость показаний обвиняемого. В Судебнике 1550 года впервые решается вопрос о признании обвиняемого, в том числе, и под пыткой (ст. 52)⁴. Сакраментальная фраза «скажет на себя сам» освобождает от дальнейшего доказывания по делу, что делает признательные показания подсудимого не только допустимым, но и исключительным доказательством по делу. В Уставной книге Разбойного приказа 1616 – 1617 года содержится еще одно ограничение допустимости показаний обвиняемого: «что с третьей пытки и идучи к казни будут говорить – тем показаниям не верить» (ст. 57)⁵, следовательно, устанавливался формальный предел правдивости показаний,

¹ Судебник 1497 года в переводе на русский язык // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 3. Памятники права периода образования русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1955. – С. 369.

² Судебник 1550 года. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 4. Памятники права периода укрепления русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1956. – С. 236.

³ Псковская судная грамота в переводе на русский язык. Указ. соч. – С. 305.

⁴ Судебник 1550 года. Указ. соч. – С. 245.

⁵ Уставная книга Разбойного приказа 1616 – 1617 гг. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 5. Памятники права периода сословно-представительной монархии. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1959. – С. 199.

так, под влиянием третьей пытки и скорой казни, как полагал законодатель, обвиняемый вряд ли даст правдивые показания.

Д) влияние репутации подсудимого на исход дела. Обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, хотя и подлежат выяснению при производстве по уголовному делу, однако не могут радикально повлиять на судебное решение, тем более, не являются доказательством по делу. Вместе с тем, Судебник 1589 года знает понятие «ведомый лихой человек», которого можно казнить и без прямых улик (ст. 113)¹.

Указанные правовые идеи изложены в нормативных актах очень отрывочно и казуально, вместе с тем, некоторые из этих правил в несколько измененном и обобщенном виде дошли до наших дней.

2. Правовая консолидация института допустимости доказательств.

Памятники древнерусского права и права русской государственности вплоть до XVI века практически не содержат развитого уголовно-процессуального и доказательственного права. Требования к доказательствам хаотичны и казуальны. Вместе с тем, мы полагаем возможным рассматривать в качестве первого источника права, в котором произошла историческая консолидация требований к доказательствам на довольно высоком техническом уровне, Соборное уложение 1649 года. Именно в этом памятнике русского права содержатся первые обобщенные процессуальные требования к доказательствам, их форме и содержанию, которые в совокупности можно рассматривать как целостный институт допустимости доказательств в уголовном процессе.

Дальнейшее развитие права предполагало двоякий процесс: детализацию требований к доказательствам и обобщение таких требований в плане юридической техники, например, требования к показаниям свидетелей устанавливались не исходя из сословной их принадлежности, но вообще – ко всем свидетелям, которых заслушивает суд.

¹Судебник 1589 года. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 4. Памятники права периода укрепления русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1956. – С. 427.

Рассмотрим подробнее, какие требования к доказательствам этого периода можно рассматривать в качестве первичных основ допустимости доказательств в уголовном процессе России.

А) требования к письменным доказательствам. Применительно к судебным записям (протоколам) Соборное уложение 1649 года указывает: «а черненья бы и между строк приписки и скребления в тех записках не было» (Глава X, статья 11)¹, это правило, по сути, применяется и сейчас. В ст. 5 гл. IV Устава воинского² указано, что для того, чтобы принять в качестве доказательства купецкие книги (по сути, бухгалтерские записи), нужно, чтобы в каждый почтовый день было записано число.

Б) срок собирания доказательств. «Да и судьям... у истца и ответчика письменных ссылок и никаких писем после суда не приимати, oprичь того, что в суде подано» (Соборное уложение 1649 года, глава X, статья 22), фактически утверждается недопустимость доказательств, представленных суду после рассмотрения дела.

В) процедура принесения присяги (крестного целования). В Соборном уложении этому вопросу посвящена отдельная глава, согласно которой к присяге должны быть допущены лишь лица старше двадцати лет, в крайнем случае – не меньше пятнадцати (глава XIV, статья 1), иноверцев приводить к присяге согласно их вере (глава XIV, статья 2).

Ст. 6 гл. III Устава воинского предусматривает, что принесение присяги свидетелем возможно и после дачи им показаний, главное, чтобы присяга была принесена в тот же день, а в ст. 7 той же главы имеется правило, что в случае согласия на то истца и ответчика суд может освободить

¹ Соборное уложение 1649 года. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 6. Соборное уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1957. – С. 79. Далее все ссылки на Соборное уложение даются по данному источнику с указанием главы и статьи.

² Устав воинский. Краткое изображение процессов или судебных тяжб. 30 марта 1716 года. // Памятники русского права. Под ред. К.О. Софроненко. – Вып. 8. Законодательные акты Петра I. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. – С. 593. Далее все ссылки на Устав воинский даются по данному источнику с указанием главы и статьи.

свидетеля от принесения присяги, в этом случае, сказанное им будет рассматриваться наравне с другими показаниями.

Г) правила допроса свидетелей. Впервые устанавливается правило о необходимости личного допроса лицом, ведущим процесс, свидетелей порознь и письменной записи показаний: «и обыскивати тех всяких чинов людьми с лица на лицо, расспрашивая всякого человека порознь, и обыскные речи велеть сыщикам писать при себе, а заочно... в обыск писать не велеть». Впервые указывается на желательность собственноручного изложения показаний: «велети обыскные речи писать обыскным людям самим» (Соборное уложение 1649 года, глава X, статья 161). Однако Соборное уложение запрещает допрашивать супругу истца или ответчика (Соборное уложение 1649 года, глава X, статья 177). Ст. 9 гл. III Устава воинского предусматривает, что свидетели – знатные особы или немощные – могут быть допрошены на дому помощником судьи (ассессором) и секретарем, данное правило и сегодня есть в уголовном процессе Германии и Испании.

Д) правила оценки показаний свидетелей. Важно, чтобы свидетели подтвердили показания истца (заявителя) буквально слово в слово: «а те люди по допросу скажут не против его ссылки, или и против его ссылки, да не все во одну речь, хотя один не по нем скажет, или они скажут, что про то дело ничего не ведают: и его тем обвинити по тому, что он на тех людей сам слася из воли, а они сказали не против его ссылки» (Соборное уложение 1649 года, глава X, статья 160).

Ст. 2 гл. III Устава воинского запрещает выступать в качестве свидетелей в суде, в частности, клятвопреступникам, анафематствованным (проклятым), тем, кто портит межевые знаки, изгнанные из государства, преступники, родственники или иждивенцы одной из сторон. Вместе с тем, ст. 13 той же главы устанавливает формальные правила оценки показаний свидетелей: «свидетель мужского пола паче женска, и знатный паче худаго, ученый неученаго и духовный светскаго человека почтен бывает».

Е) собрание вещественных доказательств. Соборное уложение для того, чтобы принять поличное в качестве доказательства вины обвиняемого, устанавливает требование: «поличное у него вымут с приставом и с понятыми» (Соборное уложение 1649 года, глава XXI, статья 50), также и в отношении обыска: «кто у кого в доме сведает поличное, и похочет то поличное выняти, и ему на то поличное взятии из приказу пристава, а пристава взять с собой понятых, сторонних людей, добрых, кому мочно верити, и поличное выняти с теми людьми» (Соборное уложение 1649 года, глава XXI, статья 87).

В конце данного периода, в XVIII веке появились и доктринальные мнения по рассматриваемым вопросам. Правила о доказательствах расценивались как обобщение житейской практики: «общие формулы, во всяком случае, полезны судье, как совет опыта.., чем более высокое нравственное и учебное образование судей соответствует высокому их назначению, тем более законы должны предоставлять им власти в применении судебных доказательств»¹.

Имелась и противоположная точка зрения: «положительные законы не определяют и не могут с точностью определить всех возможных доказательств уголовных преступлений»². Такое мнение неслучайно в атмосфере бессистемности и низкого уровня абстракции положений о доказательствах, так, если в законе нельзя перечислить даже видов доказательств, то как можно определить их свойства и требования к ним, исходя из такой точки зрения, вопрос о допустимости доказательств вообще не следует поднимать.

3. Воззрения на допустимость доказательств с 1864 по 1917 годы.

Устав уголовного судопроизводства 1864 года³ не знает такого термина, как

¹ Дегай П.И. Взгляд на современное положение уголовного судопроизводства. – М., 1847. – С. 77.

² Ерофеев С.Г. Разсуждение о доказательствах уголовных преступлений и о свойствах сих доказательств вообще и в особенности по российским узаконениям. – Харьков, 1825. – С. 79.

³ Устав уголовного судопроизводства 20 ноября 1864 г. На подлинном собственной его

допустимость доказательств. Однако существует понятие, противоположное допустимости, – подложные доказательства, обнаружение которых является основанием к пересмотру дела по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 180), напротив, доказательства истинные, правильные именуется достоверными (ст. 425). В ст. 382 Устава указано: «вещественные доказательства должны быть, по возможности, перенумерованы, уложены, запечатаны и приобщены к делу». Добавление «по возможности» выражает желательность, но не обязательность такой процессуальной формы закрепления вещественных доказательств, следовательно, в данном случае, нарушение процессуальной формы не является основанием для признания доказательства недопустимым.

Вместе с тем, определенные формальности Устав полагает обязательными: «осмотры, освидетельствования и обыски производятся в присутствии не менее двух понятых и тех участвующих в деле лиц, которые явятся к сим действиям без предварительного вызова» (ст. 108).

Сведения же о совершенных процессуальных действиях заносятся в протокол «вкратце» (ст. 142), отсюда, видимо, берет начало отечественная традиция не дословной, а конспективной записи хода процесса в протоколах следственных и судебных действий, что в корне расходится с англосаксонской традицией.

Устав уголовного судопроизводства представляет собой полноценный уголовно-процессуальный кодифицированный акт, с детальной регламентацией процедур собирания и исследования доказательств, вместе с тем, основной чертой закона является его практичность – ввиду этого в тексте устава почти не встречаются абстрактные понятия (например, допустимость доказательств), не выделяются как общие идеи принципы

императорского величества рукой написано: «Быть по сему» // Российское законодательство X – XX веков. В 9 тт. Т. 8. Судебные реформы. – М.: Юрид. лит., 1989. – С. 120 – 252. Далее все ссылки на Устав уголовного судопроизводства даются по данному источнику с указанием статьи.

уголовного судопроизводства, вместе с тем, они легко реконструируются на основе установлений по частным вопросам.

Доктринальное мнение по поводу допустимости доказательств в период действия Устава уголовного судопроизводства 1864 года уже сложилось. В частности, известный дореволюционный теоретик уголовного процесса И.Я. Фойницкий считал, что допустимость доказательств способствует выделению из доказательственного материала «ненадежного, могущего ввести суд в заблуждение. Эта ненадежность может корениться или в излишней отдаленности данного доказательства от подлежащего доказыванию обстоятельства, так что установление связи между ними крайне трудно и рискованно, или в подозрительности источника доказательства»¹. Таким образом, критериями допустимости (пока что доктринальными) признается отсутствие закрепленного соответствия производного доказательства первоначальному (формальный критерий) и подозрительность источника доказательства (критерий, по сути, материальный, поскольку связывается со способностями восприятия свидетелями обстоятельств дела). Анализируя современный ему закон, И.Я. Фойницкий выделяет правила собирания и представления суду доказательств, обеспечивающие их достоверность, а как следствие, и допустимость².

Таким образом, можно сказать, что в дореволюционной России допустимость доказательств на доктринальном уровне понималась как удостоверенное соответствие первоначальных доказательств производным и правильность отображения действительности в сознании свидетеля.

Л.Е. Владимиров термин «допустимость доказательств» даёт в переводе с английского языка (*admissibility of evidence*), подчеркивая тем самым свойственность данной терминологии больше английскому, чем русскому праву. Однако он приводит верное разграничение понятий силы и

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства в 2 тт. – Том II. – СПб., 1910. – С. 247.

² Фойницкий И.Я. Указ. соч. – С. 251.

допустимости доказательств: «о допустимости доказательств судит судья, о силе допущенных доказательств – присяжные заседатели»¹.

В указанный период уголовно-процессуальный закон в известной степени беллетризуется: издаются популярные сочинения с истолкованием наиболее популярных правовых норм, нередки и советы следователям: «если он (следователь) последует нашему совету, спросит свидетеля, невзирая на отвод, под присягою, это нисколько не повредит никому, потому что в суде, при определении силы доказательств и улик, показание свидетеля, хоть бы он был спрошен под присягою, может быть отвергнуто и не принято за доказательство»².

Происходит консолидация и толкование судебной практики, в частности, к безусловно существенным нарушениям норм уголовного процесса суд вышестоящей инстанции относил «допрос свидетеля без вызова к тому сторон»³.

В это время особой критике подвергается стадия предварительного следствия по новому Уставу уголовного судопроизводства, в частности, обязанность следователя собирать и оправдательные, и обвинительные доказательства: «едва ли мыслимо для одного лица быть в деле и обвинителем, и защитником. Эти функции принципиально противоположны и не согласимы, особенно в том случае, когда они сосредоточены в лице, принимающих активное участие в собирании доказательств, обличающих и оправдывающих»⁴.

Д.Г. Тальберг полагал, что необходимо сократить количество посредников между информацией и судьей: «чем большее число лиц

¹ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Общая часть. – Харьков, 1888. – С. 114.

² Наливкин Ф.Н. Важное и необходимое предостережение следователей, обвиняемых и обвинителей по уголовным следствиям. – М., 1888. – С. 34.

³ Трахтенберг Г.И. Нарушения Устава уголовного судопроизводства, признанные Уголовным кассационным департаментом безусловно существенными. – СПб, 1870. – С. 12.

⁴ Даневский В.П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. – М., 1895. – С. 10.

существует между судьей и предметом, подлежащим исследованию, тем более, по общему правилу, увеличиваются шансы ошибочного, неправильного понимания дела»¹, однако, сознавая невозможность рассмотрения дела сразу же судьей по русскому уголовному процессу, предлагал установить жесткие правила собирания доказательств, чтобы доказательство сохранилось до суда в неизменном виде.

Либерализация уголовного судопроизводства, создание юридических факультетов в университетах страны вызвали во второй половине XIX века рост теоретических уголовно-процессуальных исследований, в том числе, и по вопросу допустимости доказательств. Ориентируясь на прогрессивный для того времени процессуальный закон, правовые наработки зарубежных государств, исследователи имели возможность сопоставить различные требования к доказательствам, которые делают возможным их принятие судом. Вместе с тем, вопрос о теоретическом обосновании допустимости доказательств не стоял так остро, поскольку в силу определенной нравственной тенденции органов, ведущих процесс, свидетелей, экспертов, случаи фальсификации доказательств, грубого нарушения процессуальных требований к ним обнаруживались довольно редко, нарушения закона могли последовать по неведению, ввиду чего развитой теории и нормативного закрепления правил о допустимости доказательств не требовалось, вопросы, связанные с допустимостью доказательств, оставлялись на благоусмотрение судей.

4. Представления советского периода о допустимости доказательств. Характерной чертой нового государственного строя было резко выраженное неприятие старой «буржуазной» системы судопроизводства: Декретом ВЦИК о суде № 1² провозглашено

¹ Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. Пособие к лекциям. – Киев, 1889. – С. 36.

² Декрет ВЦИК. О суде. (Декрет № 1). 24.11.1917г. // Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства. – 24.11.1917. № 17.

прекращение функционирования судов, деятельности мировых судей, упразднены институты судебных следователей, прокуратуры и адвокатуры.

Разработать сколь бы то ни было конкретные правила судопроизводства в сжатые сроки новая власть не имела возможности, тем более что нормы уголовного процесса, детализированные и политически не ангажированные, содержались в царских судебных уставах. Принимая это во внимание, советская власть в ст. 8 Декрета ВЦИК о суде № 2¹ установила: «судопроизводство как по гражданским, так и по уголовным делам происходит по правилам судебных уставов 1864 года постольку, поскольку таковые не отменены декретами Центрального Исполнительного Комитета Рабочих, Солдатских, Крестьянских и Казачьих Депутатов и Совета Народных Комиссаров и не противоречат правосознанию трудящихся классов. В этом последнем случае в решениях и приговорах должны быть указаны мотивы отмены судом устарелых или буржуазных законов».

Одним из важных преобразований, касающихся вопросов допустимости доказательств, стала отмена присяги: ст. 25 Инструкции об организации и действии Местных Народных Судов² указывает, что «принесение присяги свидетелями, экспертами и сторонами отменяется. Взамен этого свидетели и эксперты предваряются об общей ответственности за ложные показания», именно с этого времени в отечественном процессуальном праве возникает явление подписки о предупреждении за ответственность за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний.

Несколько детализирует порядок судопроизводства Положение о Народном суде РСФСР³, в частности, ст. 68 которого определяет, что

¹ Декрет ВЦИК. О суде. (Декрет № 2). 20.02.1918г. (по ст.ст.) № 347. // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 22.02.1918. № 26. Отдел первый.

² Постановление Народного Комиссариата Юстиции. Об организации и действии Местных Народных Судов (Инструкция). 23.07.1918. № 597. // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 25.07.1918. № 53. Отдел первый.

³ Декрет ВЦИК. О Народном суде РСФСР (Положение). 30.11.1918г. № 889. // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 06.12.1918. № 85. Отдел первый.

«показания свидетелей записываются вкратце в протокол, который подписывается ими; свидетели остаются в зале заседания до освобождения их Судом. Если свидетель неграмотен, об этом отмечается в протоколе».

Данным же Положением запрещено ссылаться в судебных решениях и приговорах на буржуазные нормы права, следовательно, имплементации судебных уставов в систему советского права не произошло, однако же процедурные правила, в частности, допроса свидетелей, вплоть до буквальных выражений схожи с правилами Устава, как, например, выражение о записи показаний свидетелей в протокол «вкратце».

УПК РСФСР 1923 года стал первым кодифицированным уголовно-процессуальным актом данного периода, в котором содержалось и определение доказательств, и их перечень, были обозначены также требования к их собиранию.

В соответствии со ст. 57 УПК РСФСР 1923 г.¹, суд не ограничен никакими формальными доказательствами и от него зависит, по обстоятельствам дела, допустить те или иные доказательства или потребовать их от третьих лиц для которых такое требование обязательно.

В данном случае выражение «допустить доказательства» относится, скорее всего, не к формализованным требованиям, а к относимости доказательств: суд должен решить, какие именно сведения имеют отношение к обстоятельствам дела.

В советский период уголовного процесса впервые ярко проявилось противоречие между допустимостью и достоверностью доказательств как формальной и материальной их характеристикой. В.И. Ленин, подвергая критике излишнюю формализацию судопроизводства, писал: «судьи-чиновники заботятся больше всего о том, чтобы дело было гладко по бумагам: только бы в бумагах было всё в порядке, а больше ни до чего нет дела чиновнику... От этого так безобразно много бывает всегда в

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Р.С.Ф.С.Р. Утвержден постановлением ВЦИК от 15.02.1923г. // Известия ВЦИК. – 18.02.1923. – №. 37.

чиновничьих судах бумажной волокиты, сутяжничества и крючкотворства: написал как-нибудь не так в бумаге, не сумел когда следует занести в протокол – пропало дело, хотя бы и справедливо было дело»¹, однако же «крючкотворство» и «протоколы» оказались ненужными ввиду отправления правосудия на основе революционного правосознания.

Сфабрикованные уголовные дела против «врагов народа» отвечали всем требованиям действовавшего тогда немногословного процессуального закона, в делах можно было увидеть заверенные протоколы допроса, опознания, которые, однако, не содержали достоверных сведений². Можно заключить, что до периода «оттепели» и принятия УПК РСФСР 1960 года институт допустимости доказательств «работал» на благо социалистической законности, а процессуальные требования к доказательствам служили единственной задаче – фиксации вины обвиняемого, даже в ущерб защите его прав.

Новый УПК РСФСР 1960 года³ не содержал понятия допустимости или недопустимых доказательств, однако устанавливал достаточно детальные правила производства следственных действий, перечень доказательств и порядок их исследования в суде. Вместе с тем, в указанном кодексе отсутствовали процессуальные правила оспаривания доказательств, полученных с нарушением закона, ст. 315 кодекса предписывала суду изложить в описательной части приговора доказательства, на которых основаны выводы суда и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства, однако самостоятельной процедуры исключения недопустимых доказательств или решения вопроса о допустимости доказательства кодексом предусмотрено не было.

¹ Ленин В.И. О промышленных судах // Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Издание 5. – Т. 4. – М.: Издательство политической литературы, 1967. – С. 275.

² Бредихин В.Н. Лубянка – старая площадь. – М., 2005. – С. 2.

³ Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Принят третьей сессией ВС РСФСР пятого созыва 27.10.1960 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. – 1960. № 40. – Ст. 592.

Перейдем к обзору доктринальных мнений о допустимости доказательств ученых советского периода.

В сочинении А.Я. Вышинского «Теория судебных доказательств в советском праве» речь о допустимости доказательств вовсе не ведется, однако же А.Я. Вышинский недвусмысленно указывает на то, что «формальные требования закона могут в некоторых случаях вступить в противоречие с требованиями живой жизни, с живыми интересами общества и отдельного человека»¹, но является ли это противоречие основанием не исполнять не совсем подходящие в конкретном деле процессуальные требования?

М.С. Строгович полагал, что «способность доказательства как источника сведений о факте быть средством установления этого факта называется допустимость доказательств»². В указанном определении (довольно запутанном) излагается верная мысль о том, что у каждого факта может быть несколько источников познания, и допустимость доказательств – свойство источника, а не самого факта.

Эта мысль получила развитие в трудах Ф.Н. Фаткуллина, который утверждал, что «допустимость является характеристикой не конкретных сведений о фактах, не самих судебных доказательств, а их источников. Она связана прежде всего с теми или иными свойствами носителя фактической информации и форм их получения»³. В данном случае детализируется мысль о том, что допустимость – свойство не самих доказательств (в смысле, сведений), а их процессуальной формы, поскольку один и тот факт может быть установлен через множество доказательств, среди которых возможны как допустимые, так и недопустимые.

¹ Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М.: Юридическое издательство НКО СССР, 1941. – С. 120.

² Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. В 2 тт. – Т. 1. – М.: Наука, 1968. – С. 393.

³ Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань: Издание Казанского университета, 1976. – С. 128.

Вместе с тем, такая позиция несколько однобока, поскольку не рассматривает ограничения допустимости доказательств исходя из их содержания, например, запрет исследования определенных сведений (о прежних судимостях) в уголовном процессе. К сущностным требованиям относится и запрет показаний с чужих слов.

Теоретики позднего советского периода вступали в полемику с материальным подходом к допустимости доказательств в «капиталистических странах», в частности, на страницах монографии «Теория доказательств в советском уголовном процессе» под редакцией Н.В. Жогина: «Уигмор и ряд других буржуазных юристов пытались провести различие между условиями допустимости вещественных доказательств и документов, с одной стороны, и свидетельских показаний (включая показания обвиняемого и экспертов) – с другой. Основой для такого разграничения служило утверждение о том, что если закон нарушен при допросе, то в определенных случаях вопрос о допустимости доказательств может встать. Применительно же к «немым свидетелям» нарушение правил собирания никогда не влияет на достоверность изъятого предмета или документа»¹.

В данных условиях, ориентируясь на марксистско-ленинский подход, формализованная допустимость доказательств считалась единственно возможной, а рассмотрение сущностных характеристик доказательств оставлялось проверке на относимость: «относимые фактические данные должны соответствовать всем предъявляемым законом требованиям к порядку и условиям собирания доказательств соответствующего вида»². Теоретики этого периода также пришли к мнению о том, что допустимость доказательств – это граница формирования собственного убеждения суда, за которую суд не вправе выйти, даже если он убежден в достоверности

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. редактор Н. В. Жогин. – Изд. 2-е исправленное и дополненное. – М., 1973. – С. 105.

² Там же. – С. 211.

доказательства¹. Таким образом, допустимость воспринимается как формальное требование к доказательству, имеющее императивную силу и не подлежащее преодолению даже силой внутреннего убеждения суда. Данная точка зрения и сейчас распространена среди ученых².

Н.В. Сибилева предлагала, ко всему прочему, оценивать допустимость доказательств с точки зрения нравственности: «требования этической допустимости вытекают из обязанности лица, производящего дознание, следователя, прокурора, суда, не унижать честь и достоинство личности»³, к этическому критерию в этом случае относится, например, недопустимость получения показаний путем угроз, насилия, иных незаконных мер.

Начала полноценного теоретического осмысления института допустимости доказательств были положены именно в это время, однако научная дискуссия велась в рамках расширения круга следственных действий, с помощью которых могут быть собраны доказательства (например, следственный эксперимент), позволительности отдельных научных методик (одорология, полиграф). Допустимость доказательств не рассматривалась в качестве гарантии прав человека и гражданина в уголовном процессе, процессуальные правила для признания доказательства недопустимым отсутствовали.

5. Современные трактовки института допустимости доказательств.

Современное понимание допустимости доказательств сформировано различными правовыми школами и нашло закрепление в Конституции Российской Федерации⁴ и Уголовно-процессуальном кодексе РФ 2001 года⁵. Ч. 2 ст. 50 Конституции РФ устанавливает, что «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с

¹ См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж, 1978. – С. 43.

² См.: Селина Е.В. Допустимость доказательств и судебское усмотрение в уголовном процессе // Государство и право. – 2009. № 8. – С. 31 – 33.

³ Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. – Киев, 1990. – С. 32.

⁴ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Российская газета. – 1993. – № 237.

⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 54 (1). Ст. 4921. (Далее по тексту – УПК РФ).

нарушением федерального закона». Однако в данной статье не говорится, что требования о соблюдении закона являются требованиями к допустимости. Об этом прямо говорится лишь в ч. 3 ст. 7 УПК РФ, характеризующей принцип законности, а также в ч. 1 ст. 75 УПК РФ.

Легальное закрепление института допустимости положило начало новой дискуссии о допустимости в уголовном процессе, так, Н.М. Кипнис считает, что «правила, регулирующие допустимость доказательств, являются одним из элементов процессуальной формы»¹, заведомо отводя допустимости удостоверительный, служебный характер. Ю.Г. Орлов полагал, что смешивать допустимость с относимостью и достоверностью не стоит. Допустимость – формальная характеристика доказательства, соотносящаяся с принципом законности уголовного процесса². В зависимость от процессуальной формы ставит допустимость и С.А. Шейфер, указывая на одно важное обстоятельство: свойства допустимости и достоверности – не одно и то же, и достоверность, относящаяся к сущностной характеристике доказательства, не обеспечивается допустимостью как формальным признаком доказательства³.

В.В. Золотых определяет допустимость доказательств как «возможность (позволительность) использования доказательства в процессе доказывания обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела»⁴. Подобная точка зрения уже высказывалась ранее: «допустимость доказательств означает правопригодность их к использованию в уголовном процессе в качестве юридических фактов-аргументов»⁵.

¹ Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М, 1995. – С. 5.

² См.: Орлов Ю.Г. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. – М.: Юристъ, 2009. – С. 69 – 70.

³ См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам; проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997. – С. 56.

⁴ Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. – Р-н-Д.: Феникс, 1999. – С. 6.

⁵ Тертышник В. М., Слинько С. В. Теория доказательств. – Харьков: Арсис, 1998. – С. 8.

Исследователи феномена допустимости доказательств во всех процессуальных отраслях российского права делают упор на требования к форме доказательства, в частности, М.К. Треушников указывает, что «в гражданском и арбитражном процессах допустимость рассматривается так же, как и в уголовном процессе, как формализованное правило, безотносительное к достоинствам, качеству содержащейся в средствах доказывания информации»¹.

На перечислении формализованных требований к доказательству основано и следующее определение: «допустимость доказательства – это его пригодность с точки зрения законности источника, методов и приемов получения доказательств»².

Попытки расширить понятие допустимости доказательств за пределы процессуальной формы были не очень удачными.

А.В. Кудрявцева полагает, что понятие допустимости доказательств следует «связывать не только с процессуальной формой доказательств, но и с их содержанием, а точнее, с такой характеристикой доказательств, как достоверность»³, следовательно, критерием для признания доказательства недопустимым должны быть не только процессуальные нарушения, но и сомнения в достоверности доказательства. Верная мысль А.В. Кудрявцевой о том, что требования к допустимости доказательств – это, в том числе, требования к содержанию доказательства, закончилась неверным уравнением допустимости и достоверности.

В диссертации А.В. Меринова обращено внимание на условия, которые необходимы для признания доказательства недопустимыми, автором предложено разделить основания для классификации доказательств на условно-оценочные (которые «сами по себе не порождают у субъектов

¹ Треушников М.К. Судебные доказательства. – М.: Городец, 2005. – С. 136.

² Громов Н.А., Пономаренков В.А. Доказательства и доказывание в уголовном процессе. – Самара, 1999. – С. 29.

³ Кудрявцева А.В. Допустимость доказательств как гарантия их достоверности // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2008. № 83. – С. 19.

судопроизводства неустранимых сомнений в их достоверности и относимости, а проведенные дополнительные проверочные действия смогут устранить сомнения в истинности полученной информации») и безусловные, «которые влекут признание доказательств недопустимыми без каких-либо дополнительных условий»¹.

Ранее в диссертационном исследовании Е.А. Маркиной обосновывалось следующее положение: «одним из основных критериев, определяющих допустимо ли доказательство или его следует признать недопустимым, является характер нарушения, имевшего место при получении этого доказательства. Если оно получено с незначительным отступлением от установленного порядка, которое не затронуло права и законные интересы участников процесса, не повлияло и не могло повлиять на достоверность полученных сведений, то такое доказательство может быть использовано при доказывании по уголовному делу»².

Значительный объем диссертационного исследования П.И. Гребенкина посвящен классификации нарушений закона, которые влекут или не влекут признание доказательство недопустимым³.

Несмотря на правомерно поднятый вопрос о том, какое именно нарушение уголовно-процессуальных норм необходимо для признания доказательства недопустимым, означенные авторы указывают на «неустранимые сомнения в достоверности и относимости» доказательств для признания их недопустимыми, то есть фактически отождествляют допустимость, относимость и достоверность.

¹ См.: Меринов А.В. Реализация института недопустимости доказательств в уголовном судопроизводстве (теория и практика). Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Владивосток, 2007. – С. 9.

² Маркина Е.А. Допустимость доказательств как гарантия правосудия и прав личности в современном российском уголовном процессе. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – М., 2000. – С. 4.

³ См.: Гребенкин П.И. Допустимость доказательств в уголовном процессе. Дисс. канд. юрид. наук. – Пятигорск, 2002.

В этом смысле удачно утверждение о том, что «правила допустимости являются полностью искусственными, они выводятся людьми не из опыта правильного рассуждения, а из опыта правильного правосудия»¹.

Мы же предлагаем обратить внимание на несколько иной аспект допустимости доказательств: требования к доказательству могут предъявляться как его процессуальной форме, так и к содержанию, допустимость доказательств не гарантирует ни достоверность, ни относимость доказательства, не реализуется через указанные свойства доказательства.

1.2.2. Определение допустимости доказательств в теории уголовно-процессуального права и практике правоохранительных органов зарубежных стран континентальной системы права

Континентальная система права, названная так в противовес «островным» (то есть английским) правовым установлениям, базируется на нормах римского права и получила теоретическое обоснование в трудах немецких ученых-правоведов, поэтому в других источниках страны континентальной системы права часто именуется романо-германской правовой семьей.

Впрочем, в англоязычных источниках используется термин, который можно перевести как «цивильное право» (*civil law* или *civilian law*), свидетельствующий об исторической близости континентального права к римским и византийским правовым кодификациям (в том числе, Кодексу Юстиниана, в оригинале – *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*). Наименование «цивильного» означает, что указанное право первоначально распространялось лишь на римских граждан.

¹Александров А.С., Фролов С.А. Относимость уголовно-процессуальных доказательств. – Нижний Новгород, 2011. – С. 66.

Значение континентальной системы права велико: ученые, изучающие право с англосаксонских позиций, вынуждены признать, что «традиция континентального права является более древней, более распространенной и влиятельной, чем общее право»¹.

Действительно, ареал действия континентального права можно обозначить перечислением не отдельных стран, а целых географических регионов: «романо-германская правовая семья охватывает большую часть стран Африки, всю Латинскую Америку, страны Ближнего Востока, Индонезию, Японию, а также страны континентальной Европы»².

Среди такого множества стран, имеющих значительные культурные, политические, географические отличия, неминуемо должны были возникнуть разные трактовки допустимости доказательств, основные из которых будут обозначены ниже.

Требования о допустимости доказательств в романо-германской правовой семье традиционно связывают с формой доказательства, так, в праве Федеративной республики Германия «представленное доказательство должно содержать определенное суждение о факте и иметь специально установленную процессуальным законом форму»³.

При этом ряд государств закрепляет норму о недопустимости доказательств на высшем законодательном уровне, например, в параграфе LVI статьи 5 Конституции Бразилии закреплено: «доказательства, незаконно полученные, являются недопустимыми»⁴.

В странах континентального права закон часто не предусматривает возможности исключения доказательства по мотивам нецелесообразности его исследования или сильного эмоционального воздействия доказательства на стороны и суд: в праве Франции «всякое законно собранное

¹ Merryman J. H., Pérez-Perdomo R. *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. – Stanford, 2007. – P. 3.

² Марченко М.Н. *Правовые системы современного мира*. – М., 2009. – С. 29.

³ *Introduction to German Law* / Editors: M. Reimann, J. Zekoll. – Hague, 2005. – P. 436.

⁴ Конституция Бразилии / *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgação em 05.10.1988. – Publicação no DOU de 05.10.1988.

доказательство является допустимым»¹, то есть должно быть исследовано и оценено судом.

Вместе с тем, указанное правило может дойти до крайности, к примеру, в уголовном процессе Италии «любые сведения, относящиеся к делу и не являющиеся избыточными, должны рассматриваться в качестве доказательств. Закон не имеет права запрещать исследование каких-либо доказательств... Вместе с тем, сведения, полученные незаконно... не имеют значения для доказывания, не могут быть признаны допустимыми и должны быть исключены из доказывания судьей»². Следовательно, любые сведения должны быть исследованы по существу, то есть, оглашены в суде, но судья не может обосновывать приговор на незаконно полученных доказательствах.

В этом случае институт допустимости доказательств не является препятствием к исследованию доказательства по существу, и недопустимое доказательство может оказать воздействие на внутреннее убеждение судьи.

Согласно ч. 1 ст. 94 УПК Республики Молдовы³, недопустимые доказательства не могут быть представлены в судебную инстанцию и положены в основу приговора или другого судебного решения, следовательно, недопустимые доказательства следует исключить еще на досудебной стадии процесса.

По-разному решается в уголовно-процессуальном праве стран континентального права и вопрос о том, должно ли доказательство признаваться недопустимым при любом нарушении уголовно-процессуальных норм, или при существенном нарушении, или в случаях, оговоренных законом, или же если нарушение могло повлиять на достоверность доказательства.

¹ Elliott C., Vernon C., Jeanpierre E. French Legal System. 2nd ed. – Harlow, 2006. – P. 219.

² Amato A. di. Criminal Law in Italy. – Hague, 2011. – P. 201 – 202.

³ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдовы № 122 от 14.03.2003г. // Monitorul Oficial. – 07.06.2013. – № 104-110. Дальнейшие ссылки на УПК Республики Молдовы будут приводиться с указанием статьи.

Наиболее мягкое правило содержится в ст. 166 УПК Аргентины¹: процессуальные действия признаются недействительными лишь в случаях, когда за несоблюдение требований закона специально оговорено такое последствие.

В ст. 27бис УПК Мексики² установлено иное правило о том, что процессуальные действия признаются недопустимыми при таком нарушении требований закона, которое затрагивает права и интересы одной из сторон, а также при прямом указании закона.

Ч. 1 ст. 112 УПК Казахстана³ устанавливает, что «фактические данные должны быть признаны не допустимыми в качестве доказательств, если они получены с нарушением требований настоящего кодекса, которые... повлияли или могли повлиять на достоверность полученных фактических данных».

Несмотря на общее правило исключения незаконно полученных доказательств, Конституционный Суд Испании установил, что указанное правило является абсолютным только в случае, если наличествует существенное нарушение прав человека при получении доказательства и наличествует причинная связь между содержанием доказательства и нарушением закона»⁴.

Несмотря на кажущееся разнообразие, положения о допустимости доказательств в странах континентальной системы права имеют следующие общие черты.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Аргентины. / Código procesal penal de la República Argentina. Ley N° 23.984. 04.09.1991. – Boletín Oficial de la República Argentina. – 29.11.1991. Дальнейшие ссылки на УПК Аргентины будут приводиться с указанием статьи.

² Уголовно-процессуальный кодекс Мексиканских Соединенных штатов / Código federal de procedimientos penales. 30.08.1934. Última Reforma DOF 19.08.2010. // Diario Oficial de la Federación. – 30.08.1934. Дальнейшие ссылки на УПК Мексики будут приводиться с указанием статьи.

³ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V ЗРК // Казахстанская правда. – 2015. 10 июля. – № 133 (27754). Дальнейшие ссылки на УПК Казахстана будут приводиться с указанием статьи.

⁴ Bachmaier L., García del Moral A. Criminal Law in Spain. – Hague, 2010. – P. 242.

1. Правила о допустимости доказательств содержатся в процессуальных законах, отделенных от норм уголовного права и иных процессуальных отраслей права. В странах, где основным источником права является закон, часто структурированный и имеющий вид процессуального кодекса, намечается тенденция к расхождению процессуальных отраслей права, это вполне предсказуемо, ведь каждая из процессуальных отраслей имеет свои задачи и свои требования к доказанности значимых обстоятельств дела.

В странах континентальной системы права правила о доказательствах в процессуальных отраслях различны. Институт допустимости доказательств обычно бывает общим для всех процессуальных отраслей, однако, как правило, имеет разное содержание. Иногда под допустимостью понимается необходимость доказывания определенных обстоятельств исключительно через установленные доказательства (например, письменные), чаще всего, недопустимые доказательства – те, которые получены с нарушением закона.

Единого нормативного акта, касающегося правил о доказательствах для всех судов не существует, поэтому интеграция процессуального права таким способом невозможна.

Если в государстве признается межпроцессуальная преюдиция судебных актов, то в законе должна быть решена проблема о юридической силе приговора или решения суда по гражданскому делу, поскольку указанные судебные акты могут приниматься исходя из различного распределения бремени доказывания, разных требований к доказательствам.

2. Доказательства могут быть собраны на досудебных стадиях. В странах континентальной системы права с момента возбуждения уголовного дела органы следствия собирают полноценные доказательства, которые не требуют последующей легализации в судебном порядке.

Исключение составляют, возможно, свидетельские показания, поскольку суд лично заслушивает свидетелей, даже если их показания внесены в протокол допроса на предварительном следствии.

Вместе с тем, доказательства в этом смысле могут быть получены только государственно-властным органом. Информация, предоставленная стороной защиты, иными частными лицами, может быть включена в число доказательств только по волеизъявлению соответствующего должностного лица. Ввиду этого, как правило, основные доказательственные действия стороны защиты производятся на судебной стадии рассмотрения уголовного дела, поскольку суд представляется защите более независимым органом, нежели структуры, ведущие расследование.

3. Правила о допустимости доказательств конкурируют с положением о свободной оценке доказательств судом. Обычно в прогрессивное уголовно-процессуальное законодательство вводится правило о свободной оценке доказательств судом, что предполагает, что выводы суда о доказанности имеющих значение для дела фактов основываются на свободном анализе совокупности доказательств по делу. Вместе с тем, процессуальные правила о допустимости доказательств (особенно в соотношении с правилами о форме доказательств) исключают из числа доказательств сведения, хотя и относящиеся к делу, по всей вероятности, истинные, но не соответствующие процессуальной форме. В этом случае объем фактов, известных судье, и фактов, которые можно использовать в доказывании, не совпадает. В этом случае возникает конфликт между внутренним убеждением судьи в существовании факта и требованием закона о невозможности использования определенного доказательства для установления данного факта.

4. Основное внимание уделяется требованиям к уголовно-процессуальной форме. Традиционно в странах континентальной системы права существует двухуровневая система производства по уголовным делам (досудебная и судебная), ввиду чего возникает проблема признания сведений, полученных на досудебной стадии, доказательствами. Закон предписывает определенные процедуры «консервации» доказательств, в частности, опечатывание вещественных доказательств, письменное описание

обстановки в протоколе осмотра места происшествия. Эти требования, вместе с тем, породили серьезную проблему использования в доказывании сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности или негласных полицейских мероприятий. Такая проблема отсутствует в странах англосаксонской системы права, поскольку уголовный процесс как таковой начинается с передачи дела в суд, а полиция и иные силовые структуры работают с информацией по единым стандартам.

Требования к содержанию доказательств также присутствуют, однако их значительно меньше, чем в странах англосаксонской системы права, поскольку, как нам представляется, законодатель исходит из предоставления суду возможности решить, какие доказательства будут допущены к исследованию и оценке исходя из формальных требований.

Поскольку большинство дел рассматривается профессиональными судьями, маловероятно, что на их убеждение смогут повлиять так называемые «преюдициальные» доказательства, по силе воздействия (в том числе, эмоционального) превосходящие все остальные, такие как красочные фотографии сцены убийства и т.д., ввиду чего материальных запретов к использованию таких доказательств не устанавливается.

5. Особые правила допустимости доказательств для суда присяжных. Перенимая суд присяжных, как порождение преимущественно англосаксонской традиции, страны континентальной системы права включили в процессуальные законы, прежде всего, порядок предварительного исследования вопроса о допустимости доказательства без участия присяжных заседателей, а также некоторые материальные правила допустимости доказательств, которые направлены на то, чтобы избежать предвзятости со стороны присяжных к подсудимому. В число обстоятельств, которые не могут быть сообщены присяжным, часто относятся сведения о прежней судимости, алкоголизме, наркомании, сексуальной ориентации подсудимого и иные данные, которые к делу отношения не имеют, но могут повлечь предубеждение к подсудимому.

1.2.3. Обзор представлений о допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве и практике правоохранительных органов государств англосаксонской системы права

Совокупность государств, имеющих общие правовые установления, основанные на прецеденте и обычном праве (о которых и пойдёт речь в настоящем параграфе) в отечественной литературе именуется как страны общего права или страны англосаксонского права. При их перечислении источники обычно ограничиваются несколькими самыми известными, забывая подчас о странах Африки и Азии.

Вместе с тем, довольно содержательный перечень стран общего права мы обнаружили лишь в зарубежных источниках, так, например, к странам «англо-американской» системы права (буквально “*the Anglo-American legal system*” – такой термин принят в англоязычной литературе) относят Англию, Индию, Соединённые штаты Америки (за исключением штата Луизиана), Пакистан, Нигерию, Бангладеш, Канаду (за исключением провинции Квебек), Малайзию, Гану, Австралию, Шри Ланку, Гонконг, Сингапур, Бирму, Ирландию, Новую Зеландию, Ямайку, Тринидад и Тобаго, Кипр, Барбадос, Южноафриканскую республику, Зимбабве, Камерун, Намибию, Ботсвану, Гайану и Израиль¹.

По утверждению М.Н. Марченко, «отличительной особенностью общего права является придание повышенной роли и значимости процессуальному праву по сравнению с материальным правом»². В связи с этим неуклонное соблюдение правил допустимости доказательств является одним из первых процессуальных требований к деятельности правоохранительных органов в странах общего права.

Оксфордский словарь права выражает точку зрения английской правовой системы на допустимость доказательств: «допустимость – это

¹ Bodenheimer E., Oakley J. B., Love J.C. An introduction to the Anglo-American legal system. – 2004. – P. 9.

² Марченко М.Н. Указ. соч. – С. 146.

принципы, определяющие, возможно или нет принятие определенного доказательства судом. Центральным принципом допустимости является существенность. Все несущественные доказательства являются недопустимыми, но существенное доказательство может также быть недопустимым, если оно было получено с нарушением исключаящих правил о доказательствах»¹, таким образом, допустимость и относимость доказательств в английском процессе – одно и то же, с превалированием относимости над допустимостью.

Весьма интересно определение допустимости в американском праве: «доказательство допустимо, если оно имеет такие свойства, которые вынуждают суд принять его к вниманию в процессе, и оно может быть оценено судом или коллегией присяжных»². Мы видим принципиально иной подход к допустимости – ни слова о форме доказательства, акцент сделан на возможности исследования доказательства судом, более того – на обязанности такого исследования, что создает широкие возможности для представления доказательств частными лицами.

Верховным Судом Канады в деле Корона против Левиса (*R vs Lewis*) сделан вывод о том, что «всякое относящееся к делу доказательство является допустимым»³.

Применительно к праву Австралии Вильямом Твинингом выдвинута теория «здравого смысла», согласно которой ход уголовного процесса зависит от познавательной деятельности судьи. Суждения о допустимости доказательств в этом случае основаны на личном опыте и убеждении судьи и его вере в компетенцию эксперта или полицейского органа⁴. Таким образом, допустимость доказательства определяется как доверие к доказательству со стороны судьи, исходя из общих законов логики и здравого смысла.

¹ Oxford dictionary of Law. 5th ed. – Oxford, Oxford University press. 2003. – P. 13.

² West's encyclopedia of American Law. 2nd ed. – Vol. 1. – Detroit, Thomson Gale, 2004. – P. 119.

³ R vs Lewis. [1979] 2 S. C.R. 821.

⁴ See: Gans J., Palmer A. Australian Principles of Evidence. 2nd ed. – Coogee, 2004. – P. 13.

По признанию ирландского исследователя, «наши громоздкие и противоречивые правила о допустимости доказательств часто противоречат здравому смыслу»¹. Ирландия является продолжателем английских правовых традиций, однако правовые установления о допустимости доказательств отличаются особой казуистичностью и архаичностью.

Позиция стран Карибского бассейна интересна тем, что все Карибские территории, за исключением Тринидада и Тобаго, признают возможность двух способов введения доказательств в дело – сертификации (письменное утверждение должностного лица, получившего или создавшего доказательство, о его подлинности) или аутентификации (путём допроса свидетеля под присягой)².

Правила о допустимости доказательств в Израиле в общих чертах повторяют установления Соединенных штатов Америки, вместе с тем, по утверждению исследователей, имеются «существенные различия: в Израиле нет жюри присяжных, не применяется правило об исключении доказательств, полученных в результате незаконных обысков и выемок, отказ обвиняемого свидетельствовать в суде может быть расценен как косвенное доказательство в пользу стороны обвинения, заверенные показания допустимы в суде, даже если свидетели позднее откажутся от своих показаний»³. Нельзя умолчать и о действующей в Израиле «теории активного сопротивления»: если гражданин полагает, что полиция совершает в отношении него незаконные действия, в том числе, по поиску доказательств (обыск), то он может активно сопротивляться их действиям. Однако как указывают правоприменители, «большой недостаток этой израильской системы состоит в том, что человек,

¹ McDermott P. A. Criminal Procedure and Evidence // Criminal Justice in Ireland / ed. by Paul O'Mahony. – Dublin, 2002. – P. 42.

² See: Seetahal Dana S. Commonwealth Caribbean Criminal Practice and Procedure. 3rd ed. – Abingdon, 2011. – P. 359.

³ Crime and the Criminal Justice System in Israel: Assessing the Knowledge Base toward the 21st Century / ed. by Robert R. Friedmann. – NY, 1998. – P. 57.

не являясь судьей или адвокатом, обязан в ту же минуту определить, законен обыск или нет, и определиться с сопротивлением»¹.

Правовые установления африканских стран во многом дублируют положения британского права о допустимости доказательств, вместе с тем, в условиях авторитарных политических режимов нередко публичные интересы доминируют над частными, в том числе и в вопросах допустимости доказательств, в частности, в Танзании: «незаконно полученные доказательства являются недопустимыми, если только обвинение не убедит суд в том, что допущение в процесс данных доказательств будет существенно способствовать защите общественных интересов»².

На основании изученной литературы, мы полагаем возможным выделить следующие общие черты, характеризующие допустимость доказательств в странах англосаксонской системы права.

1. Отсутствует нормативно определенное понятие допустимости доказательств. В странах англосаксонской системы права законодателю не свойственно давать легальные определения абстрактных понятий, в том числе, и допустимости доказательств. Термины «допустимость доказательств» (*admissibility of evidence*), «недопустимость» (*inadmissibility*) вводятся в правовой оборот без объяснения, как некие устойчивые и всем известные понятия. В частности, Федеральные правила о доказательствах США сразу же используют термин «допустимость» доказательств без какого-либо пояснения (хотя в структуре Правил имеется раздел I, в том числе, содержащий необходимые дефиниции)³. Объяснением этому обстоятельству может быть более позднее происхождение статутного права (закона) в указанных странах по сравнению с прецедентом, ввиду чего первоначальный отбор и объяснение терминов произошел на уровне доктрины и судебной

¹ Аптекман А. Уголовное право в Израиле. – Исадон, 2006. – С. 4.

² Protection of Human Rights in African Criminal Proceedings / ed. by M. Cherif Bassiouni and Ziyad Motala. – Dordrecht, 1995. – P. 299.

³ Federal Rules of Evidence. Act of Jan. 2, 1975, Pub. Law №. 93 – 595. Далее по тексту – Федеральные правила о доказательствах США.

практики (прецедентов), тогда как в собственно законодательный текст попали сжатые общие формулировки, основанные на уже известных правоприменителю терминах.

2. Допустимость доказательств определяется казуально, через широкую дифференциацию случаев недопустимости доказательств. В отличие от континентального уголовного процесса, законодательство стран англосаксонской системы права отличается чрезвычайной дифференциацией правовых ситуаций, в которых возможна постановка вопроса о допустимости доказательств.

Подобная дифференциация также объясняется главенством прецедента в качестве источника права: статут представляет собой лишь обобщение множества случаев, с которыми пришлось столкнуться судебной практике.

Данное явление следует рассматривать скорее как позитивное, поскольку детальное и категоричное урегулирование определенных вопросов не оставляет места двусмысленностям или процессуальному произволу со стороны правоохранительных органов.

3. В законодательстве выделяются специфические случаи признания доказательств недопустимыми. Поскольку в странах англосаксонской системы права большое значение придается непосредственному исследованию доказательств судом, указанное правило породило ряд специфических оснований для признания доказательств недопустимыми, в частности, все вещественные доказательства могут вводиться в процесс только через показания свидетеля, их обнаружившего, недопустимы письменные показания свидетеля, имеются специальные установления о показаниях со слуха, репутационных показаниях, исследованию диффамирующих сведений.

4. Велика роль судейского усмотрения. Допустимость представленных доказательств является центральным вопросом судебного разбирательства. На данное смещение процессуальных акцентов указывают как на характерное явление: «больше времени тратится на обоснование

недопустимости доказательств, чем на установление вины обвиняемого»¹. Вместе с тем, роль судейского усмотрения по вопросам допустимости доказательств крайне высока, особенно в суде присяжных: судья может отклонить вопрос, адресованный свидетелю, или отказаться от исследования «излишне тенденциозного» доказательства, нарушающего принцип равноправия сторон исключительным эмоциональным воздействием (например, фотографии жертвы убийства). Так, в праве Англии «судья имеет дискреционные полномочия исключать допустимые доказательства, если они были получены с нарушением справедливости»².

Поскольку вердикт присяжных невозможно обжаловать по существу, доводы апелляционных жалоб сводятся к перечислению процессуальных нарушений при исследовании доказательств, в том числе, к ошибочным суждениям судьи о недопустимости доказательств.

Указанное обстоятельство свидетельствует о значимой роли правоохранительных, особенно судебных органов в судопроизводстве по уголовному делу, являющимися не только правоприменителями, но и творческими истолкователями закона.

5. Нормы о допустимости доказательств находятся на стыке процессуального права и полицейских инструкций. Прежде всего, стоит отметить, что институт допустимости доказательств в странах англосаксонского права является общепроцессуальным, то есть требования к доказательствам и принципы их исследования признаются одинаковыми для всех процессуальных отраслей. Вместе с тем, определенные правила допустимости можно считать скорее техническими, чем правовыми установлениями, их следует рассматривать на уровне полицейских инструкций, не имеющих силу закона.

¹ McDermott P. A. Op. cit. – P. 42.

² Keane A. The Modern Law of Evidence. 7th ed. – Oxford, 2008. – P. 56.

Так, например, в английском Акте о полиции и допустимости доказательств 1984 года¹ даются подробные инструкции о процедуре задержания, снятии отпечатков пальцев и т.д., причём, регламентируются во многом технические вопросы, вследствие чего любое действие полицейских органов (в том числе, ведение внутренних полицейских записей) может стать предметом обсуждения в уголовном суде с позиций процессуальной допустимости, что может привести к оспариванию доказательства по причине несоблюдения технических требований к процедуре его собирания или фиксации.

§ 1.3. Основания для создания единой теории реализации допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности

1.3.1. Реализация допустимости доказательств как новая правовая категория

Для того чтобы исследовать особенности реализации допустимости в уголовно-процессуальной системе, сначала, по нашему мнению, необходимо выяснить, что данное явление собой представляет.

Начать, на наш взгляд, следует с анализа понятия допустимости доказательств.

Данный термин можно анализировать в трех приближениях – как правовую идею, как общепроцессуальный институт доказательственного права и как институт уголовно-процессуального права. Логично предположить, что во всех трех случаях определения будут различаться.

Начнем с наиболее общего подхода. Мы полагаем, что определенные правовые идеи обязательно должны были возникнуть в ходе социогенеза – и

¹Police and Criminal Evidence Act 1984 // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Соединенного Королевства [Сайт]. URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>> (Дата обращения: 20.09.2015).

возникли в совершенно различных, независимых обществах. К таким базовым правовым идеям мы можем отнести сделку, брак (юридический), наследство, а в области публичного права – преступление и наказание, систему доказательств и правила доказывания. Как мы убедились из обзора источников древнерусского права, древние законодатели успешно решали вопрос о доказательствах, их свойствах и процедуре доказывания. Данный вопрос не оставался незамеченным ни в одном древнем источнике права, но на ранних этапах правовой истории он решался казуально и по правилам формальной оценки доказательств.

На втором уровне допустимость доказательств следует понимать как межпроцессуальный институт доказательственного права. Особенно ярко данная тенденция проявляется в странах англосаксонской системы права, где процессуальное право едино для всех отраслей.

Вместе с тем, проанализированные нами ранее воззрения стран общего права, тем не менее, соответствуют лишь положениям о допустимости в процессе конкретной страны. Авторы исходят из норм национальных процессуальных законов, находятся под влиянием научной парадигмы, традиций уголовного процесса, а, в общем, – и типа процесса, сложившегося в определенном государстве.

Вместе с тем, вопрос о процессуальном единстве допустимости в российской правовой системе еще не решен. Отдельные публикации по данному поводу дают возможность утверждать, что вопрос решается в положительную сторону: «факт автономного существования допустимости доказательств в различных видах судопроизводства сомнителен. Во всех видах судопроизводства речь идет об однородных общественных отношениях, связанных с оценкой доказательств с точки зрения их допустимости, т.е. причины существования института допустимости во всех

отраслях права одни и те же, и все они вытекают из специфики регулируемых общественных отношений»¹.

Интересно и понимание допустимости как «унитарных» процессуальных институтов, присущих каждой процессуальной отрасли, и между собой не сообщающихся, как, например, не сообщаются между собой понятия президента высшего учебного заведения и Президента России.

Наконец, третий уровень понимания допустимости доказательств не выходит за рамки уголовно-процессуального права.

Всем юридическим исследованиям присущ такой недостаток как абсолютизация тех правовых институтов, которые сложились в национальной системе права. Преодолеть его хоть в какой-то мере стало возможно с появлением компаративистских методов научного исследования. В теории частного права указанные методы применяются весьма успешно. Правоведы предпринимают попытки к созданию общей теории частного права, то есть к выделению тех правовых институтов, которые так или иначе присутствуют во всех правовых системах, а в дальнейшем — к систематизации положений национального законодательства, которые реализуют правовой институт. В области публичного права, особенно процессуального, выделение общих теоретических черт находится в зачаточном состоянии.

Еще одной причиной является отсутствие адекватного понятийного аппарата. Уголовный процесс России, по сути, весьма казуален, потому что те легальные определения, которые содержатся в ст. 5 УПК РФ, а также включены в текст некоторых статей, далеко не исчерпывают содержания определяемых понятий. За целое выдается только часть явления, в связи с чем наука пытается оправдать существующий порядок, найти теоретическое обоснование положениям закона.

¹ Кутуев Э.К., Сутягин К.И. К вопросу о понятии и отраслевой принадлежности института допустимости доказательств // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2006. № 2. – С. 267.

Положить конец неполноценному пониманию многих институтов уголовного процесса можно, лишь обратившись к мировому опыту их воплощения, а также к «параллельным текущему законодательству» теоретическим изысканиям.

Может сложиться впечатление, что ситуация, подобная российской, существует во всех правовых системах мира — невозможна интеграция без потери смысла. Напротив, к потере смысла ведет буквальное толкование зарубежных терминов через призму российского понимания.

На самом деле, процессуальное право имеет ограниченный набор средств, с помощью которых оно может регулировать общественные отношения, и эти средства весьма похожи в различных правовых системах.

Уяснение специфики правового регулирования в каждом государстве, а также сравнение процессуальных систем между собой возможно только с выделением общих понятий, которые не принадлежат целиком ни одной правовой системе, но видоизменяются в каждой из них.

Руководствуясь данными идеями, мы попытаемся понять «воплощение» идеи о допустимости в конкретной процессуальной системе, а также обосновать, для чего это необходимо.

Мы уже упоминали о том, что допустимость – это правовая идея о возможности и обязательности принятия судом какой-либо информации в качестве доказательства.

Методика поиска эквивалентов правовых институтов в различных системах права также исходит из двух видов правовых категорий: одни отражают общее правовое понятие с учетом местной специфики (например, *habeas corpus* и судебная процедура избрания меры пресечения в виде заключения под стражу – реализация института судебного контроля за ущемлением прав граждан в ходе уголовного процесса), в отношении же других можно сказать только то, что «их техническое своеобразие делает практически невозможным нахождение им эквивалентов в правовых

системах других правовых семей»¹ (например, установления шариата о свойствах свидетелей).

Допустимость доказательств относится к числу первых категорий, поскольку те или иные правила «претворения» информации в доказательство существуют во всех правовых системах.

Очевидно, что между допустимостью как идеей, категорией и допустимостью как совокупностью процессуальных норм уголовно-процессуального права (или доказательственного права) конкретного государства не хватает связующего звена.

Данная проблема не решается на законодательном уровне, хотя в Уголовно-процессуальном кодексе РФ можно найти косвенное подтверждение нашей идее об универсальности допустимости доказательств как правового института: закон прямо устанавливает, что доказательства, полученные на территории иностранного государства его должностными лицами в ходе исполнения ими поручений об оказании правовой помощи по уголовным делам или направленные в Российскую Федерацию в приложении к поручению об осуществлении уголовного преследования в соответствии с международными договорами Российской Федерации, международными соглашениями или на основе принципа взаимности, заверенные и переданные в установленном порядке, пользуются такой же юридической силой, как если бы они были получены на территории Российской Федерации в полном соответствии с требованиями УПК РФ (ст. 455).

Это настолько важное положение, что мы позволили себе процитировать его целиком. В самом деле, право других государств может предусматривать совершенно иные требования к допустимости доказательств: как справедливо отмечают исследователи, «доказательства, полученные на территории другого государства, могут отличаться кардинально от требований к доказательствам, предъявляемым к ним законодательством того государства, которое инициировало ходатайство о производстве

¹ Леже Р. Указ. соч. – С. 274.

следственных действий в порядке собирания доказательств, что может повлечь признание доказательств недопустимыми в кыргызском (российском) уголовно-процессуальном праве по определению»¹.

Вместе с тем, неверна сама посылка кыргызского ученого о возможности оценки допустимости зарубежного доказательства по национальным правилам. Ст. 455 УПК РФ тем и ценна, что признает параллельное и равнозначное существование правил о допустимости доказательств в российском и зарубежном праве, предполагая, что данные правила направлены на достижение единой цели, поэтому между ними не может быть противоречия.

До введения в действие нового УПК РФ приоритет, безусловно, отдавался российским процессуальным правилам, так, по делу Д. Якубовского суд определил допустимость доказательств, полученных в других государствах, следующим образом: «в качестве доказательств по настоящему делу могут рассматриваться только те доказательства, которые получены на законном основании, компетентными на то лицами, с соблюдением процессуальных норм этих государств, корреспондируются с материалами предварительного следствия, проводившегося в России, и закреплены в форме процессуальных документов, имеющих аналоги в уголовно-процессуальном законодательстве России»².

С появлением ст. 455 УПК РФ «поиск аналогов» должен бы прекратиться, ведь «действия должностных лиц иностранных государств по получению предметов, протоколов и других документов являются непроцессуальными или предпроцессуальными для российского судопроизводства. Нарушения иностранного законодательства, разумеется, должны влечь соответствующие санкции. Однако при этом они не должны

¹Табалдиева Ч.С. Особенности производства отдельных следственных действий по материалам и уголовным делам, поступившим из других государств // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2010. № 2. – С. 17.

²Сидоренко Е.А. Допустимость доказательств, полученных на территории других государств (по материалам уголовного дела по обвинению Д.Якубовского) // Законность. – 1998. № 2. – С. 28.

влиять на решение вопроса о допустимости использования таких материалов в качестве доказательств в российском уголовном процессе»¹. Нам представляется, что идея о равноценности доказательств явно не хватает теоретического обоснования, которое становится возможным с введением категории реализации допустимости доказательств.

Таким образом, на уровне отечественного процессуального закона можно увидеть зарождающееся понимание допустимости как универсального для всех государств понятия, однако единая теория допустимости доказательств еще не разработана.

Несмотря на законодательное признание принципиальной возможности иных определений допустимости, связующего звена между допустимостью как целью и допустимостью как набором средств законодатель предложить не может. Впрочем, это не относится к его компетенции.

Разработка правовых категорий, идеальных понятий, более широких, чем рамки закона, неуместных в повседневном правоприменении, но необходимых для уяснения сути изучаемых явлений является делом юридической науки.

На желательность разработки общего понятийного аппарата указывал еще А.М. Васильев, полагавший, что законотворческая деятельность должна основываться на теоретических конструкциях, универсальных для всех отраслей права и выработанных правоведами².

Мы чувствуем некоторую недоговоренность, когда от допустимости в российском процессе переходим к допустимости вообще, ведь это – явления разного уровня, между ними обязательно должна быть логическая связка.

¹ Калиновский К.Б. Использование материалов, полученных на территории других государств, в качестве доказательств в российском уголовном процессе / Тезисы выступления на Международной научно-практической конференции «Международное сотрудничество в борьбе с экономической преступностью и отмыванием денег» 18-19 мая 2000 года. Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ // Сайт К. Калиновского. URL: <<http://www.kalinovsky-k.narod.ru/p/2000-4.htm>> (Дата обращения: 10.01.2014).

² См.: Васильев А.М. Правовые категории: методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976. – С. 133.

Мы предлагаем ввести в научный оборот категорию, которая бы обозначала процесс перехода идеи о допустимости в процессуально закрепленный набор требований к доказательству.

Данную категорию можно обозначить по-разному ввиду богатства русского языка.

Можно использовать термин «воплощение допустимости доказательств», проведя красочную аналогию между бестелесной идеей, обрастающей плотью процессуальных норм. Но тогда чувствуется некоторая ущербность первоначальной идеи, по сравнению с тяжеловесной «воплотившейся» допустимостью, а это недопустимо. Напротив, идея о допустимости методологически более совершенна, чем её «отражение» в процессуальном законе.

В этом смысле термин «отражение» более точен, но не совсем научен, поскольку является не буквальным, а больше художественным определением явления. Кроме того, данный термин не совсем подчеркивает «процессуальность» – неодномоментность такого преобразования идеи о допустимости доказательства.

Наиболее подходящим термином для определения данного явления, на наш взгляд, является «реализация». Данное слово близко к научному лексикону, кроме того, оно в большей мере соответствует процессу «умаления» идеи о допустимости.

Таким образом, в научный оборот вводится термин «реализация допустимости доказательства».

Необходимо указать на признаки того явления, которое он будет обозначать.

1) презюмируется двойственное понимание допустимости – как правовой идеи, присущей всем процессуальным системам мира, и как норм права, регулирующих общественные отношения по определению возможности использования сведений в процессуальном доказывании.

2) правовая идея о допустимости потенциально содержит в себе все возможные процессуальные способы определения доброкачественности доказательства, начиная от формального требования о клятве и заканчивая регламентацией содержания доказательства.

3) правовая идея дает законодателю возможность выбора из нескольких путей развития идеи о допустимости. В каждом случае набор правовых средств, которыми достигается допустимость доказательств, уникален и формируется с учетом местной специфики.

4) противоположные требования к доказательствам не могут реализовываться в одной правовой системе, в противном случае это приведет к нестабильности уголовного процесса.

5) поскольку в процессе реализации возможно применение не всех возможных критериев допустимости доказательств, а только их части, то идея о допустимости неизбежно «умалается» в конкретном уголовном процессе.

Научное значение нового термина должно оцениваться со следующих позиций:

1) данный термин предполагает выход научного исследования за рамки национального законодательства, открывает широкие возможности для научного творчества;

2) термин может использоваться и в других процессуальных науках, в том числе в гражданском процессуальном праве;

3) с помощью элементов теории реализации допустимости доказательств и ее механизма возможна разработка общепроцессуальной теории допустимости доказательств и ее последующая детализация;

4) термин важен и с философской точки зрения, поскольку предполагает диалектическое объяснение перехода идеи о допустимости в процессуальные нормы;

5) новое понятие объясняет неодинаковость подходов к допустимости в процессуальных системах разных государств.

1.3.2. Подход к реализации допустимости доказательств в уголовном процессе национальных правовых систем и его значение для правоохранительной деятельности

После введения в оборот категории «реализация допустимости доказательств» следует задуматься и над ее проявлением в уголовно-процессуальном праве конкретного государства.

Возможно, существуют общеправовые идеи о допустимости, которые могли сформироваться под влиянием опыта, например, запрет показаний с чужих слов (с бытовой точки зрения, это может привести к искажению сведений, невозможности их проверки); необходимость подписания свидетелем каждой страницы протокола допроса, а также и само правило о записи показаний, охрана тайн, важных для существования общества и государства: предоставление свидетельского иммунитета адвокатам, священнослужителям, в отдельных случаях – лицам, которым известна государственная тайна.

Однако уголовно-процессуальное право каждого государства образует причудливое, своеобразное сочетание требований к допустимости доказательств.

При наличии большой доли неграмотного населения (Индия) в процессуальный закон вводится положение о возможности удостоверения протокола допроса не только подписью, но и отпечатком пальца свидетеля.

Поскольку в Германии исторически сложился определенный пиетет к высшим должностным лицам страны (например, федеральному президенту), вызванный общим почтительным отношением к власти и закону, в процессуальный кодекс вводится положение о том, что судья и секретарь судебного заседания допрашивают свидетелей – высших должностных лиц в их резиденции или рабочем кабинете, а потом данные показания оглашаются в судебном заседании.

Если исторически государство находилось и находится под влиянием определенной религии, то это может повлиять на требования к свидетелям (богобоязненность), как в Иране, на форму свидетельской присяги (с упоминанием Бога).

При ведении производства на досудебной стадии судебным чиновником (следственным судьей), собранные им доказательства принимаются судом без дополнительной проверки, и напротив, полиция, как заведомо заинтересованная сторона, не имеет права принимать у свидетелей и обвиняемого признания и показания.

Данные правила поддаются логическому анализу, причины их появления если не очевидны, то хотя бы предсказуемы и понятны.

Многообразие процессуальных требований к допустимости доказательств обуславливает появление множества процессуальных систем, в которых правила о допустимости доказательств сочетаются в определенной последовательности и взаимно дополняют друг друга.

Интересно, что Н.В. Сибилева, исследуя институт допустимости доказательств, понимала и указывала на то, что допустимость доказательств, вернее, требования к доказательствам, образуют определенную систему, они не случайны, так, она указывала на «необходимость разработки системы критериев, которые дают возможность определить процессуальную пригодность той или иной информации для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу»¹.

Следовательно, при изучении допустимости доказательств необходимо учитывать совокупность правовых средств, технически обеспечивающих реализацию допустимости в уголовном процессе конкретного государства.

Мы полагаем, что систему правовых установлений о допустимости следует рассматривать как подход к реализации допустимости доказательств в праве определенной страны.

¹ Сибилева Н.В. Указ соч. – С. 24.

Указанные системы поддаются классификации, и мы делаем вывод о том, что реализация допустимости доказательств возможна с помощью двух подходов – формализованного и материального, которым посвящена вторая и третья главы диссертационного исследования.

Коротко обозначим, что при формализованном подходе сведения приобретают свойство допустимости при соблюдении формальных реквизитов оформления доказательства безотносительно к его содержанию.

При материальном подходе главным условием допустимости является содержание информации, в данном случае возможна «выбраковка» как недопустимого даже относимого доказательства, если исследование определенных сведений в данном случае запрещено законом.

Реализация допустимости доказательств как новый термин можно рассмотреть с точки зрения практической значимости для правоохранительной деятельности.

Мы видим следующие положительные моменты, связанные с введением новой терминологии.

1) практические работники с помощью приведенных нами теоретических положений могут уяснить, что допустимость доказательств – понятие более широкое, чем предполагает национальное законодательство, в связи с чем к доказательствам, полученным по правилам, предусмотренным иными процессуальными системами, следует относиться как к полноценным, не восполняя их процедурами, закрепленными в УПК РФ;

2) термин «реализация допустимости доказательств» может быть введен в лексикон судебных актов, особенно по делам, где предполагается оценка доказательств, полученных в ходе исполнения иностранными государствами запросов о правовой помощи. Термин позволит емко указать на причины, почему суд считает доказательство допустимым, даже если оно получено по иным, чем в России, правилам.

3) знание о существовании данного термина и его значении существенно повысит уровень правовой грамотности практических

работников, продемонстрирует им, что право гораздо шире закона, что возможны иные варианты определения допустимости доказательств.

Понятие подхода к реализации допустимости доказательств имеет определяющее значение при анализе эффективности правоохранительной деятельности государства, степень защиты прав и свобод гражданина.

Это следует из нижеперечисленных положений, в которых раскрывается взаимосвязь правил допустимости доказательств и правоохранительной деятельности.

1. Детализация правил о допустимости доказательств. По общему представлению, законодательное определение возможных ситуаций, когда доказательство должно быть признано недопустимым, не оставляет места судейскому произволу и вольному усмотрению, регламентация процессуальных процедур содействует более полной реализации прав и свобод человека в уголовном процессе.

Вместе с тем, большое количество правил может повлечь безнаказанность преступника, освобождаемого от ответственности по формальным основаниям.

Минимальное законодательное регулирование предполагает повышенные требования к правовой культуре, правосознанию и юридической грамотности судей и лиц, ведущих расследование по уголовным делам.

2. Преобладание формальных требований над материальными предполагает усиление роли такого института доказательственного права как относимость доказательств и перемещает решение вопроса об исследовании сведений определенного содержания в сферу проверки доказательства на относимость. Вместе с тем, существует проблема формального отношения правоохранительных органов к доказательственной информации, особенно собранной стороной защиты, когда сведения, имеющие отношение к делу, не исследуются в уголовном процессе ввиду их якобы «недопустимости» (в

качестве примера приведем вопрос о приобщении к делу сделанной в частном порядке видеозаписи).

3. Существование процедур судебной проверки допустимости доказательств является важным фактором защиты прав и свобод человека в уголовном процессе. На наш взгляд, неправомерна проверка доказательств на допустимость лишь на стадии принятия итогового судебного акта – стороны должны иметь возможность поставить перед судом вопрос о допустимости доказательства и требовать немедленного принятия судебного решения по данному вопросу. Это дисциплинирует стороны, дает возможность осознать объем доказательственной информации, которая точно будет использоваться в доказывании по уголовному делу.

В рамках данной главы мы рассмотрели методологию сравнительно-правового исследования института допустимости доказательств в уголовном процессе, остановились на, понятии о допустимости доказательств в российском уголовном процессе, начиная от первых источников русского права и заканчивая современными теоретическими разработками, проанализировали подходы к определению допустимости доказательств в странах континентальной и англосаксонской системы права, наконец, описали теоретические предпосылки, признаки и значение предлагаемой нами категории «реализация допустимости доказательств», обозначили подходы к реализации допустимости доказательств в конкретных уголовно-процессуальных системах и их значение для правоохранительной деятельности.

ГЛАВА 2. ФОРМАЛИЗОВАННЫЙ ПОДХОД К РЕАЛИЗАЦИИ ИНСТИТУТА ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 2.1. Понятие, признаки и ретроспективное значение формализованного подхода к реализации института допустимости доказательств в уголовном процессе

В предыдущей главе диссертационного исследования мы пришли к выводу о том, что под формализованным подходом к реализации допустимости доказательств следует понимать такие критерии допустимости в национальном уголовно-процессуальном праве, когда допустимость доказательства ставится в зависимость от внешних реквизитов доказательственной информации, а не от ее содержания.

Такое понимание допустимости доказательств традиционно для российских ученых, в том числе, и исследователей гражданского процесса: «допустимость доказательства связана не с содержанием доказательства, а с его формой и порядком его получения. В государственном судопроизводстве доказательство является допустимым, если получено из предусмотренных законом средств доказывания»¹.

Следует провести терминологическое разграничение между формальными и формализованными доказательствами.

Формальные доказательства всегда рассматривались как пережиток инквизиционной модели уголовного судопроизводства, основные правила доказывания которой точно определены К.Б. Калиновским: «совершенным доказательством признаются признание обвиняемого, захват с поличным, показания двух заслуживающих доверия свидетелей. Оценка доказательств судом сводится к механическому их подсчету. При достаточном количестве

¹Третейское разбирательство в Российской Федерации / Под ред. О.Ю. Скворцова. – М., 2010. – С. 189.

доказательств выносится обвинительный приговор, при отсутствии – оправдательный, а при некотором недостатке – об оставлении в подозрении»¹.

Теория формальных доказательств, механически устанавливающая для суда «вес» тех или иных сведений, признана устаревшей и наукой, и практикой. Вместе с тем, в научный оборот нами вводится термин «формализация» доказательств, под которым понимается придание существенным для дела сведениям внешних реквизитов (опечатывание, составление протокола следственного действия) без изменения содержания получаемых сведений.

Нами выделяются следующие основания для терминологического разграничения понятий формального и формализованного доказательства.

А) Формализованные доказательства, в отличие от формальных, в той или иной степени присущи любой модели уголовного судопроизводства, в том числе, и состязательному уголовному процессу. В частности, А.В. Смирнов рассматривает процессуальную форму как «режим законности уголовного судопроизводства»², не только необходимый, но и желательный элемент состязательного уголовного процесса.

Б) Формальные доказательства, по сути, являются критериями оценки юридической силы доказательств при их исследовании по существу. Формализованные требования к доказательству касаются формы представляемых суду сведений: «собираение доказательств сопровождается преобразованием формы получаемой информации»³. Отсутствие у доказательства определенных реквизитов влечет невозможность его исследования по существу.

В) Формализация доказательств имеет целью исключение из числа доказательств недостоверных, неясных сведений, чья доброкачественность

¹ Калиновский К.Б. Основные виды уголовного судопроизводства. Указ. соч. – С. 56 – 57.

² Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. – СПб: Наука, 2000. – С. 62.

³ Шейфер С.А. Следственные действия: система и процессуальная форма. – М., 2001. – С. 13.

может быть подвергнута сомнению. Теория формальных доказательств предполагала установление правил доказывания, исключаящих произвольную оценку доказательств судом: «ни суд, ни следствие не имели права оценивать доказательства по собственному разумению, их задача заключалась в том, чтобы к каждому факту, с которым они имели дело как с доказательством, механически применить мерку, установленную законом, и сделать тот вывод, который предписывался законом»¹.

Г) Формализованный подход к доказательствам применяется на этапе проверки доказательств, которые, будучи допущены судом к исследованию, в последующем оцениваются судом по внутреннему убеждению на общих основаниях. Правила формальных доказательств «устраняют субъективность судебного решения, всякую возможность произвола и личного усмотрения со стороны судей»², следовательно, препятствуют оценке доказательств по внутреннему убеждению судьи.

Российское уголовно-процессуальное право исходит из концепции формализованной допустимости.

Ч. 3 ст. 7 УПК РФ устанавливает, что доказательства, полученные с нарушением требований процессуального закона, являются недопустимыми. Это положение еще не означает, что в России допустимость доказательств реализуется только через формализованные правила, поскольку закон может предусмотреть различные требования к допустимости, в том числе касающиеся и содержания доказательств. Однако нетрудно убедиться, что требования, предъявляемые УПК РФ к доказательствам, по большей части, относятся к форме доказательства – протокол должен быть составлен надлежащим субъектом, при получении определенных доказательств обязательно присутствие понятых. Вместе с тем, есть немногочисленные нормы, которые регулируют не форму, а содержание доказательств и процесса их получения.

¹ Вышинский А.Я. Указ. соч. – С. 70.

² Юридические основания достоверности доказательств / Под ред. В.А. Томсинова. – М.: Зерцало-М, 2011. – С. 48.

К таким исключениям относятся запрет наводящих вопросов при допросе, недопустимость не подтвержденных в суде показаний обвиняемого, данных им без присутствия адвоката, недопустимость показаний свидетелей, основанных на слухе, предположении, запрет на исследование в суде присяжных обстоятельств, связанных с прежней судимостью подсудимого, его хроническим алкоголизмом или наркоманией, и другими сведениями, которые могут создать негативное предубеждение у присяжных заседателей. Это – лишь отголоски другого способа реализации допустимости доказательств – материального, который является основным в странах общего права. Речь о нём пойдет в следующей главе диссертационного исследования.

Впрочем, и англосаксонский уголовный процесс имеет ряд формализованных критериев допустимости доказательств, которые возникли в глубокой древности и сохраняются в знак уважения к традиции. К такому формализованному условию признания показаний свидетеля допустимыми относится принесение свидетелем клятвы, что практиковалось с давних времен¹.

Можно выделить следующие признаки формализованного подхода к реализации допустимости доказательств:

1) Требование о собирании доказательств надлежащим субъектом доказывания. В п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» прямо оговаривается, что «если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами», такое доказательство является недопустимым². В этом случае нарушение правил о

¹ See: Ridges E.W. Constitutional Law of England. 3rd ed. – Lnd, 1922. – P. 264.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // БВС РФ. – 1996. – № 1.

подследственности влечет недопустимость доказательств, хотя процессуальная форма его получения может быть и соблюдена. Приговором Ленинского районного суда города Оренбурга от 1 февраля 2010 года по делу 1-46/2010 признан недопустимым доказательством протокол осмотра, поскольку «п. 3 ч. 2 ст. 151 УПК РФ регламентирует, что неотложные следственные действия по ст. ст. 290 – 293 УК РФ должны выполнять следователи органов внутренних дел РФ, к каковым не относится старший оперуполномоченный ОБЭП»¹.

2) Требования к оформлению доказательства (письменная форма, подписание каждой страницы, необходимые реквизиты документа (дата, место составления). Даже методологически и фактически достоверное заключение эксперта может быть признано недопустимым из-за того, что «в нарушение требований ст. ст. 57, 199 УПК РФ экспертам не разъяснялись их права и ответственность, а разъяснялись права специалистов, предусмотренные ст. 58 УПК РФ»².

3) Условия, преодолевающие презумпцию незаконных действий следователя (присутствие защитника на допросе обвиняемого, присутствие понятых при производстве определенных следственных действий, фото и видеосъемка следственных действий). Присутствие понятых при производстве следственного действия, на наш взгляд, гарантирует отсутствие лишь грубых процессуальных нарушений (например, подлога искомого предмета при обыске). Правовая неграмотность и инертность понятых не позволяет им быть активными общественными контролерами действий следователя. В связи с этим можно предположить, что более надежной гарантией добросовестности следователя является использование технических средств, фиксирующих ход проведения следственного действия.

¹Приговор Ленинского районного суда города Оренбурга от 01 февраля 2010 года по делу 1-46/2010 // Архив Ленинского районного суда города Оренбурга. Дело № 1-46/2010.

²Определение Санкт-Петербургского городского суда от 28 сентября 2010г. № 22-5544/10 // СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 10.01.2014г.

4) Формальные условия, в зависимости от которых возможен допуск лица в процесс в качестве свидетеля (принесение свидетелем клятвы, присяги, разъяснение свидетелю последствий отказа от дачи показаний и дачи заведомо ложных показаний). В этом случае российский уголовный процесс не предусматривает принесения экспертами и свидетелями присяги (как явно устаревшего условия допустимости доказательств), вместе с тем, участники Европейской конвенции о правовой помощи 1959 г.¹ в соответствии с ч. 2 ст. 3 конвенции должны исполнять правило, согласно которому «если запрашивающая Сторона желает, чтобы свидетели и эксперты дали показания под присягой, то она специально об этом просит, а запрашиваемая Сторона выполняет эту просьбу, если только законодательство ее государства не запрещает этого», в связи с чем, поскольку российские законы присяги не запрещают, то собирание доказательств по запросу о правовой помощи другой стороны может быть отягощено данным условием – в этом случае свидетелей обяжут принести присягу, для того, чтобы данные ими показания были признаны допустимыми по праву государства, их запрашивающего.

5) Требование к собиранию доказательственной информации только после официального начала уголовного процесса (возбуждения уголовного дела). По нашему мнению, особое внимание следует обратить на то, что следственные действия, по сути, дублируют непроцессуальные (или оперативно-розыскные) средства получения информации. Мы полагаем, что основная доказательственная информация при наличии заявления о совершении преступления конкретным лицом формируется до принятия решения о возбуждении уголовного дела. Уголовное дело возбуждается только при наличии достоверных, но непроцессуальных доказательств виновности предполагаемого обвиняемого. При этом следственные органы необоснованно возвращаются к частнообвинительному процессу, предлагая,

¹ Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам. Заключена в г. Страсбурге 20.04.1959г. Ратифицирована Федеральным законом от 25.10.1999г. № 193-ФЗ с оговорками и заявлениями // СЗ РФ. – 2000. № 23. – Ст. 2349.

например, представителям потерпевшего – юридического лица самостоятельно доставить к следователю очевидцев преступного деяния для их опроса (который после возбуждения дела трансформируется в допрос), более того, следственные органы вынуждают потерпевшего к самостоятельному доказыванию, предлагая ему провести за свой счет экспертизу, результатом которой стал акт инженерного обследования, также приобщенный к материалам доследственной проверки и процитированный в постановлении о возбуждении уголовного дела. Такой акт при надобности легко трансформируется в заключение эксперта. Поскольку органы предварительного расследования существенно ограничены в способах получения доказательственной информации до возбуждения уголовного дела, а уголовное дело следует возбуждать только по достоверно установленным фактам, следователям приходится прибегать к квазидоказательственным источникам информации (протоколам опроса, осмотра, актам исследования, справкам исследования и т.д.), которые полноценными доказательствами не являются, но почему-то могут быть положены в основу процессуального решения о возбуждении дела. Указанную коллизию законодатель никак не разрешает. На наш взгляд, требование о невозможности производства большинства следственных действий без постановления о возбуждении дела является необоснованной формальностью, более того, доказательственная информация, собранная в ходе доследственной проверки, принимается и рассматривается судами наряду с доказательствами, полученными в ходе следственных действий: так, например, справка о первоначальном исследовании рассматривается по делам о привлечении к ответственности за незаконный оборот наркотических средств наравне с последующим экспертным заключением для установления факта, что изъятое вещество является наркотическим средством¹.

¹Приговор Ленинского районного суда города Оренбурга от 03 ноября 2010 года по делу 1-565/2010 // Архив Ленинского районного суда города Оренбурга. Дело № 1-565/2010.

С другой стороны, данная информация обязательно должна была быть продублирована, так, приговор был отменен из-за того, что «в основу приговора о причинах наступления смерти потерпевшего положено недопустимое доказательство (судебно-медицинская экспертиза, проведенная до возбуждения уголовного дела). Повторная судебно-медицинская экспертиза не была проведена, а согласно п. 1 ст. 196 УПК РФ, назначение и производство судебной экспертизы обязательно, если необходимо установить причины смерти»¹.

б) Придание сведениям доказательственного статуса зависит от воли лица, ведущего процесс (следователя, дознавателя, суда). Важной составляющей теории формализованных доказательств является концепция уголовного или судебного «дела» (процессуальных документов и доказательств, находящихся в распоряжении публичных органов, ведущих уголовный процесс). Без «приобщения» к «делу», сведения, собранные или полученные частными участниками процесса (в том числе, обвиняемым, защитником, потерпевшим и даже свидетелем) не могут быть положены в основу процессуальных решений.

7) Условия, обеспечивающие неизменность доказательства (заверение копий, опечатывание пакетов и конвертов с вещественными доказательствами).

Все данные условия должны быть не желательными, а категоричными, то есть допустимость доказательства находится в прямой зависимости от их выполнения.

¹ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 01.10.2013г. № 50-АПУ13-23 // СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 25.01.2014г.

§ 2.2. Причины возникновения формализованного подхода к реализации института допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве

Возможность использования доказательственной информации при принятии уголовно-процессуального решения в зависимости от соблюдения требований закона к собиранию и исследованию данной информации – наиболее общее определение допустимости уголовных доказательств¹.

С.А. Шейфер полагал, что допустимость доказательств – это требование к их процессуальной форме², ввиду чего формализация доказательств – важное условие их использования в уголовном процессе.

Нам представляется, что возникновению требований к формализации уголовно-процессуальных доказательств способствовали следующие причины.

1. Ретроспективность познания обстоятельств дела судом. Моменты обнаружения доказательства и его использования в качестве аргумента в уголовно-процессуальном споре могут иметь большой разрыв во времени, поэтому судья или присяжные заседатели должны по «консервированному» доказательству разобраться в ситуации многомесячной давности. По удачному выражению В.В. Васина, «познать само событие прошлого можно только через... следы и представления, восстановив событие процессуальными средствами»³. В установлениях менее формализованного американского уголовного процесса, тем не менее, существует правило, согласно которому при первичном изъятии доказательства полицией (что соответствует примерно оперативно-розыскным мероприятиям, проводящимся вне уголовного дела) «офицер должен пометить изымаемый предмет, обычно своими инициалами, во время его изъятия»⁴. Данные

¹ Кипнис Н.М. Указ. соч. – С. 21.

² Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе – М.: ВЮЗИ, 1972. – С. 34.

³ Васин В.В. Уголовно-процессуальное познание судом первой инстанции обстоятельств уголовного дела. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Томск, 2006. – С. 18.

⁴ Nails J. Criminal Evidence. 5th ed. – Belmont, 2004. – P. 127.

требования гарантируют, что в уголовном суде будут исследованы именно те предметы, которые были обнаружены на месте совершения преступления.

2. Легализация производных доказательств. В уголовном процессе возникает большое количество производных доказательств, которые нуждаются в удостоверении истинности своего происхождения от первоисточника, иными словами, надлежащим образом заверенная копия документа или опечатанный конверт с дактилоскопической пленкой – это еще одна гарантия достоверности доказательства. Вместе с тем, заверительная надпись, выполненная следователем – не абсолютная гарантия подлинности документа, поскольку документ заверяется лицом, заинтересованным в исходе дела, находящимся на стороне обвинения. Следует признать разумным предложение о том, чтобы копия документа заверялась лицом, его создавшим или принимавшем участие в его создании.

Вместе с тем, существует и иное понимание производных доказательств: «критерий непосредственности доказательства устанавливается по отношению к суду, а не органу предварительного расследования: производностью отличается любое доказательство, чей первоисточник недоступен прямому восприятию судьи»¹. С подобной точкой зрения мы не можем согласиться, поскольку в этом случае все доказательства, в том числе вещественные, кроме показаний свидетелей, заслушиваемых непосредственно судом, были бы производными, поскольку судья не принимал участия в их собирании и фиксации.

3. Преодоление презумпции недобросовестности действий следователя. Необходимость формализованной допустимости связана еще и с тем, что в отечественном уголовном процессе действует презумпция недобросовестности действий следователя. С начала XX века следователь традиционно относится к стороне обвинения, и сегодня, на наш взгляд, следователям и дознавателям свойственен обвинительный уклон. Феномен

¹ Бостанов Р.А. Использование производных доказательств в уголовном судопроизводстве России. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2012. – С. 5.

указанной презумпции, на наш взгляд, объясняется внутренним противоречием процессуальной функции следователя, который «не может не испытывать состояния внутренней раздвоенности, сознавая себя, с одной стороны, субъектом уголовного преследования, обязанным собирать уличающие обвиняемого (подозреваемого) доказательства, а с другой – исследователем, вынужденным опровергать самого себя, устанавливая обстоятельства, несовместимые с обвинением»¹.

Поэтому, принимая во внимание то обстоятельство, что на предварительном расследовании следователь (или дознаватель) являются самостоятельными, творческими участниками расследования и доказывания, от воли которых зависит не только поиск и приобщение к делу доказательственной информации, но и сам исход дела, закон устанавливает дополнительные требования к их деятельности, в частности, необходимость участия понятых в производстве определенных следственных действий. Понятые выступают в качестве процессуальной гарантии правомерности действий следователя. Одновременно с этим, закон предоставляет следователю удобные рамки процессуальной формы, на которые тот может сослаться в защиту от обвинений в недобросовестности и предвзятости произведенного расследования.

4. Генетическая связь досудебной стадии современного уголовного процесса и исторической формы розыскного процесса. К.Б. Калиновский прямо проводит параллели между формальным розыскным процессом и допустимостью доказательств как процессуальной формой доказывания². Действительно, активные поисковые действия ведутся лишь стороной обвинения. Важные черты розыскного процесса – его письменность, закрытость и совмещение ролей розыска (следствия) и принятия процессуального решения (фактически, суда) в одном процессуальном субъекте (следователе, инквизиторе, чиновнике с особыми полномочиями). В

¹ Шейфер С.А. Российский следователь – исследователь или преследователь? // Российская юстиция. – 2010. № 11. – С. 35.

² Калиновский К.Б. Основные виды уголовного судопроизводства. Указ. соч. – С. 64.

этих условиях фиксация результатов процессуального познания влекла не передачу дела в суд, как сегодня, а немедленное принятие решения по делу. Внесудебные полномочия органа, ведущего расследование, по определению юридической судьбы уголовного дела особенно заметны при принятии решений о прекращении уголовного дела или об отказе в возбуждении уголовного дела. В этих случаях функции расследования и разрешения дела по существу действительно выполняет один субъект уголовного процесса.

5. Неравноправие сторон уголовного процесса на стадии предварительного расследования. Формализованность допустимости predetermined неравноправием сторон в процессе, когда сторона обвинения (и следователь в том числе) имеет неограниченные права по собиранию доказательств, а сторона защиты вынуждена обращаться к стороне обвинения с ходатайством о проведении следственных действий, истребовании и приобщении к делу необходимых доказательств. Н.В. Азаренок указывает на последствия такой ситуации: «положение о равноправии прокурора и защитника, кроме всего прочего, подразумевает одинаковые стартовые возможности. Это значит, что в начале судебного производства участники должны иметь схожий объем доказательственного материала, обосновывающего их позиции. Достичь этого можно только при условии, что досудебный этап был не формализован и каждый из субъектов имел полную свободу в сборе необходимой информации»¹.

Таким образом, обладая монополией на процессуальную форму, которой обеспечивается придание информации статуса доказательства, следователь имеет почти неограниченные возможности по формированию материалов дела на досудебной стадии.

6. Фиксация сделанных под влиянием внешних обстоятельств или спонтанных заявлений обвиняемого и свидетелей. Формализация доказательств связана и с тем, что если бы показания давались добровольно,

¹ Азаренок Н.В. Обусловленность состязательности в уголовном процессе // Российский юридический журнал. – 2013. № 4. – С. 146.

то не было бы смысла в столь тщательном их закреплении на предварительном расследовании, обвиняемый или свидетель сказали бы ровно столько, сколько сообщил бы судье. Для получения «царицы доказательств» – собственного признания, орган, ведущий уголовный процесс, ранее путем неправомерных воздействий на обвиняемого старался добиться письменного признания в совершении преступления (путем подписания соответствующего протокола), а в настоящее время для легализации полученных на предварительном следствии показаний используется правило о присутствии защитника при допросе. Однако возможна и иная ситуация – обвиняемый или свидетель, допрашиваемые в ходе предварительного следствия, спонтанно дали показания, соответствующие действительности. В последующем, в ходе подготовке к суду, обвиняемым и его защитником была выбрана такая линия защиты, как отрицание ранее данных правдивых показаний. В этом случае первоначальные показания нуждаются в формализации для возможности их обсуждения в суде.

А.В. Горбачев полагает, что «процессуальные нормы должны гарантировать не только действительную добровольность показаний подозреваемого, обвиняемого, но и обеспечить возможность последующего использования в суде добровольно данных показаний, а также законность иных доказательств, которые могут быть получены на основе этих показаний»¹, следовательно, правила доказывания являются гарантией интересов не только личности, но и государственного обвинения.

Формализация доказательств, а также требования к их индивидуализации и неприкосновенности – следствие опасения ошибочной интерпретации судом тех обстоятельств, которые были установлены в ходе расследования. Суд воспринимает доказательственную информацию опосредованно, но вывод о доказанности обстоятельств дела делает на основании

¹ Горбачев А.В. О допустимости показаний, данных лицом против самого себя // Адвокатская практика. – 2004. № 2. – С. 34.

внутреннего убеждения. Чтобы данное убеждение сформировалось правильно, на предварительном следствии лицо, ведущее уголовное судопроизводство, часто прибегает к фильтрации доказательств, отсеку сомнительных или незначительных сведений, что осуществляется также в рамках института допустимости доказательств, предполагающего формализованную фиксацию только значимых для дела сведений.

§ 2.3. Критерии формализованных требований к уголовно-процессуальным доказательствам

1. Надлежащий субъект доказывания. Исходя из указанного критерия, сведения могут быть признаны доказательствами, если в их собирании, проверке и оценке участвовали только наделенные соответствующими полномочиями субъекты уголовного процесса. В разных государствах перечень лиц, имеющих право вести деятельность по собиранию доказательств, варьируется.

Первое разграничение, которое можно установить на основе изученных текстов нормативных актов и литературы – допуск к собиранию определенных доказательств или вообще к доказыванию только судей или судебных чиновников.

Указанное требование обычно выдвигается в том случае, если уголовный процесс предусматривает участие следственных судей (независимых чиновников, организационно включенных в судебную систему) в производстве по уголовному делу, кроме того, в государствах со сложившимся недоверием к полиции и методам ее работы.

Например, согласно ст. 164 УПК Пакистана¹, только магистраты (судейские чиновники) могут записывать показания свидетелей,

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Пакистана. / Pakistan Code of Criminal Procedure. Act №. V, 1 July 1898. В переводе на английский язык. // Электронный источник [Сайт]. URL: RefWorld.<<http://www.refworld.org/docid/48511ea62.html>> (Дата обращения: 18.01.2014). Дальнейшие ссылки на УПК Пакистана будут приводиться по данному

полицейским служащим это делать запрещено под страхом признания записей недопустимым доказательством.

Судебная власть может иметь исключительное право осуществлять производство по уголовному делу: согласно ст. 78 УПК Ирана¹, следственные действия может проводить лишь судья или магистрат (судейский чиновник). Подобные установления, на наш взгляд, могут быть целесообразны, если территория судебных округов невелика, или в стране регистрируется небольшое количество преступлений.

Иногда требование о надлежащем субъекте касается ранга или звания должностного лица, собиравшего доказательства, что, по-видимому, свидетельствует о тенденции законодателя больше доверять опыту и практическим знаниям офицера, нежели рядового сотрудника правоохранительных органов. Например, в ст. 260 УПК Сингапура² установлено, что первичный рапорт полицейского о преступлении принимается судом в качестве доказательства, если он удостоверен офицером в звании не ниже инспектора.

В Индии, бывшей колонии Великобритании, в качестве колониального реликта существует правило о том, что документы, исходящие от официальных лиц Великобритании, принимаются судом без дополнительной проверки (Ст. 82 Акта о доказательствах Индии³).

изданию с указанием статьи.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Исламской республики Иран // Islamic Republic of Iran's Criminal Code of Procedure for Public and Revolutionary Courts. 19.09.1999. В переводе на английский язык. // Сайт Центра по защите прав человека в Иране. URL: <<http://www.iranhrdc.org/english/english/human-rights-documents/iranian-codes/1000000026-english-translation-of-the-islamic-republic-of-irans-criminal-code-of-procedure-for-public-and-revolutionary-courts.html#.UtqvIdInrWQ>> (Дата обращения: 18.01.2014). Дальнейшие ссылки на УПК Ирана будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

² Уголовно-процессуальный кодекс Сингапура / Criminal Procedure Code of Singapore. Act 15 of 2010. English Translation. // Электронный источник [Сайт]. URL: <http://iccdb.webfactional.com/documents/implementations/pdf/Singapore-Criminal_Procedure_Code_English.pdf> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на УПК Сингапура будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

³ Акт о доказательствах Индии /The Indian Evidence Act. 15th March, 1872 // Электронный источник [Сайт]. URL:<<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxbW>

Следует коснуться вопроса судебного санкционирования отдельных следственных действий. Результаты обыска, произведенного органом государственного обвинения без судебного приказа, признаются недопустимым доказательством, если не будет получена судебная санкция в течение трех рабочих дней со дня производства обыска (ст. 100 УПК ФРГ¹).

Уместно затронуть проблему и отраслевой принадлежности органов, ведущих предварительное расследование и сбор доказательств. Это могут быть чиновники ведомства, созданного для охраны правопорядка (полиции), такая ситуация, правда, с большой оговоркой, складывается в США, Японии, КНР.

В системе органов исполнительной власти может быть создан независимый орган, занимающийся только расследованием уголовных дел (королевские коронеры в Великобритании). Наконец, чиновники, ведущие расследование, могут быть подведомственны судебной власти или даже иметь статус судьи. Так, в УПК Франции предусмотрено, что предварительное расследование производится следственным судьей, который подчиняется прокурору округа (ст. 80). Системы могут смешиваться в рамках одного государства (например, в США расследование преступлений осуществляет и полиция, и Федеральное бюро расследований (независимый орган). Мы полагаем, что наиболее оптимальным способом, обеспечивающим независимость органа, ведущего расследование, является создание самостоятельного подразделения в системе органов исполнительной власти.

2. Порядок собирания доказательств. В некоторых случаях закон устанавливает максимальный период совершения отдельных следственных

xzYXJjaGl2ZTF8Z3g6YTEwZWQ5YjI4OWI0ZjBm> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на Акт о доказательствах Индии будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. На английском языке. Перевод Брайана Даффета и Моники Эбингер / Strafprozeßordnung. 07.04.1987. // Электронный источник [Сайт]. URL: < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на УПК ФРГ будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

действий. Например, ст. 100-2 УПК Франции¹ называет первоначальный срок контроля за телефонными переговорами в четыре месяца.

Известное правило о том, что определенные факты можно установить только с помощью определенных видов доказательств, также относится к порядку собирания доказательств. Так, в ст. 97 УПК Франции предусмотрено, что в отношении подозрительных банкнот и монет экспертиза подлинности может быть проведена только Национальным экспертным центром при Государственном банке.

К порядку собирания доказательств следует отнести и правила допроса свидетелей. Прежде всего, на законодательном уровне решается вопрос – кто может быть свидетелем.

В Китае запрещено допрашивать в качестве свидетелей лиц с физическими или умственными недостатками или несовершеннолетних, которые не отличают истину от лжи или не могут выразить свою мысль (ст. 48 УПК КНР²). В соответствии со ст. 118 Акта о доказательствах Индии этот вопрос решается по-другому: свидетелем может быть любое лицо, которое способно понимать задаваемые ему вопросы и разумно отвечать на них.

Иногда статус свидетеля несколько пересекается со статусом подозреваемого: таким лицам предоставляются некоторые преференции, например, право допроса без присяги: в уголовном процессе Франции имеется интересная категория «вспомогательных свидетелей», к которым относятся лица, перечисленные потерпевшим в первоначальном заявлении о совершенном преступлении, либо в отношении которых имеются предположительные сведения об их участии в совершении преступления.

¹ Code de procédure pénale de France. Loi n° 2000-516 de 15.06.2000. // Journal Officiel. – 2000. 16 Juin. – Art. 1. Дальнейшие ссылки на УПК Франции будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

² Уголовно-процессуальный кодекс Китайской народной республики // Criminal Procedure Law of People's Republic of China. Adopted on 1of January, 1997. На английском языке // Электронный источник [Сайт]. URL: <<http://www.china.org.cn/english/government/207334.htm>> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на УПК КНР будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

Такие свидетели имеют право быть допрошенными в присутствии адвоката (ст. 113-3) и не приносят присягу (ст. 113-7).

Детально регламентируются и правила ведения допроса, так, ст. 439 УПК Испании¹ запрещается использовать обман, принуждение, наводящие вопросы, обещание или хитрость, чтобы принудить свидетеля давать желаемые показания. Подобные установления содержатся почти в каждом современном процессуальном законе.

Экзотическим для российского права явлением можно признать определенные привилегии высшим чиновникам или членам правящей династии при допросе – лица данной категории в некоторых странах имеют право не давать показания в суде, а должны быть допрошены судьей приватно, в частности, в Испании высшие государственные чиновники могут отказаться давать показания в суде и изложить их письменно.

В ст. 49 УПК ФРГ предусмотрен обязательный приватный порядок допроса данной категории лиц: если федеральный президент подлежит допросу в качестве свидетеля, он должен быть допрошен судом в своей резиденции и не должен присутствовать при слушании дела в суде. Протокол его показаний должен быть оглашен в суде. Члены федерального правительства, правительств земель, депутаты законодательных органов должны быть допрошены по месту работы или месту жительства, но не в суде.

3. Оформление доказательств. Совокупность требований к оформлению доказательств касается вещественной формы доказательств, соблюдения формальных условий при их собирании.

В частности, к данному критерию можно отнести условия о языке судебных документов. В ст. 114 УПК Аргентины предусмотрено, что в процессуальных документах надлежит использовать государственный язык

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Королевства Испании / Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. // La Gaceta. – 1882. 17 de Septiembre. Дальнейшие ссылки на УПК Испании будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

под угрозой их недопустимости. Это установление особенно важно для государств с мультиязычным населением.

Определенные условия устанавливаются в отношении доказательств, которые не могут быть изъяты с места их обнаружения, в частности, как указано в ст. 109 УПК Ирана, если доказательство не может быть отделено и изъято с места его обнаружения, то судья должен сделать всё возможное для сохранения доказательства, при необходимости — опечатать место его обнаружения и обеспечить вооруженную охрану доказательства.

В некоторых случаях законодатель предусматривает дублирование доказательственной информации, так, в соответствии со ст. 17 УПК Мексики, протоколы судебных заседаний и следственных действий должны составляться в двух экземплярах. Регламентируется и способ и порядок ведения записи в протоколах: в ст. 107 УПК Франции предусмотрено, что записи в протоколах составляются с одинарным интервалом (видимо, для исключения дописок), все добавления и исправления подтверждаются подписями судьи, клерка, свидетеля, и если нужно – переводчика.

Часто в отношении лиц, допрошенных по уголовному делу, выдвигается требование подписать каждый лист протокола допроса, при этом, иногда отдельно оговаривается требование к неграмотным: в силу ст. 151 УПК Ирана, неграмотные должны заверить каждый лист протокола отпечатком своего пальца, при этом, непонятно, как они должны проверить правильность занесения своих показаний в протокол.

Отдельно выдвигаются требования к сохранению вещественных доказательств, так, в ст. 97 УПК Франции указано, что все предметы, обнаруженные при обыске, должны быть проинвентаризованы и опечатаны.

4. Присяга как формальное требование к допустимости показаний.

Присяга из самостоятельного вида доказательства, средства доказывания эволюционировала в формальное требование к показаниям свидетелей, в некоторых случаях – экспертов. В некоторых государствах свидетелям разъясняется лишь обязанность говорить правду и последствия ее

нарушения, так, согласно ст. 98 УПК КНР, свидетелям разъясняется их обязанность говорить правду, а также ответственность за дачу заведомо ложных показаний или попытку скрыть известные им сведения. Отдельного же формального (торжественного) обещания говорить правду от свидетелей не требуется.

Первое разграничение, которое мы должны сделать, рассматривая многообразие требований о присяге – это её светский или религиозный характер.

В ст. 434 УПК Испании сказано, что присяга приносится во имя Бога, свидетели принимают присягу в соответствии с их религией.

Уголовный процесс ФРГ различает религиозную и светскую присягу (ст. 64 УПК ФРГ), при этом, устанавливается, что если в силу исповедуемой религии свидетель должен добавить какие-либо выражения или слова к судебной присяге, он может это сделать. Кроме того, при принесении присяги свидетель должен поднять правую руку.

Если же принесение присяги против совести или религиозных убеждений свидетеля, то в соответствии со ст. 65 УПК ФРГ, свидетель должен подтвердить верность своих показаний, такое подтверждение признается эквивалентом присяги. В ходе подтверждения, судья обращается к свидетелю с фразой: «Вам сообщается об ответственности за сказанное перед судом, подтвердите, что Вы в меру своего разумения скажете чистую правду и не утаите ничего», на что свидетель должен ответить «Да».

Как правило, присяга в тех странах, где признается обязательной, является необходимым условием заслушивания судом показаний свидетеля, не говоря уже об их допустимости.

Вместе с тем, ст. 335 УПК Франции предусмотрено, что определенные категории свидетелей (родственники обвиняемого, в том числе, бывшие супруги) и дети в возрасте до шестнадцати лет не могут быть допрошены под присягой, при этом, как установлено в ст. 336 УПК Франции, их показания

могут быть заслушаны как дополнительная информация по усмотрению судьи.

В соответствии со ст. 262 УПК Сингапура, суд принимает в качестве доказательств письменные показания свидетелей, данные ими под присягой суду, нотариусу, дипломатическому работнику.

В соответствии со ст. 161 УПК Японии¹, свидетель, отказывающийся принести присягу, подвергается судебному штрафу в 100 000 иен, следовательно, принесение присяги является обязательным. В соответствии со ст. 166 УПК Японии, присягу должен принести и эксперт. По праву ФРГ, присяга не является обязательной для эксперта: эксперт может быть приведен к присяге по усмотрению суда (ст. 79 УПК ФРГ).

При этом присяга обычно предполагается в ходе судебного следствия и приносится перед судом, исключения из этого правила оговариваются в законе, например, согласно ч. 2 ст. 62 УПК ФРГ, присяга в ходе предварительного следствия должна быть принесена свидетелем, если имеются опасения, что он не сможет давать показания в ходе судебного разбирательства.

5. Условия, преодолевающие презумпцию незаконных действий со стороны органов уголовного преследования. Существование концепции «уголовного дела» в смысле материалов и доказательств, использующихся в уголовном судопроизводстве, сразу же породило проблему фальсификации материалов дела и несанкционированного доступа к ним.

Поскольку лицо, ведущее уголовный процесс, имеет неограниченный доступ к данным материалам, и даже участвует в их создании, то в уголовном процессе некоторых государств возникли определенные

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Японии /The Code of Criminal Procedure of Japan. Act .№ 131 of 1948. На английском языке. // Электронный источник [Сайт]. URL: <<http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814489.pdf>> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на УПК Японии будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

механизмы защиты от незаконных действий со стороны органов, производящих расследование.

Наиболее действенным способом защиты от фальсификации материалов дела и доказательств является публичность поиска и закрепления доказательственной информации. Подобные условия ведения расследования включены в доказательственные правила многих государств, поэтому неправы те, кто утверждает, что понятые – сугубо российское явление.

В ст. 96 УПК Франции указано, что если домовладелец отсутствует или отказывается принимать участие в обыске, то обыск должен быть произведен в присутствии двух его родственников или свойственников, а в их отсутствие – двух свидетелей.

В КНР при личном обыске гражданина закон предписывает присутствие членов его семьи, соседей или понятых (ст. 112 УПК КНР), тогда как при обыске помещения не детализирует присутствующих при обыске лиц в такой степени, называя только понятых и владельца изымаемых предметов (ст. 115 УПК КНР).

В соответствии со ст. 98 УПК Ирана, осмотр зданий и помещений производится в присутствии домовладельца и двух понятых (дословно «свидетелей осмотра»).

При этом в российском законодательстве отсутствуют процессуальные возможности противостоять проблеме «карманных» понятых, когда одни и те же лица на постоянной основе сопровождают следователя при производстве следственных действий, ведь в отечественном уголовном процессе отвод понятым не предусмотрен, чего нельзя сказать о законодательстве Республики Казахстан: статьёй 90 УПК Казахстана предусмотрена возможность отвода понятого, при этом, предыдущее участие понятого в производстве следственного действия не является обстоятельством, исключающим его участие в производстве по этому уголовному делу другого следственного действия, за исключением случаев, когда участие кого-либо из понятых приобрело систематический характер.

При этом понятой часто именуется свидетелем и имеет процессуальный статус свидетеля, ввиду чего к нему выдвигается дополнительное требование – отсутствие свидетельского иммунитета: обыск должен быть произведен полицейским, если возможно, в присутствии свидетеля, который не должен обладать свидетельским иммунитетом. В этом случае протокол обыска должен быть подписан и свидетелем (параграф 199 УПК Норвегии¹).

Другим, менее эффективным способом защиты от произвола следователя является присутствие при производстве следственных действий иных чиновников, должностных лиц. В ст. 92 УПК Франции указано, что клерк (технический работник, секретарь) всегда сопровождает следственного судью при производстве следственных действий, в частности, обыска или осмотра места происшествия.

Иногда два этих правила объединяются: в ст. 16 УПК Мексики указано, что судьи и полицейские при производстве процессуальных действий должны быть сопровождаемы клерками суда (если это возможно) и двумя понятыми (дословно «свидетелями-ассистентами»), которые должны удостоверить все совершаемые действия. Ст. 141 УПК Аргентины: понятые (дословно «свидетели действия») должны быть старше 18 лет и непосредственно наблюдать производство по делу.

Отдельную группу составляют правила, исключаящие несанкционированный доступ к материалам дела, так в ст. 81 УПК Франции предусмотрено, что техническую работу по подготовке материалов дела (их удостоверение и нумерацию) выполняет клерк – сотрудник аппарата следственного судьи, однако в большинстве государств подобные

¹Уголовно-процессуальный кодекс Королевства Норвегии / Criminal Procedure Act of Norway. Act of 22 May 1981 № 25. На английском языке. Перевод Роналда Валфорда // Электронный источник [Сайт]. URL: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/profiles/norwayCriminalProcedureCode_en.asp> (Дата обращения: 01.05.2014). Дальнейшие ссылки на УПК Норвегии будут приводиться по данному изданию с указанием статьи.

установления содержатся не в процессуальных кодексах, а в инструкциях для работников судов.

Следует сказать и о допустимости заявлений или признаний, сделанных вне суда. Презумпция незаконных действий следователя настолько сильна в некоторых государствах, а злоупотребление со стороны должностных лиц настолько вошло в норму, что такие признания и вовсе исключаются из числа доказательств, так, ст. 25 Акта о доказательствах Индии предусматривает, что признание, сделанное полицейскому, а также лицом, находящимся под стражей, не является доказательством.

К этой же группе установлений следует отнести правило о том, что все показания, данные в ходе предварительного расследования, должны быть повторены перед судом. В некоторых случаях первоначальные показания вообще запрещено принимать во внимание, так, в ст. 320 УПК Японии установлено, что никакое заявление, сделано вне суда, не может быть принято в качестве доказательства вместо свидетельских показаний.

6. Разъяснение прав и обязанностей участникам уголовного процесса. Введение в уголовно-процессуальное законодательство большинства государств условия об обязательном сообщении (пусть даже формальном) лицам, участвующим в производстве по уголовному делу, о наличии у них процессуальных прав и обязанностей, по-видимому, объясняется непрофессиональностью указанных участников, а также новым опытом, с которым они столкнулись в ходе производства по уголовному делу.

В силу презумпции невиновности, подозреваемые и обвиняемые еще не могут считаться преступниками, но необычный и даже подавляющий характер ситуации, в которой они пребывают при первом допросе, может привести к тому, что они невольно откажутся от использования принадлежащих им в силу закона прав, не зная их или забыв о них.

На этот случай, для обеспечения интересов гражданина, от которого следствие требуют ответа на зачастую вредящие его интересам вопросы,

предусмотрено разъяснение ему права на отказ от дачи показаний, на юридическую помощь в формулировании своих ответов, и некоторых других процессуальных прав.

Вместе с тем, сообщение данных правомочий может быть неполным или нарочито ошибочным, непонятным для обвиняемого. В этом случае, разъяснение обвиняемому его прав превращается в формальную процедуру, несоблюдение которой сложно доказать.

Данные проблемы почти не были предметом обсуждения в современной российской науке, вместе с тем, в иных уголовно-процессуальных системах (особенно, в Соединенных штатах Америки) в свое время вопрос о перечне прав, которые должны быть сообщены обвиняемому при допросе, о порядке их разъяснения, стоял достаточно остро, что стало причиной выработки детальных научных и практических рекомендаций в этой сфере.

По верному утверждению А.П. Гуськовой, «вопросы защиты прав и свобод человека на уровне международных стандартов в области уголовного судопроизводства приобретают исключительно важное значение»¹, следовательно, для реализации прав человека в уголовном процессе (в том числе, и права на информирование о своих правах) следует активно обращаться к опыту зарубежных государств.

Рассмотрим более детально ситуацию с разъяснением прав непрофессиональным участникам уголовного процесса.

В уголовном процессе зарубежных государств следственные действия могут не дифференцироваться, поэтому разъяснение прав обычно происходит в рамках первого допроса свидетеля или обвиняемого. В качестве примера российского уголовного процесса мы предлагаем рассматривать ситуацию первого допроса обвиняемого на досудебной стадии

¹ Гуськова А.П. К вопросу о новой идеологии прав человека в уголовном судопроизводстве // Вестник ОГУ. – 2006. № 1. – С. 38.

процесса. В уголовном процессе зарубежных стран мы будем рассматривать эквивалентную процессуальную ситуацию.

Прежде всего, остановимся на анализе перечня прав, о которых обвиняемый должен быть проинформирован.

К общим правилам производства следственных действий относится указание на то, что следователь, привлекая к участию в следственных действиях участников уголовного судопроизводства, удостоверяется в их личности, разъясняет им права, ответственность, а также порядок производства соответствующего следственного действия (ч. 5 ст. 164 УПК РФ), таким образом, допрос обвиняемого или совершение иных следственных действий с его участием, должны начинаться с разъяснения ему его прав.

В отечественном законе не изложены права обвиняемого, подходящие для определенной процессуальной ситуации: почти все возможные права, которыми он может обладать в ходе уголовного процесса, указаны в ч. 4 ст. 47 УПК РФ. В соответствии с ч. 6 той же статьи, все эти права разъясняются ему при первом допросе, однако потом, при последующих допросах, обвиняемому повторно разъясняются его права, предусмотренные пунктами 3, 4, 7 и 8 части 4 данной статьи, если допрос проводится без участия защитника.

Подобный подход (возможно, имеющий целью создать у обвиняемого целостное видение всех своих прав), нельзя признать оправданным в части разъяснения прав не совсем актуальных, в частности, на ознакомление с протоколом судебного заседания и обжалование решения суда. Что же касается права на пользование услугами переводчика, в случае действительной надобности в реализации данного права, его невозможно разъяснить без привлечения самого переводчика, то есть реализация права происходит раньше, чем его разъяснение.

Подобную позицию законодателя отчасти можно оправдать тем, что первый допрос следует немедленно за объявлением лицу постановления о

привлечении его в качестве обвиняемого в силу ст. 173 УПК РФ, однако мы полагаем, что ввиду временного совпадения предъявления обвинения и первого допроса, права должны разъясняться два раза, при предъявлении обвинения – полностью, для обозначения статуса обвиняемого, а при первом допросе – лишь те, которые касаются непосредственно допроса.

В противном случае, обвиняемому (который не является профессиональным юристом) будет сложно выбрать из всего перечня оглашенных ему прав те, которые будут ему нужны в данный момент, в ходе допроса. С.А. Шейфер указал на то, что «общие права и обязанности, образующие правовой статус... лиц, могут быть конкретизированы применительно к специфическим условиям проведения следственного действия»¹, следовательно, права и обязанности должны быть интерпретированы в соответствии с процессуальной ситуацией. Это учтено при проведении повторного допроса: закон ограничивает количество разъясняемых прав «сиюминутными» – которые можно реализовать именно в ходе допроса.

Вполне логично предположить, что наиболее актуальными правами для обвиняемого являются те, которые он может непосредственно реализовать. О них и следует информировать в первую очередь, акцентировать на них внимание, иначе лицо, воспринимающее на слух перечень своих прав, может просто забыть о праве на отказ от дачи показаний после перечисления прав на ознакомление с материалами дела и участие в разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора.

Обратимся к практике, выработанной в Соединенных штатах Америки. В знаменитом решении Верховного Суда США по делу Миранды (*Miranda v. Arizona*) содержится указание на четыре положения, которые полиция обязана разъяснить каждому подозреваемому (обвиняемому):

- 1) Вы имеете право хранить молчание.

¹ Шейфер С.А. Следственные действия: система и процессуальная форма. Указ. соч. – С. 157.

2) Все, что Вы скажете, может быть использовано в суде против Вас.

3) Вы имеете право пользоваться услугами защитника во время допроса.

4) Если у Вас нет соответствующих финансовых возможностей, защитник будет назначен Вам бесплатно для помощи при допросе¹.

Данные разъяснения охватываются положениями п. 3, 8 ч. 4 ст. 47 УПК РФ, которые сформулированы несколько иначе. Мы полагаем, что формулировка американского правоприменителя (Верховного Суда) более лаконична и ориентирована не на юриста, а на «конечного потребителя» (если так можно выразиться). При этом в российском уголовном процессе отсутствует какой-либо нормативно выработанный текст, обращенный к обвиняемому, в связи с этим, достоинством американской формулировки являются еще и особенности текста, обращенного к слушателю, а не безличные обороты российского закона.

Разъяснение обвиняемому его прав относят к соблюдению уголовно-процессуальной формы получения его показаний², от которой зависит допустимость полученного доказательства, однако сама по себе процессуальная форма не совсем выработана, отсутствуют практические рекомендации по поводу того, какие именно права должны быть разъяснены в каждом конкретном случае и должно ли разъяснение повторяться при производстве нового следственного действия.

Второй вопрос, который чрезвычайно интересен – порядок разъяснения прав обвиняемому.

Существующая практика разъяснения прав участникам уголовного судопроизводства неоднократно подвергалась критике: «на предварительном следствии участникам процесса просто предлагается поставить свои подписи под текстом статьи, помещенным на стандартном бланке постановления о привлечении в качестве обвиняемого, о признании потерпевшим и т.д. При

¹ *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436, 16 L.Ed. 2d 694, 86 S.Ct. 1602 (1966).

² Касаткина С.А. Признание обвиняемого. – М., 2010. – С. 47.

этом должностные лица указанных органов нередко стремятся не разъяснять содержание, значение и порядок реализации каждого права, а лишь создать видимость разъяснения с тем, чтобы избежать упрека в свой адрес»¹.

Можно сделать вывод о том, что обвиняемому либо зачитываются содержащиеся в законе права, либо дается возможность прочитать их самостоятельно. Возникает резонный вопрос – лежит ли на должностном лице, проводящем допрос, обязанность переформулировать выражения закона для их лучшего восприятия и понимания. В связи с этим интересна точка зрения А.А. Васяева: «перечисление не есть разъяснение – это разные понятия, процедуры. Перечислению прав не должно быть места в процессе отправления правосудия. Права уже перечислены в УПК РФ»². Опираясь на сложившуюся в США практику, профессор Калифорнийского университета Джуди Хэйлз утверждает, что «в некоторых ситуациях простого цитирования прав, изложенных в решении по делу Миранды, недостаточно. Они должны быть объяснены так, чтобы обвиняемый мог их понять. На стороне обвинения лежит бремя доказывания того, что данные положения были разъяснены корректно, в противном случае показания могут быть признаны недопустимыми. Применительно к несовершеннолетним это означает, что разъяснения должны быть сделаны на очень простом языке. Определенные проблемы могут возникнуть при их разъяснении неграмотным лицам, лицам, страдающим умственным расстройством, находящимся в состоянии алкогольного или наркотического опьянения»³. Таким образом, фактически сформулирован пятый вопрос правила Миранды: «Вы поняли мои разъяснения?»

Мы придерживаемся мнения, что лицо, ведущее допрос, должно удостовериться в понимании разъясненных прав обвиняемым или

¹ Никандров В.И. Об оценке доказательств участниками уголовного процесса // Государство и право. – 1992. № 5. – С. 66.

² Васяев А.А. Разъяснение и обеспечение прав подозреваемого, обвиняемого – обязанность следователя, дознавателя, прокурора, суда // Современное право. – 2011. № 5. – С. 121.

³ Nails J. Criminal Evidence. Op. cit. – P. 310.

свидетелем, попросив, к примеру, объяснить, какие права, по его мнению, ему принадлежат. Отсутствие законодательного закрепления требования не только к «разъяснению», но и к «пониманию» порождает ситуации, в которых «объяснение», основывающееся на формулировках закона, не является достаточным для обвиняемого.

В странах Европейского Союза предпочтение отдано письменной унифицированной форме информирования обвиняемого о его правах: «в 2003 году государства-участники обязались информировать обвиняемых об их правах в письменной форме, представляя утвержденный «Перечень прав»¹. Однако такой подход не лишен недостатков: унифицированная форма не оставляет возможности для объяснения, интерпретации прав при непонимании со стороны обвиняемого.

Теперь рассмотрим возможные спорные ситуации, которые могут возникнуть в ходе информирования о правах.

А) лицо утверждает, что не поняло разъяснений. В этом случае следователю стоит еще раз процитировать закон, сопроводив, при необходимости, определенными пояснениями, дословно отразить их в протоколе допроса. В случае повторного отрицания следует удостовериться, что обвиняемый владеет языком судопроизводства. По возможности, необходимо зафиксировать процедуру разъяснения прав с помощью средств аудиозаписи, привлечь понятых к участию в допросе с целью избежать обвинения в неразъяснении обвиняемому его прав. В данной ситуации имеется риск признания протокола допроса недопустимым доказательством по мотивам того, что обвиняемому не были разъяснены его права, в особенности, если обвиняемым будет собственноручно сделана запись в протоколе, гласящая о том, что «права мне не разъяснялись в приемлемой для меня форме, мной не поняты».

Б) лицо обращается к следователю за юридическим советом. Например, обвиняемый может адресовать следователю вопросы, связанные с

¹ EU Procedural Rights in Criminal Proceedings. – 2009. – P. 25.

возможностью реализации им своих прав, например: «Может быть, мне стоит пригласить адвоката?» В этом случае следователь должен разъяснить, что не имеет права давать обвиняемому юридических советов, вместе с тем, необходимо выяснить, в действительности ли обвиняемый желает воспользоваться своим правом, в случае положительного ответа – принять меры к его реализации (прекратить допрос при отказе от дачи показаний).

Во французской правовой доктрине выработалось мнение о том, что лицо, ведущее процесс, «должно разъяснить от имени государства, при возникновении у обвиняемого затруднений при использовании своих прав, наиболее выгодный для него путь их реализации»¹. Вместе с тем, права должны быть использованы обвиняемым добровольно и по своему усмотрению, излишнее участие следователя в этом процессе может быть истолковано как давление на обвиняемого, препятствие его свободному волеизъявлению.

В) подтверждение разъяснения прав. В уголовном процессе России повсеместно таким подтверждением является подпись лица в протоколе допроса под сообщением о том, что права, предусмотренные УПК РФ, ему разъяснены, в некоторых случаях приводится перечень прав. Вместе с тем, при оспаривании обвиняемым факта разъяснения прав, данная подпись может иметь доказательственное значение, если стоит непосредственно после записанного перечня разъясненных прав, в противном случае (при отсутствии аудиозаписи допроса) невозможно определить, какие именно права были разъяснены.

В уголовном процессе России отсутствует детальная регламентация процедуры разъяснения обвиняемому его процессуальных прав, следующей в ходе первого допроса, которая является формальным условием допустимости полученных доказательств. Следует признать правомерным практику США, требующей разъяснения не всех прав, а лишь тех, которые можно реализовать в данный момент. Критерием допустимости должно быть не

¹ Justice pénale et procès équitable. – Tome 2. – Paris, 2006. – P. 16.

только разъяснение, но и уяснение обвиняемым своих прав. В спорных случаях возможно доказывание факта разъяснения прав обвиняемому и добровольности их использования. Отрицательные результаты такого доказывания должны приводить к недопустимости полученных доказательств.

§ 2.4. Влияние недостатков формализованного подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств на правоохранительную деятельность

Существующая сегодня в российском уголовном процессе гипертрофизация формы доказательства нам представляется чрезмерной и не оправдывающей себя, поскольку она порождает следующие проблемы в уголовном судопроизводстве.

1) Судопроизводство излишне привязано к бумаге, что влечет недоверие к документам в электронной форме. Подобное положение дел признается экономически невыгодным западными учеными, возникают предложения о переводе уголовного процесса на электронный документооборот¹. Однако такое решение в рамках российского процесса пока невозможно, поскольку это потребует значительных финансовых затрат, а также создаст возможность фальсификации или утраты данных из-за несовершенства программного обеспечения. На наш взгляд, причины недоверия к документу в простой письменной форме имеют скорее психологический, чем правовой характер, поскольку и личное письмо, и справка органа власти априори обладают равной юридической силой вне зависимости от наличия официальных реквизитов.

2) Невозможность вынесения обвинительного приговора из-за формальных ошибок в представленных доказательствах. Ученые делают

¹ See: Levisch P. Criminal procedure // Encyclopedia of Law and Economics. – Cheltenham, 1999. – P. 255.

вывод о том, что судебная практика уже давно идет по пути «изыскания способов спасения ущербных доказательств, делая это, очевидно, не из злого умысла»¹. Действительно, достоверные данные, полученные с формальным, даже незначительным нарушением закона, являются недопустимыми по смыслу УПК РФ, поэтому грамотный защитник всегда сможет найти процессуальные нарушения в процедуре собирания и приобщения доказательств к уголовному делу. Ситуация несколько улучшилась с отменой нормативности бланков процессуальных документов, что исключило возможность признания документа недопустимым из-за его несоответствия форме, установленной законом. Ю.Ю. Чурилов указывает: «поскольку далеко не все формальные предписания закона объективно влияют на качество доказательств, то при решении вопроса о допустимости доказательств в судебной практике принято учитывать характер допущенного нарушения формальных требований закона и оценивать его объективное влияние на качество доказательства»². Несколько другой выход из сложившегося положения предлагают зарубежные правовые системы.

В отечественной науке существует ошибочное мнение, что «концепция асимметрии правил допустимости трактует нарушения закона, допущенные в процессе доказывания на существенные и несущественные, восполнимые и невосполнимые»³. Данное мнение основано на неправильном понимании термина «асимметрия доказательств», который был разработан в странах общего права.

Под теорией «асимметрии доказательств» следует понимать, что доказательства, полученные с нарушением закона (например, опознание производилось в присутствии одного понятого) могут выступать

¹Стройкова А.С. Допустимость доказательств в российском уголовном судопроизводстве // Вестник Адыгейского государственного университета. – 2007. № 1. – С. 299.

² Чурилов Ю.Ю. Актуальные проблемы постановления оправдательного приговора в российском уголовном судопроизводстве. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 127.

³ Гришина Е.П., Саушкин С.А., Абросимов И.В. Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспощадного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») // Мировой судья. – 2008. № 1. – С. 10.

аргументами стороны защиты¹. Таким образом, «асимметрия» выражается не в существенных или несущественных нарушениях, допущенных при собирании доказательств, а в привилегированном положении стороны защиты, имеющей право сослаться на доказательства, полученные с нарушением закона.

Однако, как представляется, в состязательном уголовном процессе ни одна сторона не может иметь преимуществ перед другой в процессуальных правах. Поэтому следует признать допустимость доказательств, в ходе получения которых хотя и были нарушены или не в полной мере соблюдены формальные требования закона, но не было нарушения прав и свобод человека и гражданина, и обвиняемый согласен с содержанием доказательства. Подобные мнения высказывались и ранее: «если нарушения установленного законом порядка собирания и закрепления доказательств не накладывают тень сомнения на их достоверность и последствия несущественны и устранимы, то неразумно отказываться от доказательственной информации в условиях, как правило, ее острого дефицита»². Данное положение было бы выгодно не только стороне обвинения, но и стороне защиты, поскольку далеко не все суды придерживаются концепции доказательственной асимметрии, и исключают оправдывающие сведения из числа доказательств по признаку их формального несоответствия закону (придерживаясь концепции «плодов отравленного дерева»).

3) Отсутствие частной инициативы в доказывании, поскольку решение о приобщении к делу и иные процессуальные способы придания статуса доказательства (осмотр) находятся в компетенции органов, ведущих уголовный процесс. Положения ч. 3 ст. 86 УПК РФ содержат специальные способы собирания доказательств защитником, но, как справедливо отмечают исследователи, «для предусмотренных законом способов

¹ See: Hails J. Criminal Evidence. Op. cit. – P. 236.

² Миронов В. Правила оценки допустимости доказательств // Законность. – 2006. № 5. – С. 35.

собираения доказательств защитником, однако, не предусмотрено соответствующих процедур и способов закрепления»¹. Защитнику всё равно приходится действовать несамостоятельно – либо заявляя ходатайства о производстве отдельных следственных действий и участвуя в них в рамках УПК РФ, либо ходатайствуя о приобщении к материалам дела определенных документов: справок, характеристик, протоколов опроса лиц с их согласия, допустимость которых зависит от воли следователя или суда, выносящих постановление о приобщении их к материалам уголовного дела.

В рамках данной главы нами охарактеризован формализованный подход к реализации допустимости доказательств, который связан с необходимостью присвоения сведениям реквизитов или соответствия их формальным условиям для признания их доказательствами. Основной причиной его возникновения является разрыв во времени между обнаружением доказательства и принятия его к сведению судом, а также активность предварительного расследования (в форме розыскного процесса) в собирании доказательств. Данный подход есть и будет лидирующим в уголовном процессе России, но в определенных случаях он не оправдывает себя и требует существенных изменений.

¹Мосов Д.О. Право защитника собирать доказательства и допустимость собранных защитником доказательств // Академический юридический журнал. – 2008. № 34. – С. 43.

ГЛАВА 3. МАТЕРИАЛЬНЫЙ ПОДХОД К РЕАЛИЗАЦИИ ИНСТИТУТА ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 3.1. Общие положения, понятие и причины возникновения материального подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств

Материальный подход к допустимости доказательств выражается в том, что первичным является содержание сведений, а не их оформление, поэтому проблемы допустимости разрешаются через перечисление тех обстоятельств, которые могут или не могут быть исследованы в ходе судебного разбирательства. Подобные правила реализованы в процессуальных системах англосаксонского права, странах с сильно выраженным элементом состязательности в уголовном процессе.

«Островному» (английскому) уголовному процессу свойственно неприятие привычного для нас формализованного подхода к допустимости, когда документ, снабженный всеми необходимыми реквизитами, уже считается допустимым доказательством. В праве Англии «всякий документ или письменное свидетельство должны быть подкреплены устными показаниями составителя»¹, что еще раз обеспечивает установление о необходимости проверки сущности, содержания доказательства, а не его формы.

Материальный подход к допустимости, по нашему мнению, имеет следующие признаки, выделение которые затруднительно потому, что мы почти не имеем его аналогов в отечественном уголовном процессе, и живем вне сферы действия зарубежного права.

1) Правило наилучшего доказательства. Из числа возможных доказательств, подтверждающих один и тот же факт, должно быть выбрано

¹Апарова Т.В. Суды и судебные процессы Великобритании. – М., 1996. – С. 100.

«наилучшее» (*best evidence*), именно такое доказательство будет признано допустимым, а другие останутся вне рамок процесса¹. Это требование не свойственно российской судебной практике, поскольку в судебных решениях установлению обстоятельства сопутствует ссылка на множество тождественных показаний свидетелей².

2) Запрет исследования определенного круга сведений.

Первоначально отсутствие ограничений на исследование формально относимых к делу доказательств в уголовном процессе стран общего права приводило к процессуальным злоупотреблениям – доказательства представлялись с целью дискредитировать другую сторону. Предметом исследования в суде становились сведения, прямо не имеющие отношения к делу, например, сексуальная ориентация подсудимого или его политические пристрастия. Более того, в праве США существует термин «доказательства, создающие предубеждение» (*prejudicial evidence*), под которым понимаются доказательства, превосходящие остальные по силе эмоционального воздействия, однако мало что дающие для установления собственно фактов. К таким доказательствам относятся, например, цветные фотографии трупа убитого человека. Цель представления данных доказательств (доказывание факта убийства, который и так может быть установлен через другие доказательства, и, в принципе, никем не оспаривается) несоизмерима со степенью психологического воздействия доказательства, особенно на непрофессиональных участников судопроизводства, в том числе, присяжных заседателей. В связи с этим были введены специальные правила о запрете подобных доказательств.

3) Исследование первоисточника как условие допустимости производных доказательств.

Допустимость производных доказательств зависит не от формы их закрепления, а от соответствия первоисточнику.

¹ See: Powell E. The complete practice of the law of England. Vol. II. The practice of the law of evidence. – Lnd, 1856. – P. 3.

² См. Приговор Оренбургского областного суда от 26 марта 2014 года по делу № 2-17/2014 // Архив Оренбургского областного суда. Дело № 2-17/2014.

Поскольку обозрение первоисточника и сравнение с ним копии часто признается судом обязательным, по аналогии и показания не могут рассматриваться отдельно от свидетеля. Устанавливаются исключения из этого правила, касающиеся, в частности, допустимости показаний с чужих слов в случае, например, смерти свидетеля. В российском уголовном процессе явным противоречием данному правилу является принятие судом показаний, данных обвиняемым или свидетелем в ходе предварительного следствия, несмотря на то, что в судебном заседании они отрицают их истинность. Приговоры судов очень часто содержат следующие обороты: «разбойное нападение и умышленное убийство Л.Ю.В. подсудимый не признал, указав, что данное преступление сотрудники милиции заставили взять на себя, поскольку оно у них было не раскрыто и под психологическим и физическим давлением принудили написать явку с повинной, в связи с чем на следствии давал признательные показания, со слов исключительно оперативных работников. Вместе с тем суд считает необходимым проанализировать показания Безбородова, данные им на стадии предварительного следствия и дать им соответствующую правовую оценку»¹. В этом случае, разрыв между производным и первоначальным доказательством по англосаксонскому праву является неустранимым.

4) Доказательственная сила сообщается сведениям судом в судебном заседании или в предварительных судебных процедурах. Стороны представляют суду информацию, которая после одобрения судом становится доказательством. Концепция «материалов дела» (*files*) неотъемлема от рассмотрения дела в суде, а включение доказательств в поле зрения суда и присяжных заседателей зависит исключительно от суда. Каждое доказательство подлежит проверке на допустимость в судебном заседании. Исследователи уголовного процесса зарубежных стран отмечают некоторое пренебрежение к процессуальной форме в странах

¹ Приговор Оренбургского областного суда от 09 июля 2010 года по делу № 2-51/2010 // Архив Оренбургского областного суда. Дело № 2-51/2010.

англосаксонской системы права: «доказательство, полученное с нарушением закона, будет считаться допустимым, если суд позволит им воспользоваться»¹, что делает усмотрение судьи в вопросах допустимости доказательств весьма важным фактором, влияющим, в конечном итоге, на совокупность установленных по делу фактов.

5) Сбор доказательственной информации на предварительном следствии не формализован, осуществляется в рамках негласной, полицейской деятельности и не связан рамками официального начала уголовного преследования. В дальнейшем такие сведения будут считаться допустимыми в качестве доказательств. В частности, в уголовном процессе Франции муниципальная полиция, осуществляя расследование по факту преступления или в отношении конкретного лица, составляет «отчет» или «официальные записи», которые не имеют процессуального значения на данном этапе, но в дальнейшем могут расцениваться в качестве доказательств (ст. 21-2 УПК Франции).

6) Сторона защиты вправе собирать доказательственную информацию независимо от стороны обвинения. Данной информации придаётся статус доказательства без присвоения дополнительных реквизитов со стороны публичного органа (в частности, объяснения частных лиц, предоставляемые стороной защиты, принимаются в простой письменной форме, удостоверенные лишь личной подписью этих лиц).

7) Концепция «ограниченной допустимости доказательства». Данная концепция означает, что доказательство признается допустимым только для использования определенным субъектом процесса или в определенных целях (например, правило 105 Правил о доказательствах штата Северная Каролина США предусматривает: «если используется доказательство, которое допустимо только для одной стороны или для определенной цели, но недопустимо для другой стороны или достижения

¹ Верещагина М.А. Институт допустимости доказательств по английскому и американскому уголовному доказательственному праву // Вестник ЮрГУ. – 2008. № 18. – С. 39 – 40.

иной цели, суд по запросу обязан ограничить данное доказательство в использовании, соответственно разъяснив это жюри присяжных»¹). Явным примером подобного в российской практике является запрет на сообщение присяжным заседателям сведений о судимости обвиняемого, хотя эти сведения в последующем будут учтены судом при назначении наказания. Для одной цели (назначения наказания) доказательство является допустимым, а для другой (произведение на присяжных впечатления уголовным прошлым подсудимого) – нет. Некоторые исследователи считают, что такая ситуация «препятствует реализации принципа состязательности в российском уголовном процессе»², однако принцип состязательности не должен превращаться в самоцель, ничем не ограниченный, он может привести к ущемлению прав обвиняемого.

Разумеется, мы привели лишь примерный перечень признаков материального подхода к допустимости, и возможно, что в различных правовых системах они имеют свои вариации.

Становлению материальной допустимости способствовал целый ряд обстоятельств:

1) Требование к максимальной непосредственности восприятия доказательств. По делу Лафарж (1840 г.) об отравлении в Англии вердикт присяжных впервые был основан только на выводах судебно-медицинской экспертизы о наличии следов мышьяка в теле жертвы. Экспертиза по делу проводилась непосредственно в зале заседания, перед присяжными, эксперт сопровождал свои действия необходимыми пояснениями³. Среди английских юристов возникали серьезные споры о том, что делать, если вещественное доказательство по своим габаритам не протискивается в двери зала судебного заседания. Таким образом, если доказательство следует представить

¹ Code of criminal procedure of State North Carolina. Inserted by Law no. 2000-516 of 15 June 2000 Article 1 // Official Journal. – 2000. – 16 June.

² Верещагина М.А. Асимметрия правил о допустимости доказательств // Вестник ЮУрГУ. – 2007. № 28. – С. 24.

³ Accusation d'empoisonnement par l'arsenic. Procès Laffarge. – Paris, 1840. – P. 96 – 97.

непосредственно в суд, то нет необходимости в дублировании процедур оформления, формализации доказательств на стадии предварительного расследования. К тому же, сводится к минимуму число производных доказательств, ради удостоверения которых, во многом, и была создана процессуальная форма допустимости доказательств.

2) Высокий уровень технического окружения человека, благодаря которому один и тот же факт может быть установлен с помощью нескольких независимых источников (например, факт нахождения в определенном месте в определенное время может быть установлен по телефонному звонку, чеку автозаправочной станции, сигналу спутниковой системы навигации), существуют надежные системы фиксации информации, недоступные для последующего изменения (видеонаблюдение, размещение информации на внешних серверах). Это создает неограниченные возможности для неофициального, непубличного собирания доказательств частными лицами, в том числе самим обвиняемым или его защитником, а также в рамках детективного расследования. Сведения, предоставляемые по запросу заинтересованного лица, не нуждаются в официальном удостоверении, поскольку происходят из независимого источника, и их фиксация зависит не от человека, а от технических средств (согласитесь, что трудно заподозрить в предвзятости спутник навигационной системы, зафиксировавший в определенное время сигнал навигатора, установленного на транспортном средстве обвиняемого, находившегося в определенном месте).

3) Стороны, не ограниченные в своих полномочиях, могли представить в суд информацию любого свойства, часто с целью дискредитации другой стороны. Грамотные защитники выступали в уголовных судах США перед присяжными заседателями с заявлениями о неблагоприятных сторонах жизни прокурора, поддерживающего государственное обвинение (не относящихся к делу, например, разоблачали супружескую неверность прокурора), тогда как грамотные государственные обвинители с целью воздействия на присяжных демонстрировали им

красочные фотографии, запечатлевшие результат насильственного преступления, ставили вопрос о репутации обвиняемого. Пытались, в зависимости от состава коллегии присяжных заседателей, вызвать у присяжных неприязнь к обвиняемому по расовым, религиозным, социальным мотивам. Разумеется, такая практика постепенно пресекалась.

Поскольку российский уголовный процесс является розыскным на стадии предварительного расследования, формализованный подход к допустимости доказательств был и остаётся неизбежным и единственно возможным. Активная работа с доказательствами концентрируется на предварительном расследовании, и это достаточное основание для того, чтобы не отказываться от формализации итогов расследования. Однако, не посягая на главенство формы, следует расширить присутствие элементов материального подхода к допустимости.

§ 3.2. Характеристика материальных критериев допустимости доказательств в уголовном процессе

1. Применение правила «наилучшего доказательства». Впервые правило наилучшего доказательства было изложено в решении судьи Канцлерского Суда Англии лорда Харвика в 1745 году: «доказательство может считаться допустимым только в том случае, если оно является наилучшим для доказывания конкретных обстоятельств дела»¹.

В последующем из этого правила было выделено правило исключения дублирующих доказательств, по-другому именуемое правилом суммирующихся доказательств (*cumulative evidence*). Под суммирующимися доказательствами понимаются «повторение фактов», при этом, в исследовании таких доказательств может быть отказано по мотивам «неоправданной задержки судопроизводства и затрате времени»².

¹ *Omychund v Barker* (1745) // *English Reports*. – Lnd, 1926. – Vol. 15. – P. 33.

² *Bocchino A. J., Sonenshein D.A. A Practical Guide to Federal Evidence*. 8th Ed. – Louisville,

В праве США данное правило было интерпретировано несколько иным образом: «правило наилучшего доказательства устанавливает приоритет первоначальных доказательств (документов) над копиями, дубликатами, иными производными доказательствами»¹. В современной правоприменительной практике США это правило «относится только к письменным доказательствам и не регулирует другие виды доказательств»². Таким образом, наилучшее доказательство – то, на основании которого можно непосредственно установить факты, имеющие значение для дела.

В уголовном процессе Венгрии устанавливается порядок исследования судом вещественных доказательств: «вещественные доказательства должны быть исследованы судом непосредственно. Если же это невозможно, то суд должен обозреть фотографии вещественного доказательства и огласить его описание»³. При этом, фотографии вещественных доказательств будут допустимыми только в том случае, если невозможно непосредственно исследовать само вещественное доказательство. Согласно правилу, вещественное доказательство признается наилучшим, ему отдается приоритет при установлении обстоятельств дела.

2. Исследование диффамирующих сведений в уголовном судопроизводстве и концепция «ограниченной допустимости». К диффамирующим относятся сведения, хотя и истинные, но наносящие урон репутации гражданина вследствие своей неблагоприятности.

Таковыми являются, например, сведения о венерической болезни, необычных сексуальных пристрастиях, хроническом алкоголизме или наркомании, адюльтере, судимости (даже погашенной), совершении аморального проступка.

2006. – P. 26.

¹ Nemeth Charles P. Law and Evidence. A Primer for Criminal Justice, Criminology, Law and Legal Studies – 2nd Ed. – Sudbury, 2011. – P. 141.

² Ingram Jefferson L. Criminal Evidence. – 11th ed. – Waltham, 2012. – P. 546.

³ Karsai K., Szomora Z. Criminal Law in Hungary. – NY, 2010. – P. 194.

Поскольку УПК РФ в п. 3 ч. 1 ст. 73 устанавливает обязательность доказывания обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого, а при допросе свидетеля или потерпевшего – выяснение отношения свидетеля или потерпевшего к обвиняемому, то оглашение сведений подобного рода в отечественном уголовном процессе неизбежно.

Отсутствие ограничений на оглашение подобного рода сведений в открытом судебном заседании наносит ущерб и стороне защиты, и стороне обвинения.

Мы полагаем, что потерпевшим и свидетелям оглашение диффамирующих сведений умелым защитником с целью повлиять на оценку их показаний наносит такие же нравственные страдания, как и обвиняемому, интимные стороны жизни которого выставлены на обозрение суда.

Вместе с тем, в странах общего права созданы детализированные правила исследования диффамирующей информации.

С глубокой древности праву англосаксонских стран был известен институт свидетелей репутации, например, «доверие к какому-либо свидетелю может быть подвергнуто сомнению противоположной стороной посредством показаний лиц, которые присягают, что они по своему знанию в качестве свидетелей, считают его недостойным доверия, несмотря на принесенную присягу»¹.

С другой стороны, «согласно английской правовой доктрине и судебной практике, погашенная судимость в любых правоотношениях должна рассматриваться так, как если бы факт судимости никогда не существовал. Исключение составляет уголовное судопроизводство, но и в этом случае адвокаты и суд должны по возможности избегать ссылок на это обстоятельство, если же такая ссылка совершенно необходима, то в

¹ Стивен Дж. Очерк доказательственного права / Пер. с англ. П.И. Люблинского. – СПб, 1910. – С. 140 – 141.

открытом судебном заседании она может быть сделана лишь с разрешения суда»¹.

В германском уголовном процессе «записи интимного характера часто не предназначены для других людей и поэтому являются преимущественно недопустимыми доказательствами в уголовном процессе»².

Единственным законом, на который мы можем ориентироваться в данном вопросе, является УПК РФ, поскольку иные законы, защищающие подобного рода информацию, делают оговорку о возможности ее оглашения при отправлении правосудия (п. 6 ч. 1 ст. 10 ФЗ «О персональных данных»). Для того чтобы избежать оглашения подобной информации в суде, можно воспользоваться правовыми средствами, предусмотренными УПК РФ:

1. Закрытое судебное заседание позволяет ограничить круг лиц, которым будут известны диффамирующие сведения (например, по делам о половых преступлениях), но данная гарантия эффективна тогда, когда точно известно о возможности оглашения подобной информации, поскольку вопрос о проведении заседания в закрытом режиме решается при назначении дела к слушанию.

2. Гораздо более важной гарантией, действующей, к сожалению, только в суде присяжных, является недопустимость исследования данных, «способных вызвать предубеждение присяжных в отношении подсудимого» (ч. 8 ст. 335 УПК РФ). В этом случае исследование таких сведений прямо пресекается председательствующим.

3. При реабилитации возможно требование об опубликовании опровержения средством массовой информации, допустившим оглашение порочащих сведений о реабилитированном (ч. 3 ст. 136 УПК РФ).

По нашему мнению, этих гарантий недостаточно для защиты участников процесса от необоснованного оглашения диффамирующей информации, поскольку первая из них слишком громоздка, и не может

¹ Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. – М., 2007. – С. 144.

² Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. – Красноярск, 2004. – С. 273.

применяться оперативно, вторая распространяется только на суд присяжных, а третья эффективна только в отношении сведений, распространенных СМИ, но не частными лицами. Возможно требование о возмещении морального вреда, но данные отношения относятся к сфере гражданского права, и не являются предметом исследования.

Злоупотребления как со стороны обвинения, так и со стороны защиты, сопровождающиеся поиском компромата на процессуального противника, можно было бы пресечь, установив материальные требования к допустимости диффамирующих сведений в уголовном процессе. Это означает введение в текст УПК РФ правил о допустимости, которые устанавливали бы возможность исследования тех или иных диффамирующих сведений. В качестве удачного примера можно привести Федеральные правила о доказательствах США, которые тщательным образом регламентируют, в каких случаях в судебном заседании могут исследоваться обстоятельства, связанные с сексуальными предпочтениями (правило 412), религиозными убеждениями (правило 610), способы доказывания характеристики лица (через репутацию или обычное поведение – правила 405, 406).

Подобное нововведение позволило бы оградить от необоснованной диффамации участников уголовного судопроизводства, смягчить воздействие процесса на их частную жизнь, дать возможность без потерь продолжать жизнь в обществе при благоприятном исходе процесса.

3. Частное собрание доказательств. Альтернативы централизованному собиранию доказательств в уголовном процессе стран общего права довольно широки. Адвокатам и частным детективам предоставлены значительные полномочия по собиранию доказательств, но что немаловажно, и граждане, исходя из личных убеждений, склонны к сотрудничеству с адвокатами и почитают гражданским долгом сообщить известные им сведения и явиться в суд в качестве свидетелей.

И.В. Решетникова указывает, что «и в американском, и в английском судопроизводстве собирание доказательств осуществляется только сторонами и их адвокатами, они же представляют друг другу доказательства для ознакомления»¹.

В Англии разрабатываются методические рекомендации для адвокатов по частному собиранию доказательств, в частности, по опросу свидетелей, в том числе, приводятся формы письменного согласия свидетеля на видеозапись опроса, в которой содержится следующая запись от имени свидетеля: «Я осознаю, что эта запись может быть использована в качестве доказательства по уголовному делу. Я разрешаю использовать ее только в этом качестве, запрещаю публичное воспроизведение, копирование, монтаж, иное использование не для целей, указанных мной»².

Степень осознания гражданского долга во Франции настолько высока, что законодатель решил не препятствовать проявлению активной гражданской позиции: ст. 101 УПК Франции предусмотрено, что свидетель может предстать перед следственным судьей по своей воле, и следственный судья будет обязан его допросить и зафиксировать показания.

В любом случае, можно только приветствовать частное собирание доказательств, однако с тем, чтобы данные доказательства могли быть оценены и проверены судом, чтобы можно было установить их доброкачественность.

Что же касается отечественного уголовного процесса, активный защитник часто воспринимается не как лицо, содействующее суду в установлении обстоятельств дела, а как помеха правосудию. В связи с этим следует вспомнить слова Я.О. Мотовилова: «органы следствия и суд не вправе делать неблагоприятные для обвиняемого выводы в зависимости от

¹ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. – Екатеринбург, 1997. – С. 139.

² Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures. –London, 2007. – P. 33.

использования адвокатом указанных в законе средств и способов защиты»¹. Следовательно, попытки стороны защиты выдвинуть и доказать альтернативную версию происшедшего не должны сказываться на вынесенном судом решении.

4. Материальные требования к показаниям свидетелей. В данном разделе мы рассмотрим требования к существу показаний свидетелей – о чём они могут быть допрошены, и должны ли свидетели выступить в суде лично.

Из принципа непосредственного исследования доказательств вытекает обязанность свидетелей лично предстать перед судом. В силу этого, а также в силу отсутствия документального оформления данных предварительного расследования, практически невозможно «огласить» показания свидетеля, которые были даны на стадии предварительного расследования. Западные исследователи, при изучении уголовного процесса Парагвая, пришли к выводу, что «установление о том, что все свидетельские показания должны быть заслушаны судом в присутствии стороны защиты является важным шагом к демократическим преобразованиям уголовного процесса»².

Напротив, ст. 157 УПК КНР допускает без особых ограничений оглашение письменных показаний свидетелей, данных ими на предварительном расследовании, в суде, что лишает обвиняемого права задать свидетелю вопросы.

В ст. 105 УПК Франции предусмотрено, что лицо, в отношении которого имеются весомые доказательства того, что оно принимало участие в совершении преступления, не может быть допрошено в качестве свидетеля. Следовательно, свидетелю не может быть задан обязательный для него вопрос о его участии в предполагаемом деянии.

Такая практика разнится с практикой российских правоохранительных органов привлекать всех возможных фигурантов дела к участию в деле

¹ Мотовиловкер Я.О. Основные уголовно-процессуальные функции. – Ярославль, 1976. – С. 49.

² Paraguay's Reform of Criminal Procedure: A Major Usaid Achievement. – Luis Salas: Florida International University, 2002. – P. 24 – 25.

сначала в качестве свидетелей, поскольку в отношении них действует обязанность свидетеля дать правдивые показания, и лишь потом процессуальный статус может быть изменен. Впрочем, и свидетелям по российскому уголовному процессу предоставлено право не свидетельствовать против себя, разница в том, что по праву Франции такие лица изначально не могут быть привлечены к участию в деле в качестве свидетелей.

5. Свидетельские иммунитеты. Уголовному процессу многих государств известен институт свидетельских иммунитетов (или в другой терминологии – привилегий), устанавливающих определенный круг лиц, которые вправе не разглашать известные им сведения.

Поскольку родственные и профессиональные иммунитеты (например, иммунитет защитника) достаточно хорошо исследованы, мы хотели бы остановиться на интересном, но мало изученном свидетельском иммунитете – на тайне исповеди.

Нам могут возразить: запрет нарушения тайны исповеди относится к формальным требованиям закона, и потому должен был бы рассмотрен в рамках предыдущей главы.

Но ведь священнослужитель сам по себе может являться свидетелем, очевидно, что критерий допустимости зависит не от субъекта (определенного лица), а от характера сведений, о которых свидетель может быть допрошен (запрещено допрашивать лишь об обстоятельствах, ставших известными из исповеди).

Именно поэтому охрана тайны исповеди в уголовном процессе наряду с запретом исследовать в суде присяжных негативные факты о личности подсудимого является ярким примером реализации материального подхода к допустимости уголовно-процессуальных доказательств.

Исповедь является одним из обрядов традиционного христианства, заключающимся в конфиденциальной беседе священника и кающегося.

Верующий кается в грехах, перечисляя их, священник дает наставления и, если сочтет покаяние истинным, отпускает грехи.

За рамками нашего исследования остается исследование вопросов о церковном наказании (и очень суровом) священнослужителей за нарушение тайны исповеди, историческом развитии тайны исповеди.

Первый вопрос, который может быть поставлен перед нами – различие правового обоснования тайны исповеди в клерикальных и светских государствах.

В государствах клерикальных признание тайны исповеди является логическим звеном в инкорпорации канонического права в правовую систему, следовательно, первичной причиной защиты тайны исповеди являются конфессиональные установления, признаваемые в качестве общеобязательных.

Вместе с тем, в государствах, стремящимися быть светскими, религиозные воззрения не могут быть причиной правовых установлений. В этом случае защита тайны исповеди базируется на разных позициях.

В наполеоновской Франции ученые обосновывали тайну исповеди нормами общего (то есть естественного) права: «хотя исповедь не является всеобщей обязанностью и относится к установлениям католической религии, всеми признается, что тайна исповеди не может быть нарушена в силу норм общего права»¹. Таким образом, тайна исповеди подлежит защите в силу ее общепризнанности, на основании молчаливого договора между всеми гражданами.

Верховный Суд США при определении тайны исповеди исходит из других побуждений – из необходимости защитить частные интересы, доверительные отношения между священнослужителем и верующим. Как видно из следующей цитаты, данные отношения приравниваются к отношениям пациента и доктора, клиента и адвоката: «защита частных

¹ Merlin Ph. A. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. – Т. 3^{eme}. – Paris, 1815. – P. 433.

отношений ограничивается предоставлением привилегии отношениям священнослужителя и верующего, клиента и адвоката, пациента и врача. Причины предоставления защиты кроются в несомненной необходимости доверия и конфиденциальности в этих отношениях. Защита отношений верующего и священнослужителя обеспечивает удовлетворение общечеловеческой нужды в религиозном совете в обстановке полной и абсолютной тайны»¹.

Российское законодательство исходит из защиты особой демократической свободы – свободы вероисповедания, что явствует из ст. 3 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»²: в Российской Федерации гарантируются свобода совести и свобода вероисповедания, в том числе право исповедовать индивидуально или совместно с другими любую религию или не исповедовать никакой, свободно выбирать и менять, иметь и распространять религиозные и иные убеждения и действовать в соответствии с ними (ч. 1), тайна исповеди охраняется законом (ч. 7).

В Канаде (доминионе Великобритании) «Верховный Суд, используя в качестве объяснения государственный интерес в защите свободы вероисповедания, последовательно подтверждает, что информация, полученная в результате конфиденциальных религиозных бесед (*confidential religious communications*) не может быть допущена в качестве доказательства»³.

По мнению А.В. Пчелинцева, охрана тайны исповеди необходима для защиты самого священнослужителя: «гарантированное право на тайну исповеди дает священнику иммунитет на неразглашение ставших ему известными из сугубо конфиденциального духовного общения сведений, что

¹ Trammel v United States – 44 U.S. 40(1980), 51.

² Федеральный закон от 26.09.1997г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях», с изменениями от 01.07.2011г. // СЗ РФ. – 1997. – № 39. – Ст. 4465.

³ Thomson A.K. Religious Confession Privilege and the Common Law: a Historical Analysis. – Leiden, 2011. – P. 368.

является одной из важнейших гарантий свободы вероисповедания. В противном случае таинство покаяния теряет всякий духовный смысл, а священник превращается в полицейского»¹.

Следует отметить, что в уголовном процессе ряда государств (светских или клерикальных) не предусмотрен механизм защиты тайны исповеди.

В частности, тайна исповеди не охраняется прецедентным правом Великобритании, в данном государстве нет и статутов (принятых парламентом законов), защищающих тайну признаний, сделанных прихожанином духовному лицу. Причиной этого, как не парадоксально, является многовековое единство светской и церковной власти: король является и главой англиканской церкви, следовательно, политические интересы (уголовное преследование) в глазах короля выше интересов внутрицерковных (защита тайны исповеди)².

Не существует понятия о тайне общения членов религиозной общины с духовенством и в мусульманских (клерикальных) странах, поскольку религия признается делом общественным, никто не может помогать другому в сокрытии греха³. Кроме того, в исламе отсутствует духовенство в сакральном смысле, поскольку духовные лица являются больше учителями, проповедниками, нежели совершителями таинств.

Второй стоящий перед нами вопрос, наиболее важный, касается того, что именно понимать под тайной исповеди, можно ли распространить подобные установления на все религиозные практики, иными словами – можно ли трактовать тайну исповеди по аналогии.

Исповедь является по существу принадлежностью христианской религии (если точнее – традиционных христианских конфессий).

¹ Пчелинцев А.В. Абсолютна ли тайна исповеди // Законодательство и экономика. – 2011. № 5. – С. 58.

² Thomson A.K. Op. cit. – P. 345.

³ Haalem M.A., Sherif A.O., Daniels K. Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Shari'ah. – NY, 2003. – P. 128.

С другой стороны, обряды покаяния наличествуют и в других религиях, особенно авраамических. Например, в иудаизме существует виддуй – специальная исповедальная молитва. «Список грехов расположен в алфавитном порядке... Данная молитва говорится не от имени одного лица («я грешен»), а от имени всех присутствующих («мы согрешили»), так как теоретически все евреи отвечают за грехи друг друга»¹. Общее перечисление прегрешений, в этом случае, мало что дает для знания о грехах (и преступлениях) конкретного человека.

Исследователями гражданского процесса зарубежных государств обращалось внимание на то, что в США свидетельский иммунитет распространяется не только на отношения исповеди в христианстве, но и на любые религиозные практики, в которых предполагается конфиденциальное общение между верующим и служителем культа².

Основные позиции американских судов состоят в следующем. Большинство штатов признают существование данной привилегии только в том случае, если обязанность хранить услышанное в тайне возложено на клирика правилами самой деноминации. Привилегия охватывает ситуации, где верующий в конфиденциальной обстановке советуется по духовным вопросам со священнослужителем. Она не распространяется на другие цели общения, например, в тех случаях, когда совет касается вопросов брака и семьи. Данная привилегия является уникальной потому, что обе стороны (и клирик, и верующий) имеют право отказаться от ее использования, поскольку обязанность соблюдения тайны не может быть возложена на клирика государством³.

Следовательно, в Соединенных штатах Америки признается эквивалентность исповеди ситуаций, когда лицо вне обряда конфиденциально обращается к священнослужителю за духовным советом.

¹ Goldman A. L. Being Jewish. – NY, 2000. – P. 124 – 125.

² Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособ. / Под. ред. А.Г. Давтян. – М., 2011. – С. 291 – 292.

³ Nails J. Criminal Evidence. Op. cit. – P. 203.

Третий вопрос, касающийся заявленной темы – абсолютна ли тайна исповеди.

На первый взгляд, УПК РФ содержит категоричный запрет на допрос священнослужителя в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди п. 4 ч. 3 ст. 56 УПК РФ).

Вместе с тем, Конституционный Суд РФ косвенно указал, что свидетельский иммунитет может быть преодолен лицами, которыми он предоставлен: «невозможность допроса указанных лиц – при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные адвокатом сведения, – приводила бы к нарушению конституционного права на судебную защиту и искажала бы само существо данного права»¹.

Имеется и другая точка зрения: «во всех случаях нецелесообразно допрашивать в качестве свидетеля священнослужителя по обстоятельствам, которые стали известны ему на исповеди»².

Но в «профильном» Федеральном законе «О свободе совести и о религиозных объединениях» норма о гарантиях соблюдения тайны исповеди сформулирована более мягко: священнослужитель не может быть привлечен к ответственности за отказ от дачи показаний по обстоятельствам, которые стали известны ему из исповеди (ст. 3 ч. 7). Вопрос о невозможности дачи показаний священнослужителем не стоит.

В связи с этим, категоричный запрет допроса священнослужителя об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди, не соотносится с целью установления данного запрета, лишь охраняющего свободу вероисповедания, а не дублирующего религиозные предписания.

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003г. № 108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2003. – № 21. – Ст. 2060.

² Тетерин Б.С, Трошкин Е.З. Возбуждение и расследование уголовных дел. – М., 1997. – С.60.

Отметим, что священнослужитель может следовать религиозным предписаниям и при отсутствии защиты тайны исповеди на законодательном уровне: у него есть возможность отказаться от дачи показаний и понести ответственность (даже уголовную) за такое деяние.

Тайна исповеди признается и защищается далеко не во всех государствах. В случае признания тайны исповеди, ее защита в уголовном процессе осуществляется путем введения материальных требований к допустимости доказательств, устанавливающих недопустимость сведений, которые священнослужитель узнал из исповеди. Кроме того, исповедь как религиозный обряд является принадлежностью христианской религии, однако в некоторых случаях недопустимыми доказательствами являются сведения, ставшие известными духовному лицу любой религии, если они стали ему известны в результате конфиденциальной беседы с верующим на духовную тему (США). Тайна исповеди не должна быть абсолютной, и священнослужитель, и верующий должны иметь процессуальную возможность нарушить тайну исповеди, поскольку сама по себе такая тайна не является законодательным установлением.

§ 3.3. Перспективы использования достижений материального подхода к реализации института допустимости уголовных доказательств в практике правоохранительных органов Российской Федерации

Уголовно-процессуальные законы конкретных государств содержат ряд предписаний, которым должны соответствовать доказательства, представляемые в суд. Перечень данных правил определяется законодателем, во-первых, с опорой на историко-правовые традиции данной страны, во-вторых, исходя из задач и принципов уголовного судопроизводства, в-третьих, руководствуясь политикой государства в сфере уголовной юстиции и проблемами, возникающими при отправлении уголовного правосудия.

Совокупность указанных правил составляет процессуальный институт допустимости доказательств, существующий в данном государстве.

Стоит ли говорить о том, что понимание допустимости доказательств юристами России и Соединенных штатов Америки будет различаться, что особенно негативно отражается на обмене доказательственной информацией между странами с различными представлениями о допустимости доказательств.

Материальные требования, прежде всего, касаются возможности исследования тех или иных сведений в соответствующей процессуальной ситуации. Например, в суде присяжных на стадии исследования доказательств стороне обвинения нельзя ссылаться на обстоятельства, негативно характеризующие подсудимого (предыдущие судимости, алкоголизм, наркоманию), хотя эти обстоятельства и были бы значимыми для разрешения дела (ч. 8 ст. 335 Уголовно-процессуального кодекса РФ).

Вместе с тем, нельзя не принять во внимание, что активная работа с доказательствами концентрируется на предварительном расследовании, и это достаточное основание для того, чтобы не отказываться от формализации итогов расследования. Однако, не посягая на главенство формы, следует расширить присутствие элементов материального подхода к допустимости уголовных доказательств.

В частности, следует устранить зависимость приобщения к материалам уголовного дела на досудебной стадии процесса доказательств, собранных защитником в рамках ч. 3 ст. 83 УПК РФ, от воли следователя (дознавателя), и предусмотреть уведомительную процедуру, в ходе которой следователь будет обязан приобщить доказательства к делу, но в дальнейшем государственный обвинитель может ставить перед судом вопрос о признании их недопустимыми.

Мнение о том, что «вопрос о допустимости доказательств должен разрешаться только с участием сторон, а это возможно по действующему

законодательству исключительно в судебном заседании»¹, уже высказывалось, и на наш взгляд, оно правильно, поскольку при обращении стороны защиты на досудебной стадии с ходатайством к стороне обвинения о приобщении доказательств создает конфликт интересов между целями обвинения и процессуального контроля за допустимостью доказательств, поступающих в материалы дела.

Введению данного положения на практике препятствует еще и то обстоятельство, что в российском уголовном процессе существует процессуальная презумпция допустимости доказательства, приобщенного к материалам дела, кроме того, и самим «материалам дела» придается определенное процессуальное значение еще на досудебной стадии (как совокупности проверенных сведений, предназначенных для суда).

Разумеется, такой подход не отвечает принципу процессуальной экономии и характерен для уголовно-процессуальных систем без стадии официального досудебного расследования.

Вместе с тем, хотелось бы, чтобы в отечественном уголовном процессе вопрос о допустимости доказательств разрешался сразу же после того, как он был поставлен. Суды имеют тенденцию при заявлении ходатайства о признании доказательства недопустимым откладывать разрешения данного ходатайства до вынесения итогового судебного решения по делу. В такой ситуации стороны не могут быть уверенными в определении круга доказательств, на которые они могут ссылаться. Поэтому мы предлагаем ввести в отечественный уголовно-процессуальный закон положение о том, что ходатайство о признании доказательства недопустимым должно быть рассмотрено непосредственно после его заявления. Без разрешения указанного ходатайства суд, следователь, дознаватель, прокурор не имеют права принимать иных процессуальных решений по делу.

¹Соколов А. Процессуальный порядок признания доказательств не имеющими юридической силы // Российская юстиция. – 1994. № 10. – С. 15.

Еще одной важной чертой материального подхода к допустимости доказательств является **дозирование информации, которая может быть доступной присяжным заседателям.**

УПК РФ подразделяет информацию, которая не должна быть известной присяжным заседателям, на две группы. К первой относятся сведения, негативно характеризующие личность обвиняемого, которые могут создать предубеждение у присяжных заседателей. Ко второй – все доказательства, которыми стороны оперируют перед присяжными, должны быть допустимыми¹. По нашему мнению, определение обстоятельств, которые характеризуют личность обвиняемого негативным образом, законом производится нечетко, и их следует распространить не только на суд присяжных, но и на любое уголовное судопроизводство.

Поэтому следует установить для всего уголовно-процессуального доказывания правила использования диффамирующей информации (сексуальные связи, личные привычки), которые будут дополнять формализованные требования к доказательствам, и при проверке на допустимость будут применены как формализованные, так и материальные критерии, что значительно повысит эффективность, достоверность и уместность данного доказательства в уголовном судопроизводстве. В этом случае материальные критерии не упростят, а усложнят судопроизводство, тем самым создавая гарантию защиты прав участников процесса.

Стороне обвинения или защиты придется сначала доказать необходимость исследования в процессе тех или иных сведений.

Персональные данные защищаются именно через допустимость доказательств, а не через ограничение принципа гласности и в уголовном процессе ФРГ, где существует, например, весьма важное правило о том, что персональные данные могут быть использованы в другом уголовном деле в

¹ См.: Стус Н.В., Волколуп О.В. Допустимость доказательств и правила ее установления в судебном разбирательстве с участием присяжных заседателей // Российский судья. – 2007. № 5. – С. 24.

качестве доказательств только в том случае, если это необходимое условие раскрытия другого преступления (ч. 3 ст. 98b УПК ФРГ).

Другим возможным направлением расширения материальных начал в допустимости доказательств, является **четкое формулирование правил об использовании производных доказательств.**

Как остроумно отметил С.А. Шейфер, доказательства не существуют в природе изначально, сведения, следы внешнего мира так и останутся следами, если следователь (дознатель, суд) «не воспримет и не преобразует в надлежащую форму информацию, содержащуюся в следах»¹. Поэтому в данном случае необходимо устранение излишних формальных барьеров на пути превращения сведений в доказательства.

На практике сложилось мнение о том, что «доказательственная сила производных доказательств в сравнении с первоначальными презюмируется как меньшая»². Налицо формальный подход, при котором копия документа будет иметь меньшую доказательственную силу (конечно, не по сравнению со своим оригиналом, а с оригиналом другого документа, содержащего, например, противоположные сведения).

Такой подход противоречит ч. 2 ст. 17 УПК РФ: «никакие доказательства не имеют заранее установленной силы». Поэтому следует предусмотреть правила о допустимости производных доказательств, в первую очередь, документов, исключающие снижение их доказательственной силы. Мы предлагаем дополнить ст. 84 УПК РФ частью 5 следующего содержания: «5. Лицо, осуществляющее производство по уголовному делу при предоставлении заверенной копии документа должно удостовериться в тождественности копии оригиналу. При невозможности или затруднительности предоставления оригинала, в качестве доказательства

¹Шейфер С.А. Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или «научная фантазия?» // Российская юстиция. – 2009. № 4. – С. 46.

²Александров А.С., Бостанов Р.А. Допустимость и относимость производных доказательств // Следователь. – 2008. № 4. – С. 28.

могут быть допущены копии документов, заверенные нотариально или органами государственной власти и местного самоуправления».

Данное добавление мы вносим из опасения того, что заверение копий частными субъектами (например, юридическими лицами) создает большие возможности для фальсификации доказательств.

Кроме того, сокращение количества производных доказательств сделает по-настоящему возможной реализацию принципа непосредственности исследования судом обстоятельств дела и имеющихся доказательств, поскольку «собираение доказательств сопровождается преобразованием формы полученной информации, влечет за собой утрату определенной ее части и в некоторых случаях может негативно повлиять на правильность отражения. Поэтому предотвратить подобные нежелательные потери в информации может ограничение числа преобразований ее сигналов, то есть возможное уменьшение промежуточных звеньев в информационных процессах»¹.

Развитием материальных начал в вопросе допустимости доказательств является и **расширение перечня возможных доказательств** с целью повышения значения электронного документооборота в сфере уголовного процесса. Из текста УПК РФ неясно, возможно ли использование электронных документов и данных в качестве доказательств без их бумажного выражения. Нам представляется правильным суждение С.В. Некрасова: «для обеспечения возможности приближения к истине по делу недопустимо создание искусственных барьеров, суждение круга доказательств, их источников»². Судейское сообщество США давно планомерно подготавливается и технически, и психологически к использованию в процессе электронных документов. Например, статья на данную тему в журнале «Правовой обзор позиций федеральных судов»

¹ Зинатуллин З.З., Егорова Т.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальное доказывание: концептуальные основы. – Ижевск, 2002. – С. 102.

² Некрасов С.В. Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. – М., 2008. – С.52.

(*Federal Courts Law Review*) начинается с признания того, что «большинство юристов считают более удобной работу с информацией на бумажном носителе, и до сих пор предпочитают из стратегических и иных соображений, преобразовывать электронный текст в бумажный формат», но далее приводятся мнения судей о том, что эпоха бумаги неизбежно завершится, и им придется приспособливаться к новому документообороту¹. Поэтому мы предлагаем прямо внести в перечень «иных документов» ч. 2 ст. 84 УПК РФ «документы и сведения в электронной и цифровой форме».

Другим видом производных доказательств являются **показания с чужих слов**. Запрет использования показаний с чужих слов (*hearsay*) давно и успешно реализуется в странах англосаксонской системы права, в первую очередь, Англии и Уэльсе, США, в некоторой степени – Израиле. Разумеется, подобный запрет сопровождается рядом исключений, указанных в законе или выработанных практикой, которые, как представляется, наилучшим образом сформулированы в Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств-участников СНГ². К таким случаям, согласно ч. 4 ст. 148 Модельного уголовно-процессуального кодекса, относятся показания:

- 1) сотрудника Службы ресоциализации или другого уполномоченного лица о данных, характеризующих личность подсудимого;
- 2) руководящего сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, относительно непосредственно воспринимавшихся его подчиненными или сотрудничающими с ним лицами событий, известных ему по их донесениям или с их слов;
- 3) сделанные со слов умершего человека.

Существенным будет реализация элементов такого подхода к допустимости, когда **определенные обстоятельства могут быть доказаны**

¹Isom D.K. Electronic discovery primer for judges // *Federal Courts Law Review*. – 2005 – Fed. Cts. L. Rev. 1. – P. 25.

²Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств - участников СНГ (принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г.) // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» по состоянию на 01.10.2014г.

только определенными средствами доказывания. Данный подход лежит в понимании допустимости Гражданским процессуальным кодексом РФ (ст. 60) и Арбитражным процессуальным кодексом РФ (ст. 68). Так, например, вексельное обязательство может быть подтверждено только оригиналом векселя.

Ст. 196 УПК РФ фактически устанавливает ряд обстоятельств, которые могут быть установлены только по результатам судебной экспертизы, в частности, причина смерти, возраст лица, при отсутствии документов, подтверждающих его.

В ранее цитировавшемся Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств-участников СНГ содержится указание на ряд обстоятельств, которые могут быть доказаны только через определенные процессуальные средства (ст. 146). Например, причина смерти может быть установлена только заключением эксперта в области медицины, а прежняя судимость – копией приговора суда (но не показаниями свидетелей).

На наш взгляд, необходимо расширение данного перечня, в частности, введение аналога англосаксонского понятия «подкрепления» (*corroboration*) доказательств, когда для подтверждения определенных обстоятельств необходима определенная совокупность доказательств, например, согласно праву Англии, обвинительный приговор по делу об изнасиловании не может быть основан исключительно на показаниях потерпевшей¹.

Кроме того, следует внести изменения в нормы УПК РФ, затрагивающие **признание допустимости доказательств, полученных в иных уголовно-процессуальных системах.** Ст. 455 УПК РФ говорит о признании юридической силы доказательств, «полученных на территории иностранного государства его должностными лицами в ходе исполнения ими поручений об оказании правовой помощи по уголовным делам или направленных в Российскую Федерацию в приложении к поручению об осуществлении

¹ Keane A. Op. cit. – P. 217 – 218.

уголовного преследования», однако здесь не содержится указание на право, которое применялось при получении доказательств.

На эту проблему эпизодически было обращено внимание В.М. Волженкиной¹, однако не было предложено вариантов решения проблемы признания доказательств, полученных иностранными органами, допустимыми. Такая практика стала обычной для Международного уголовного суда: согласно ст. 93 Статута Суда «государства участники... согласно процедурам, предусмотренным их национальным законодательством, выполняют просьбы Суда об оказании помощи... путем... получения доказательств»². Мы предлагаем внести в ст. 455 УПК РФ изменение следующего характера: дополнить текст после слов «полученных... его должностными лицами» словами «в соответствии с уголовно-процессуальным законом данной страны».

В настоящее время при исполнении отдельных поручений о собирании доказательств в рамках соглашений о правовой помощи по уголовным делам возможно соблюдение определенных требований к допустимости доказательств, предъявляемых как российской, так и зарубежной стороной. В частности, российскими следственными органами возможно получение свидетельских показаний под присягой («в случае направления запроса о получении свидетельских показаний от лица – информацию о том, должны ли быть получены данные свидетельские показания под присягой, заверены или получены иным способом, предусмотренным законодательством запрашиваемой Стороны», п. 2.4 Договора между Российской Федерацией и Республикой Индией о взаимной правовой помощи по уголовным делам³), а органы иностранного государства по запросу российской стороны могут проводить обыск в присутствии понятых.

¹ Волженкина В.М. Нормы международного права в российском уголовном процессе. – СПб, 2001. – С. 155.

² Костенко Н.И. Международное уголовное право – современные теоретические проблемы. – М., 2004. – С. 273.

³ Подписан в г. Дели 21.12.1998г. // СЗ РФ. – 2000. – № 28. – Ст. 2884.

В случае закрепления в законе возможности использования в российском уголовном процессе доказательств, собранных в соответствии с уголовно-процессуальными нормами другого государства, отпадет необходимость в указании порядка, в котором доказательства должны быть собраны компетентными органами другого государства и контроле за соблюдением такого порядка.

Завершая рассмотрение тех институтов российского уголовного процесса, в которых возможно расширение материальных требований к доказательствам, следует признать, что развитие материального подхода к допустимости доказательств возможно только в том обществе, где уровень правовой культуры и средств фиксации информации достаточно высок, чтобы исключить возможность массовых злоупотреблений, связанных с фальсификацией доказательств.

В рамках данной главы мы рассмотрели понятие материального подхода к реализации допустимости уголовно-процессуальных доказательств, его основные черты, причины его возникновения. Проанализировали материальные правила о допустимости доказательств, в том числе, правило «наилучшего доказательства», использование диффамирующих сведений и концепцию «ограниченной допустимости», частное собирание доказательств, материальные требования к показаниям свидетелей, свидетельские иммунитеты. Рассмотрели возможные пути внедрения элементов материального подхода к допустимости доказательств в отечественном уголовном процессе.

ГЛАВА 4. РАЗРЕШЕНИЕ ВОПРОСА О ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ КАК ВИД ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 4.1. Общие положения о реализации допустимости доказательств в ходе правоохранительной деятельности

Совокупность процедур в уголовном процессе можно разделить на две стадии: 1) основные, заканчивающиеся принятием процессуального решения по существу дела, 2) вспомогательные, касающиеся разрешения отдельных вопросов, возникающих в ходе производства по делу. К последним относится и разрешение вопроса о допустимости доказательств.

По словам П.А. Лупинской, «для доказывания в уголовном судопроизводстве необходимым условием является соблюдение уголовно-процессуального закона, в первую очередь, тех его норм, которые определяют свойства доказательства, пути их собирания, проверки, принципы и правила оценки доказательств»¹.

Следовательно, деятельность по исследованию вопроса о соответствии доказательства правовым требованиям занимает важное место в уголовном судопроизводстве, и в правоохранительной деятельности в целом.

Процессуальные процедуры признания доказательств недопустимыми или исключения их из материалов дела необходимы, потому что органами и должностными лицами, собирающими доказательства могут быть допущены ошибки и нарушения процессуальных норм при собирании и приобщении доказательств к делу. Нарушение закона, умышленное или нет, глобальное или частное, является неотъемлемой частью практической деятельности правоприменителей (которую, в случае допущения ошибок, трудно назвать правоохранительной). Если отсутствуют эффективные пути устранения

¹ Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. – М., 2010. – С. 95 – 96.

нарушений процессуального закона (правовосстановительные процедуры), то можно вести речь о невозможности правильного применения закона, даже при наличии демократичного писаного права. По признанию Гоу-Син Се, «все серьезные проблемы в уголовном процессе Китая вытекают из диссонанса между «книжным законом» и «законом в действии»¹. Можно сказать, что расхождение между правовыми предписаниями и деятельностью органов уголовного преследования не представляет большой опасности, если его легко выявить, обозначить как таковое и преодолеть.

При возникновении процессуального спора о допустимости доказательства на любой стадии уголовного процесса имеются процедуры его разрешения. В ходе изучения правовых механизмов, имеющих целью разрешение данного вопроса, следует обратиться к богатому опыту зарубежных государств.

Следует отметить, что имеется два противоположных подхода к вопросу о констатации допустимости доказательств.

При первом из них все доказательства, полученные следственными органами, презюмируются допустимыми, и для того, чтобы опровергнуть эту презумпцию, необходимо специальное разбирательство с вынесением процессуального решения о недопустимости доказательства. Этот подход довольно удобен и экономичен, поскольку позволяет стороне защиты (как наиболее уязвимой) ставить вопрос о недопустимости только тех доказательств, в отношении которых имеются определенные сомнения.

Второй подход характеризуется тем, что вопрос о допустимости решает суд в отношении каждого доказательства при его представлении с учетом мнения сторон о возможности принятия судом данных сведений.

При этом, предполагается выражение сторонами уголовного дела мнения о возможности исследования доказательства и вынесение процессуального решения по этому поводу. Подобная практика, несомненно,

¹ Kuo-Hsing Hsieh The Exclusionary Rule of Evidence in the United Kingdom, United States and China. PhD Thesis. – Edinburgh: University of Edinburgh, 2011. – P. 189.

больше отвечает формальному принципу состязательности сторон, но, с точки зрения стоимости или сроков уголовного процесса, проигрывает первой. Стоит ли говорить, что подобная ситуация просто необходима для уголовно-процессуальных систем, в которых отсутствует стадия досудебного производства по уголовному делу, поскольку вопрос о допустимости материалов полицейских проверок может быть поставлен только в ходе означенной процедуры.

Мы полагаем, что, с точки зрения уголовно-процессуальной правоохранительной деятельности, признание доказательства недопустимым является мерой процессуальной ответственности.

Понимание процессуальной ответственности в последнее время связано не только с интерпретацией ее как процессуального деликта, за который наступают особо оговоренные в законе процессуальные санкции (удаление из зала суда, отнесение на лицо, злоупотребляющее процессуальными правами, судебных расходов), но и с любыми неблагоприятными последствиями, являющимися результатом процессуальных действий или бездействия участников состязательного процесса. Неблагоприятным последствием нарушения уголовно-процессуального законодательства является признание доказательства недопустимым, что, по нашему мнению, является мерой уголовно-процессуальной ответственности.

Традиционно в трудах А.А. Бессонова, Г.Н. Ветровой, Н.А. Громова, В.М. Ковалева, Д.А. Липинского, Р.Л. Хачатурова, П.С. Элькинд уголовно-процессуальная ответственность рассматривалась как такое нарушение уголовно-процессуальных норм, которое влечет применение к правонарушителю особых процессуальных санкций¹.

Д.А. Липинский, возражая против неоправданного, на его взгляд, расширения составов уголовно-процессуальной ответственности,

¹Обобщение точек зрения по данному вопросу см.: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности. – СПб., 2007. – С. 829 — 840.

полемизирует с Н.А. Чечиной и П.С. Элькинд относительно привода свидетеля и возвращения дела на дополнительное расследование (аналог возвращения дела прокурору в советском уголовном процессе), полагая, что указанные явления исчерпывающе характеризуются иными категориями уголовного процесса, в частности, являются мерой пресечения и предупреждения¹.

Указанная позиция была подвергнута критике И.Л. Петрухиным, полагавшим, что «процессуалисты сводят уголовно-процессуальную ответственность к частностям в виде штрафов, наложенных на участников уголовного процесса, удалений из зала судебного заседания»².

На наш взгляд, уголовно-процессуальную ответственность можно рассматривать как неблагоприятные последствия, претерпеваемые участником уголовного судопроизводства при нарушении им уголовно-процессуальных норм.

Мы скептически относимся к теории «позитивной» уголовно-процессуальной ответственности, поскольку в случае правомерного поведения правоохранительное правоотношение существует гипотетически, но не реализуется.

Вместе с тем, по мнению Н.В. Витрука, «вопрос о составах уголовно-процессуальных правонарушений и мерах уголовно-процессуальной ответственности является дискуссионным»³.

Первоочередной задачей уголовно-процессуальной ответственности называется «восстановление нарушенного правопорядка, устранение вредных последствий правонарушения»⁴, что очевидно, исходя из служебного значения процессуальных норм по отношению к материальным и

¹См.: Липинский Д.А. Об уголовно-процессуальной ответственности // Вестник науки ТГУ. – 2010. – № 3(13). – С. 264.

²Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. – М., 1985. – С. 59.

³Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. – М., 2008. – С. 137.

⁴Громов Н.А., Полунин С.А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. – М., 1998. – С. 44.

необходимости разрешить спор по существу в любом случае, завершить процесс. Г.Н. Ветрова полагает, что для реализации правосстановительной санкции уголовно-процессуальной ответственности «не требуется достоверное установление всех элементов состава правонарушения»¹.

Указанная позиция дает нам право полагать, что основным в уголовно-процессуальной ответственности является стремление нормализовать процессуальные отношения, обеспечить должный порядок рассмотрения уголовного спора.

В науке частнопроцессуальных отраслей имеются теоретические разработки, в основе которых лежит явно или неявно выраженное стремление считать, что процессуальной ответственностью являются неблагоприятные последствия, вызванные процессуальной активностью участников судопроизводства. В частности, М.Л. Гальперин указывает на точку зрения ученых, рассматривавших «в качестве мер собственно гражданско-процессуальной ответственности реализацию практически любых санкций гражданского процессуального права»².

В диссертационном исследовании А.Г. Столярова судебные расходы, относимые на проигравшую процесс сторону, рассматриваются как вид процессуальной ответственности³.

Указанные теоретические положения соотносятся с процессуальными нормами АПК РФ, в частности, ч. 2 ст. 9 АПК РФ устанавливает, что лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

Зарубежные исследования по данному вопросу подтверждают наше мнение о том, что признание доказательства недопустимым приводит к

¹Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве. – М., 1991. – С. 158.

²Гальперин М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и правоприменительной практики. – М., 2011. – С. 29.

³Столяров А.Г. Судебные расходы как элемент состава гражданской процессуальной ответственности: автореф. дисс. канд. юрид. наук. – СПб., 2004. – 16 с.

неблагоприятным последствиям для лица, намеревавшегося использовать его в доказывании, в конечном счете – к процессуальному проигрышу дела.

В частности, в параграфе «Уголовно-процессуальная ответственность лица, ведущего уголовный процесс» С.К. Ассефа утверждает: «в ходе судопроизводства некоторые подсудимые заявляют о пытках и угрозах со стороны лица, осуществлявшего расследование. Полученные в результате такого расследования доказательства не являются допустимыми, даже если на их получение было истребовано согласие суда или публичного обвинителя... в таких случаях публичный обвинитель проигрывает дело против подсудимого, что является высшим благом как для частных, так и для публичных интересов»¹.

Вернемся к понятию уголовно-процессуальной ответственности. На наш взгляд, верное утверждение того, что «государственно-принудительная форма реализации процессуальной ответственности заключается в обязанности виновного правонарушителя процессуальных норм претерпеть осуждение и иные неблагоприятные последствия, предусмотренные санкцией уголовно-процессуальной нормы»² должно быть дополнено идеей о том, что неблагоприятные последствия должны состояться применительно к процессуальным правам и обязанностям участвующего в деле лица, то есть ответственность наступает не за обычные, а за процессуальные (регламентированные процессуальным законодательством) действия или бездействие лица.

С этой точки зрения, ответственность должна заключаться, прежде всего, в процессуальных последствиях неправомерного поведения. Так, удаление подсудимого из зала суда за нарушение судебного порядка (ч. 2 ст. 258 УПК РФ) является процессуальной санкцией, поскольку лишает подсудимого процессуального права лично участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела (п. 16 ч. 4 ст. 47 УПК РФ). Имущественные

¹Assefa S. K. Criminal Procedure Law: Principles, Rules and Practices. – NY, 2010. – P. 195.

²Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. – С. 831.

последствия процессуальных правонарушений (ст. 117 УПК РФ) прямо предусмотрены законом, но не создают специфической процессуальной санкции, которая могла бы считаться элементом полноценной процессуальной ответственности.

Таковы принципиальные методологические основы, позволяющие нам перейти к характеристике признания доказательства недопустимым как вида уголовно-процессуальной ответственности. Мы выделяем данное явление в качестве самостоятельного вида ответственности потому, что оно не соотносится с другими видами уголовно-процессуальной ответственности: имущественной, праввосстановительной, превентивной.

Стоит отметить, что вопрос о допустимости доказательств нормативно решен как вопрос об ответственности. УПК РФ сразу вводит понятие недопустимого доказательства (ч. 1 ст. 75 УПК РФ) как санкции за нарушение требований УПК РФ при получении доказательства. При этом, диспозиции норм о доказывании фрагментарно содержатся в кодексе: и в общих положениях, и в главах, посвященных следственным действиям. Статья же 75 УПК РФ, по сути, является отсылочной санкцией для любого нарушения процессуального закона при получении доказательств.

Допустимость доказательства — сугубо процессуальный институт, в связи с чем, вопрос о допустимости может исследоваться лишь процессуальными средствами и для целей судопроизводства.

В связи с этим, можно говорить о наличии особых процессуальных последствий — исключении сведений из числа доказательств, юридическое игнорирование фактов, устанавливаемых с помощью доказательства.

Необходимо рассмотреть вопрос об условиях данного вида уголовно-процессуальной ответственности.

Общим объектом уголовно-процессуального правонарушения в данном случае являются уголовно-процессуальные правоотношения, обеспечивающие форму уголовного судопроизводства в соответствии с Конституцией РФ и УПК РФ.

Видовым объектом правонарушения в данном случае будут правоотношения по поводу доказывания, тогда как непосредственным — правоотношения, складывающиеся в ходе получения, проверки отдельного доказательства, в соответствии с установленными УПК РФ правилами.

Субъектом правонарушения в данном случае следует признать сторону уголовного судопроизводства, поскольку в состязательном уголовном процессе именно сторона несет неблагоприятные последствия признания того или иного доказательства недопустимым. Нам могут возразить, что в данном случае субъект ответственности деперсонифицирован, в связи с чем нарушаются основы учения о юридической ответственности. Например, нарушения в ходе собирания доказательства допустил следователь, а неблагоприятные последствия признания данного доказательства недопустимым несет государственный обвинитель. Однако следует вернуться к началу данной статьи, где мы утверждали, что процессуальная ответственность неразрывно связана с процессуальными правами и обязанностями, с возможностью их осуществления, с правовым статусом участника процесса. Поскольку и следователь, и государственный обвинитель выступают в качестве стороны обвинения, то и неблагоприятные последствия связаны не с личной виной, а с процессуальной функцией участника процесса. Кроме того, в приведенном нами случае можно утверждать, что прокурор при утверждении обвинительного заключения по небрежности сам не выявил недопустимое доказательство, в связи с чем, часть вины за то, что такое доказательство вообще появилось в суде, лежит и на нём.

С другой стороны, недопустимым может быть признано и доказательство стороны защиты, в этом случае вопрос о вине следует решать также с позиций процессуальной роли стороны: обладая правом защищаться всеми не запрещенными законами способами, подсудимый или его защитник намеренно или по небрежности представляют доказательства, не

соответствующие закону (незаверенная копия справки при утраченном оригинале), в связи с чем несут неблагоприятные последствия.

Иные участники уголовного судопроизводства в связи с признанием доказательства недопустимым могут нести иные виды юридической ответственности (вплоть до уголовной, например, за дачу заведомо ложного заключения экспертом), однако процессуальные последствия для них не возникают, в связи с чем, следует ограничить круг субъектов данного правонарушения лишь сторонами.

Объективную сторону правонарушения следует рассмотреть особо в зависимости от субъекта доказывания.

При сборании доказательств стороной обвинения (следователем или дознавателем) объективная сторона может заключаться в сознательном или небрежном нарушении норм УПК РФ о поиске, фиксации, изъятии и процессуальном оформлении доказательств, в частности, небрежное опечатывание вещественного доказательства, полученного в ходе осмотра (в нарушение ч. 3 ст. 177 УПК РФ) привело к последующему нарушению целостности упаковки. Сознательное нарушение правил сбора доказательств может выражаться в постановке наводящих вопросов допрашиваемому лицу.

При представлении доказательств стороной защиты возможна фальсификация доказательства (изготовление документа задним числом) или небрежное отношение к форме доказательства со стороны лица, его представляющего, например, защитник представляет справку органа государственной власти без даты и исходящего номера.

Моментом окончания совершения правонарушения следует считать придание сведениям статуса доказательства, то есть приобщение к материалам уголовного дела.

Вина при совершении данного правонарушения презюмируется, кроме того, ответственность может наступать и без вины, что встречается в практике юридической ответственности (ответственность владельца

источника повышенной опасности). Вместе с тем, можно выделить две формы вины: умысел (при сознательном нарушении уголовно-процессуальных норм) и небрежность (при совершении неумышленных нарушений, вызванных невнимательностью, незнанием закона, недостаточными квалификацией и опытом). В отношении уголовно-процессуальной ответственности действует общее правило «незнание закона не освобождает от ответственности».

Неличный характер ответственности (ответственность не за свои деяния) наличествует также при реализации других видов ответственности, например, конституционно-правовой: при роспуске Государственной Думы Президентом РФ (ч. 4 ст. 111 Конституции РФ).

Еще раз подчеркнем, что ответственность наступает не для гражданина, но для участника правоотношений и в связи с имеющимся у него процессуальным статусом.

Мерой ответственности является юридическая ничтожность сведений, полученных с нарушением процессуального закона, то есть отсутствие возможности утверждать о факте, ссылаясь на недопустимое доказательство, исключение доказательства из материалов дела (опять же, юридическое, а не физическое).

Ответственность реализуется в ходе юридической процедуры проверки и оценки допустимости доказательств и может наступить по ходатайству стороны либо по собственной инициативе субъекта, ведущего уголовный процесс (ст. 88 УПК РФ).

Мы предвидим возможную критику, связанную с неоправданным, может быть, расширением понятия уголовно-процессуальной ответственности, сложностями в описании вины как условия ответственности, возможным совпадением субъекта ответственности и субъекта, принимающего решение о ее наступлении (следователем постановлением сам исключает из числа доказательств недопустимый протокол следственного действия, который сам же составил), но, на наш

взгляд, категория ответственности является наиболее адекватным «аппаратом», парадигмой, в рамках которой может быть рассмотрено признание доказательства недопустимым.

Признание доказательства недопустимым нельзя отнести ни к мерам процессуального принуждения, ни к процессуальному статусу участников судопроизводства, ни к другим процессуальным и общеправовым категориям. Вместе с тем, нельзя сказать, что данное явление имеет уникальную правовую природу, поскольку при его описании усматриваются явные признаки такой общеправовой категории как юридическая ответственность, в связи с чем, полагаем, что наш вывод о том, что признание доказательства недопустимым — это вид уголовно-процессуальной ответственности, обоснован.

§ 4.2. Досудебный порядок реализации института допустимости доказательств

4.2.1. Надзорные полномочия несудебных органов при оценке допустимости уголовных доказательств

В отечественном уголовном процессе, как и в уголовном процессе стран континентальной системы права, досудебная (активная, поисковая) стадия во многом детерминирует ход судебного разбирательства, и ее итоги делают предсказуемым итоговое судебное решение по уголовному делу. Это подтверждается и тем, что объем уголовного обвинения формулируется в ходе досудебного производства и в суде уже не может быть изменен произвольно, особенно в сторону увеличения или отягощения.

В уголовном процессе англосаксонских стран основной, определяющей стадией уголовного процесса является судебное разбирательство. Реализация принципа «чистой состязательности» в указанных государствах привела к тому, что сторона обвинения не обязана исследовать допустимость своих

доказательств и обеспечить представление в суд лишь доказательств, полностью соответствующих требованиям закона. Напротив, исключительно в интересах стороны защиты – обратить внимание суда на несоответствие доказательств закону, в противном случае доказательство будет принято, поскольку отсутствовали возражения против его признания. В связи с этим весьма справедливо мнение о том, что «одной из самых важных задач защитника является вовремя заявить об исключении доказательств, представляемых обвинением, по мотиву их недопустимости»¹.

Ввиду данного обстоятельства, англосаксонский уголовный процесс более казуистичен при решении вопроса о допустимости отдельных видов доказательств, так как вопросы допустимости доказательств на стадии судебного разбирательства возникают у них чаще, чем в российском уголовном процессе.

Разные требования к формализации доказательств на стадии предварительного расследования связаны и с тем, что любые сведения в уголовном процессе Англии, а в особенности в США должны представляться через показания свидетеля, то есть полицейский, проводивший обыск, будет непременно допрошен в суде в качестве свидетеля, и единственная его задача – наиболее полно изложить картину, которую он наблюдал: «детективы и полицейские допрашиваются в качестве свидетелей, которые должны описать все, что происходило при расследовании преступления»².

То же самое касается и вещественных доказательств, которые вводятся в уголовный процесс через показания лиц, их обнаруживших, ввиду чего свидетелю достаточно лишь полно описать предмет для того, чтобы можно было установить, что вещь, представляемая в суд – та самая, которую полицейский изъял при обыске в доме подсудимого.

Зарубежные исследователи отмечают, что суд при решении вопроса о допустимости вещественных доказательств, по сути, проводит подобие

¹ Gaines Larry K., Miller Roger L. Criminal Justice in Action. – 7th ed. – Belmont, 2013. – P. 332 – 333.

² Hails J. Criminal Procedure: A Case Approach. 8th ed. – Long Beach, 2003. – P. 243.

опознания – представитель силовых структур должен описать предмет, изъятый им, в достаточной мере, чтобы его идентифицировать¹. Разумеется, существуют и дополнительные требования к обеспечению сохранности и неизменности вещественных доказательств (например, запечатывание в пакет), но и в этом случае полицейский обязан подтвердить, что именно он запаковал предмет в пакет и, как видно по состоянию упаковки, с тех пор ее никто не вскрывал.

Напротив, содержание протокола следственного действия редко проверяется российскими судами путем допроса следователя, в конечном итоге, его присутствие в суде необязательно, записи, производимые на досудебной стадии, являются полноценными и самостоятельными доказательствами при условии соблюдения определенных формальных требований (указание даты, времени следственного действия, производство его надлежащим лицом, если требуется – в присутствии понятых и на основании судебной санкции). По мнению Т.М. Червонной и Н.Ю. Волосовой, «допрос дознавателей и следователей в судебном заседании возможен по процедуре производства следственных действий»², следовательно, в этом возникает необходимость, если есть сомнения в соблюдении закона при производстве следственных действий.

Вещественные доказательства, приобщенные к делу постановлением следователя (дознавателя), по общему правилу, принимаются и исследуются судом без выяснения обстоятельств их получения.

Ввиду указанного различия двух видов процесса, официальное исследование допустимости доказательств в англосаксонской системе права возможно лишь на стадии судебного разбирательства, тогда как в соответствии со ст. 74 УПК РФ, сведения, приобщаемые к делу на

¹ See: Hess K. M., Hess O. Ch. Management and Supervision in Law Enforcement. 6th ed. – Clifton Park, 2007. – P. 83.

² Червонная Т.М., Волосова Н.Ю. О возможности допроса дознавателей и следователей в качестве свидетелей по уголовному делу // Российская юстиция. – 2008. – № 9. – С. 59.

досудебной стадии, являются полноценными доказательствами, в том числе, подлежащие проверке на допустимость.

На основании данных принципиальных различий между моментами исследования вопроса допустимости доказательства мы выделяем следующие процессуальные ситуации, в которых возможно разрешение данного вопроса.

1. Исследование допустимости доказательств при их обнаружении.

О необходимости тщательного отбора сведений на стадии обнаружения доказательств говорят и иностранные исследователи: «даже обладая неограниченными ресурсами, следователь должен решить трудную задачу, какие факты следует устанавливать при расследовании, а какие – нет»¹. Вместе с тем, на данной стадии процесса очертания преступления настолько неясны, что приходится отрабатывать сразу множество версий происшедшего, при этом, разумным может стать другой совет лицу, ведущему расследование: «не думайте, что Ваше внимание тратится на незначащие детали, какие-то из них могут стать ключевыми»².

Самый простой способ решения вопроса о допустимости сведений на досудебной стадии является общим для всех правовых систем. Речь идет об игнорировании тех сведений, которые потенциально являются недопустимыми доказательствами, при их обнаружении. В России адвокат, представлявший ранее интересы подозреваемого в уголовном деле, исключается из списка лиц, которые могут быть допрошены об обстоятельствах данного дела, в силу п. 2 ч. 3 ст. УПК РФ. В странах англосаксонской системы права полицейские, даже установив тактически благоприятную ситуацию для обыска, не проводят его, поскольку у них отсутствует судебное решение, санкционирующее производство обыска. В обоих случаях обнаруженное доказательство процессуально не оформляется, а содержащиеся в них сведения в уголовном процессе не фигурируют.

¹ Tong S. Assessing Performance: Quantity or Quality? // Understanding Criminal Investigation. – Oxford, 2009. – P. 150.

²Hess K. M., Hess O. Ch. Management and Supervision in Law Enforcement. Op. cit. – P. 171.

2. Исследование допустимости доказательств со стороны обвинения при передаче дела в суд. В уголовном процессе многих стран при решении вопроса о передаче дела в суд предполагается контроль за качеством произведенного расследования со стороны несудебного органа, не принимавшего непосредственного участия в раскрытии и расследовании преступления.

Так, в соответствии с ч. 3 ст. 88 УПК РФ, прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт. При этом, решение об исключении доказательства из материалов дела является процессуальным.

Государственный обвинитель (прокурор) в США, рассматривая материалы, поступившие от полицейского органа, имеет право усмотрения (дискреции) в вопросе об официальном выдвижении уголовного обвинения в суд. При этом, желательно (но отнюдь не обязательно) с тактической точки зрения не передавать в суд те доказательства, которые очевидно будут признаны недопустимыми¹. Официально он не обязан этого делать, однако это признается разумным для достижения процессуальной цели. Определенный диссонанс в позиции полиции и государственного обвинителя вызван тем, что «полиция и прокурор имеют разные цели в уголовном процессе. Для полиции дело завершено тогда, когда подозреваемый арестован, однако для прокурора важно выиграть в суде»².

Во Франции предусмотрена более усложненная процедура, так, согласно ст. 173 УПК Франции, если следственный судья придет к убеждению, что какое-либо процессуальное действие совершено с нарушением законодательства, он направляет запрос об аннулировании его результатов в следственную палату, уведомив об этом прокурора и стороны.

¹ Scheb John M., Scheb John M. II. Criminal Law and Procedure. 7th ed. – 2011. – P. 524.

² Neubauer David W., Fradella Henry F. America's Courts and Criminal Justice System. – 11th ed. – Belmont, 2011. – P. 167.

Если прокурор полагает, что результаты следственного действия недействительны, он запрашивает у следственного судьи материалы дела, направляет запрос об их аннулировании в следственную палату, уведомив об этом стороны.

В странах англосаксонской системы права данный вид контроля допустимости доказательств во многом является решающим по делам о преступлениях небольшой тяжести, так как судебная стадия по таким делам зачастую является лишь формальностью. По свидетельству американского ученого, «поскольку большинство судов перегружено, суд не может уделить каждому делу достаточно внимания... любое лицо, представшее перед судом, уже виновно, поскольку сомнительные с точки зрения доказательств дела уже были отсеяны полицией и прокурором»¹.

При этом отмечается, что «на полицейские органы возложено двойное бремя – по надлежащему собиранию доказательств и последующему контролю их допустимости»².

Вместе с тем, в данном случае исключение доказательств из материалов дела является односторонним и происходит без участия стороны защиты. Можно сделать вывод, что во внесудебной правоохранительной деятельности по уголовно-процессуальному доказыванию заложены механизмы самоконтроля, позволяющие своевременно исключить из материалов дела недопустимые доказательства.

3. Контроль стороны защиты за допустимостью доказательств. На данной стадии российского уголовного судопроизводства сторона защиты, чаще всего, не имеет возможности активно участвовать в доказательственном процессе.

Однако при производстве следственных действий с участием обвиняемого (в том числе, при допросе, производстве обыска, выемки,

¹ Cole G. F., Smith C. E. The American System of Criminal Justice. 11th ed. – Belmont, 2007. – P. 407.

² Bicak V. A. A Comparative Study of the Problem of the Admissibility of Improperly Obtained Evidence. PhD Thesis. – Nottingham: University of Nottingham, 1995. – P. 90.

следственного эксперимента, наконец, если в порядке ст. 198 УПК РФ стороне защиты разрешено присутствовать при производстве экспертизы) возможен контроль за правильностью собирания и фиксации доказательств.

При этом, у стороны защиты в силу ч. 4, 6 ст. 166 УПК РФ есть право внести в протокол следственного действия замечания и заявления в отношении произведенного следственного действия.

4.1.2. Легитимность использования результатов негласной розыскной деятельности

В большинстве государств наряду с официальным расследованием выделяется негласная розыскная деятельность, менее регламентированная и преследующая, по большей части, не цель расследования уже совершенных преступлений, а предотвращение их совершения.

Зарубежные исследования в сфере социологии полиции подтвердили, что для полицейских криминальный мир является «врагом», а оперативная деятельность представляется в военных терминах (операция, стычка, захват). В связи с преобладанием милитаристской мотивации у лиц, непосредственно ведущих негласную, оперативную деятельность формируется система ценностей, ориентированная не на соблюдение процессуальных норм и правил, а на достижение «победы» (задержание преступника, пресечение преступления) любым способом (на войне, как говорится, любые средства хороши)¹. Полагаем, что подобные психологические установки свойственны для сотрудников полиции всех государств.

Взаимодействие результатов оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности может происходить в рамках следующих моделей.

Первая из них касается того случая, когда предварительная оперативно-розыскная деятельность и уголовно-процессуальное доказывание

¹ Crank J.P. Understanding Police Culture. 2nd ed. – Dayton, 2004. – P. 123.

могут иметь настолько различные цели и регламентацию, что не пересекаются друг с другом. Характерным примером является уголовный процесс ФРГ, в котором на судебной стадии предполагается «строгое» доказывание с четким соблюдением процессуальных норм, тогда как на стадии предварительного расследования допускается «свободное» доказывание, в процессе которого «не применяются предусмотренные законом доказательства и не требуется соблюдение правил их использования... целью свободного доказывания является только вероятность устанавливаемых фактов»¹. При этом сведения, ставшие известными в ходе негласных мероприятий, необходимо продублировать путем уголовно-процессуального доказывания, иначе они будут недопустимыми доказательствами по уголовному делу.

Во втором случае имеется определенное дистанцирование между уголовно-процессуальной и оперативной деятельностью, но сведения, полученные оперативным путем, могут быть вовлечены в поле зрения уголовного правосудия без дополнительной верификации, если при их получении были соблюдены правила собирания доказательств, установленные уголовно-процессуальным законом.

В третьем случае между оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью нет формальной разницы. Указанные виды мероприятий различаются по цели их осуществления (для охраны общественного порядка и безопасности или для расследования уже совершенных преступлений).

Ряд авторов при этом указывают на необходимость установления пределов оперативно-розыскных действий, направленных на «контролируемое» совершение преступления («контрольная закупка» и т.д.), при этом, делается совершенно правильный вывод о том, что контролируемые оперативно-розыскные мероприятия, осуществляемые с

¹ Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. – М.: СПАРК, 1994. – С. 28.

целью установления преступления и изобличения виновных лиц являются правомерным средством в противодействии преступлениям, особенно коррупционной направленности»¹.

По правильному утверждению В.С. Соркина, «лишь в ходе взаимодействия и сочетания оперативно-розыскных и процессуальных функций в уголовном деле можно добиться конечной цели, определяемой уголовно-процессуальным законом, а именно: раскрытия преступлений и изобличения лиц, виновных в их совершении»².

Уголовное расследование в США представляет собой деятельность полицейских органов, ближайший отечественный аналог которой – оперативно-розыскная деятельность. Несмотря на жесткие требования, связанные с вмешательством в личную жизнь граждан, само по себе расследование не имеет формальных рамок, а полицейские «полевые» записи (*reports*) не являются «протоколами» (то есть процессуальными документами) по смыслу требований, предъявляемых к ним в России уголовно-процессуальным законодательством. Единственное требование, выработанное, скорее, не законом, а практикой, – не включать в записи не относящихся к делу сведений: «не включайте в записи информации, не имеющей отношения к расследованию, например, номер телефона друга... такая информация может служить поводом для обвинения вас в непрофессионализме в ходе исследования записей в судебном заседании»³.

Как мы уже отмечали, все доказательства в уголовном процессе США вводятся в судебный оборот через свидетельские показания, что привело к тому, что полицейские становятся «профессиональными свидетелями» – их главная задача – не только зафиксировать вещественные доказательства, но и грамотно представить их перед судом, рассказав историю их обнаружения и

¹Шмонин А.В., Семькина О.И. Провокация преступлений со стороны правоохранительных органов: сравнительный анализ российского и зарубежного законодательства // Журнал российского права. – 2013. № 7. – С. 81.

² Соркин В.С. Особенности процессуального доказывания в уголовном судопроизводстве. – Гродно: ГрГУ: 2002. – С. 81.

³ Hess K. M., Hess O. Criminal Investigation. 9th ed. – 2010. – P. 42.

фиксации, ответить на ряд вопросов со стороны защиты (поскольку защита заинтересована в том, чтобы поставить под сомнения результаты поисковых действий на досудебной стадии).

Определенный положительный момент в такой ситуации заключается в том, что нет необходимости в специальной письменной формализации уголовного расследования, при этом, правила о собирании, фиксации и сохранении в неизменном виде вещественных доказательств (опечатывание, изъятие образцов, фотографирование) почти такие же, как в странах континентальной системы права.

В уголовном процессе Англии результаты оперативной деятельности допускаются в качестве доказательств, если доказана их подлинность. При этом, на их использование не влияют возможные нарушения прав иных лиц, в отношении которых не ведется уголовное преследование. Так, по делу Чэлки (*R vs Chalkey, 1998*) сведения, полученные с помощью записывающего устройства, незаконно размещенного в частном доме, не были исключены из числа доказательств, поскольку использовались не против домовладельца, чьи права были бы нарушены такой записью, а против другого лица¹.

Проблема использования результатов негласного наблюдения в уголовном процессе возникает там, где, во-первых, существует «официальное» досудебное производство по уголовному делу, а во-вторых, где требования, предъявляемые к доказательствам, выше, чем требования, предъявляемые к информации, собираемой при негласных мероприятиях.

В любом случае, проблема успешно разрешается установлением приоритета требований уголовно-процессуального законодательства ко всем представляемым по делу доказательствам. По данному пути пошел и отечественный законодатель.

¹ See: Choo Andrew L.T. Evidence. 3rd ed. – Oxford, 2012. – P. 175.

§ 4.3. Реализации института допустимости доказательств в судебном порядке

4.3.1. Процессуальные особенности реализации института допустимости доказательств в суде

В отношении доказательств, так же, как и в отношении признаваемых фактов, в зарубежных странах могут заключаться процессуальные сделки: так, в Италии, где суд первоначально не располагает сведениями о числе и существо обвинительных доказательств, находящихся в «досье обвинения», «перед судом (или после открытия судебного слушания) защитник и обвинитель могут заключать сделку, какие доказательства из «досье обвинения» будут предъявлены суду»¹, в связи с чем в итальянском уголовном процессе появляется новая категория «неиспользованных» доказательств, которые формально являются недопустимыми, поскольку не предъявлялись суду и не были положены в основу обвинения. Похожая ситуация, связанная с «торговлей» объемом обвинения, нередко возникает в судах США, при этом доказательства совершения «не вменяемого» деяния остаются невостребованными, в связи с чем, судом не рассматриваются и в основу уголовно-процессуального решения не полагаются.

4.3.2. Реализация института допустимости доказательств в судебной деятельности

1. Исследование допустимости доказательств в предварительном судебном заседании. Одним из вопросов, подлежащих рассмотрению в предварительном судебном заседании, может являться допустимость доказательств. Данный вопрос разрешается путем заявления стороной

¹ Maffei S. Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure // Journal of International Criminal Justice. Oxford University Press. – 2004. № 2. – P. 1058.

ходатайства об исключении доказательства в порядке ст. 235 УПК РФ. При этом, в соответствии со ст. 23 УПК РФ, если суд принял решение об исключении доказательства, то данное доказательство теряет юридическую силу и не может быть положено в основу приговора или иного судебного решения, а также не должна исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства.

В отличие от российского уголовного процесса, в США исследованию вопроса о допустимости доказательств посвящена отдельная стадия судебного разбирательства, именуемая «слушание о предотвращении [недопустимых доказательств]» (*suppression hearing*). Целью данной стадии является именно решение вопроса о допустимости доказательств. Ее значение повышается и вследствие того, что «законодательство большинства штатов предписывает стороне защиты заявить о недопустимости доказательства на стадии *suppression hearing*, если ей известно о нарушениях закона при собирании доказательства (в частности, незаконное производство обыска)... Стороны могут более успешно сформировать свою позицию в суде, если заранее знают, какие доказательства не подлежат исследованию судом»¹. Сторона, ставящая вопрос о недопустимости доказательства, излагает правовую аргументацию данной позиции, а после заслушивания мнения другой стороны суд выносит процессуальное решение о невозможности ссылаться на данное доказательство при рассмотрении дела по существу. На данной стадии в уголовном процессе США впервые вопрос о допустимости доказательства может быть поставлен и разрешен официально, с обязательным заслушиванием мнения обеих сторон. Существуют позиции, что такой порядок необходим и для российского уголовного процесса: «вопрос о допустимости доказательств должен разрешаться только с участием сторон, а это возможно по действующему законодательству исключительно в судебном заседании»².

¹ Hails J. Criminal Evidence. Op. cit. – P. 26.

² Соколов А. Указ. соч. – С. 15.

2. Исследование допустимости доказательств в судебном заседании при рассмотрении дела по существу. В ходе рассмотрения дела по существу стороны вправе заявить ходатайство о признании доказательства недопустимым в силу ч. 4 ст. 88 УПК РФ. При этом А.А. Васяев обращает внимание на то, что «такое ходатайство должно быть рассмотрено судом немедленно, недопустимо отложение его разрешения «на потом»¹.

Вообще, для сторон уголовного процесса было бы выгодным заранее выяснить мнение суда относительно допустимости представленных в дело доказательств – это помогает выстроить процессуальную стратегию. В США одно из положений правила Доуберта, применяемого при определении допустимости экспертного исследования, устанавливает, что «судья должен дать предварительную оценку допустимости таких доказательств в суде»², ввиду чего стороны в судебном следствии уже знают, будет ли экспертное заключение учитываться при вынесении решения по существу дела.

Кроме того, на данной стадии возможна и «реабилитация» доказательств как предусмотрено ч. 7 ст. 23 УПК РФ, при рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым. По мнению В.В. Золотых, в некоторых ситуациях «председательствующий вправе действовать оперативно, без согласования своей позиции со сторонами, что допустимо, например, при устранении ответов на наводящие вопросы»³, что также является принятием процессуального квазирешения о допустимости доказательств.

В отличие от российского уголовного процесса, решение американского суда в отношении доказательства является для него окончательным и не подлежит пересмотру тем же судом⁴. Такую позицию

¹ Васяев А.А. Признание доказательств недопустимыми в ходе судебного следствия в суде первой инстанции в российском уголовном процессе. – М., 2010. – С. 83.

² Кубанцев С.П. Полиграф: законодательная регламентация и перспективы использования // Адвокат. – 2013. № 9. – С. 34.

³ Золотых В.В. Указ. соч. – С. 251.

⁴ Nails J. Criminal Evidence. Op. cit. – P. 244.

следует признать более последовательной. Кроме того, в США важным является своевременность заявления стороны о недопустимости доказательства, в частности, протест (*objection*) в отношении вопроса, заданного свидетелю, можно заявить лишь до того, как свидетель начал отвечать.

Уголовное судопроизводство Франции не предполагает стадию предварительного слушания, однако УПК Франции в ст. 385 устанавливает, что любые возражения относительно допустимости доказательств должны быть заслушаны и разрешены до начала рассмотрения дела по существу.

В Китае суд по собственной инициативе может осуществить проверку сомнительных доказательств, назначить экспертизу, вызвать новых свидетелей, произвести расследование, причём, производство по основному делу приостанавливается (ст. 158 УПК КНР).

При этом, ст. 162 УПК КНР предусмотрено особое основание для постановления оправдательного приговора – ввиду недостаточности доказательств, следовательно, невиновность подсудимого в этом случае ставится под сомнение недоказанностью обвинения.

3. Исследование и оценка допустимости доказательств судом при вынесении итогового судебного решения. Российским процессуальным законом на суд возложена обязанность указать в приговоре мотивы, по которым он отвергает доказательства той стороны, не в пользу которой состоялось итоговое судебное решение (п. 4 ч. 1 ст. 305, п. 2 ст. 307 УПК РФ). Если вопрос о допустимости доказательства не поставлен сторонами, то для суда, тем не менее, остается возможность оценить их в итоговом судебном решении.

Суд в США не мотивирует принятое решение по существу спора, оглашая лишь назначенное наказание, ввиду чего лишается возможности оценить допустимость доказательств на данной стадии.

Итоговая оценка допустимости доказательств особенно важна при постановлении оправдательного приговора: «в случаях, когда доказательства

обвинения были собраны при существенных нарушениях процессуального закона, суд в оправдательном приговоре обязан указать на это и признать такие доказательства недопустимыми»¹.

В Чехии (§ 125 УПК), в мотивировке приговора суд обязан коротко и ясно объяснить, какие факты он счел доказанными и на каких доказательствах основывает свои фактические установления, существование каких фактов считает с учётом результатов доказывания исключенными или сомнительными, какими соображениями руководствовался при оценке приведенных доказательств, в частности, поскольку они противоречат друг другу, и почему не удовлетворил ходатайства об исследовании дальнейших доказательств².

4. Исследование допустимости доказательств судами ревизионных инстанций. О важности исследования допустимости доказательств судами ревизионных инстанций писал М.М. Михеенко: «в стадиях кассационного и надзорного производства в соответствии с задачами этих стадий производится преимущественно проверка и оценка доказательств и их источников»³.

Неверная оценка судом допустимости доказательств по делу может являться основанием к пересмотру приговора судом второй инстанции лишь в том случае, если нарушение норм процессуального права повлияло или могло повлиять на постановление законного, обоснованного и справедливого приговора (ч. 1 ст. 381 УПК РФ).

Например, в Англии «апелляционный суд обладает полномочиями возвращать дело на повторное рассмотрение в случае удовлетворению апелляционной жалобы по основанию допустимости доказательств»⁴,

¹Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. – М.: Проспект, 2009. – С. 75.

²Цит. по: Уголовно-процессуальное законодательство Чешской республики / Сост. Л.В. Майорова. – Красноярск, 1999. – С. 85.

³Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном процессе. – Киев, 1984. – С. 36.

⁴Стойко Н.Г., Шагинян А.С. Уголовный процесс Англии и Уэльса, Бельгии и Дании: сравнительно-правовой аспект. – Красноярск, 1997. – С. 68.

следовательно, суд апелляционной инстанции в данном случае не может восполнить ошибку суда первой инстанции.

В уголовном процессе США обжалование итогов судебного разбирательства по мотивам недопустимости является более успешным. Большинство отмен решений суда первой инстанции базируется именно на неправильной оценке судом первой инстанции допустимости доказательств.

В рамках данной главы мы рассмотрели вопрос о правовой сущности института признания доказательства недопустимым и пришли к выводу, что данный институт является процессуальной санкцией за нарушение правил допустимости доказательств.

Кроме того, мы обозначили ключевые моменты решения вопроса о допустимости доказательств на досудебной и судебной стадии уголовного процесса России и зарубежных стран, рассмотрели процессуальные сходства и различия процедур, применяемых в данном случае. Сходства вытекают из общих демократических и состязательных начал уголовного процесса в цивилизованных странах, различия же обусловлены различием правовых систем и процессуальной традиции.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рассмотрев вопросы, связанные с понятием и различными подходами к реализации допустимости доказательств в уголовном процессе России и зарубежных государств, мы приходим к следующим выводам.

Допустимость доказательств – система требований, которые позволяют использовать доказательство как аргумент в уголовно-правовом споре и обеспечивают его однозначность, неизменность, соответствие действительности. В этом значении допустимость доказательств является гарантией обеспечения правоохранительной деятельности в уголовном процессе.

В диссертационном исследовании изложен авторский подход к методологии сравнительно-правового исследования, акцентировано внимание на необходимости использования лингвистических методов в юриспруденции, поскольку предметом правового исследования являются тексты нормативных актов, их анализ, сравнение и толкование.

Приведен исторический обзор положений о допустимости доказательств в отечественном праве, при этом особенно интересными представляются сведения о наличии зачаточных казуальных правил допустимости доказательств в российском праве до 1864 года.

Детально проанализированы установления первых десятилетий советской власти. Приведены воззрения на допустимость доказательств советских и современных ученых.

Охарактеризовано понимание допустимости доказательств в странах континентальной и общей системы права, выделены характерные признаки и различия реализации данного института уголовно-процессуального права в науке и практике правоохранительных органов зарубежных государств.

Разработаны основные положения теории реализации допустимости доказательств в уголовном процессе, предложено введение в научный оборот новой категории «реализация допустимости доказательств», указаны

предпосылки для этого, признаки и значение данной категории для деятельности правоохранительных органов.

В рамках теории реализации допустимости доказательств выделено два подхода к реализации допустимости доказательств в конкретных уголовно-процессуальных системах: формализованный и материальный, и их значение для правоохранительной деятельности.

Основанием для данной классификации являются правовые средства, с помощью которых в уголовно-процессуальном законе конкретного государства устанавливаются требования к допустимости доказательств.

В диссертационном исследовании рассмотрены составляющие формализованного и материального подхода к допустимости доказательств, которые сопровождаются анализом норм отечественного и зарубежного законодательства.

Формализованный подход к допустимости означает придание доказательству юридической силы путем сообщения ему ряда формальных реквизитов безотносительно к содержанию. Российское уголовно-процессуальное право исходит из концепции формализованной допустимости, поскольку УПК РФ условием допустимости считает соблюдение требований процессуального закона (ч. 3 ст. 7), а данные требования, по большей части, относятся к форме доказательств.

Однако присутствуют немногие элементы материального подхода к допустимости доказательств, когда нормативно регулируется, какие именно сведения по существу могут быть исследованы в уголовном процессе. К таким правилам, в частности, относится запрет на исследование в суде присяжных обстоятельств, создающих негативное предубеждение у присяжных.

Основными причинами возникновения формализованного подхода к допустимости доказательств являются большой временной промежуток между отысканием и фиксацией доказательства и представлением его в суд, а

также монополия стороны обвинения на собирание доказательств на стадии предварительного расследования.

В работе раскрыты основные положения формализованного подхода к реализации допустимости доказательств, особое внимание уделено проблеме информирования непрофессиональных участников уголовного судопроизводства об имеющихся у них процессуальных правах, проведен сравнительный анализ положений отечественного закона и правил Миранды, применяющихся в США.

Материальный подход к допустимости доказательств характеризуется тем, что требования, в зависимость от которых поставлена возможность исследования доказательства в суде, касаются содержания доказательства. Так, в силу установлений англосаксонского права, нельзя использовать доказательства, создающие предубеждение против обвиняемого в силу своего эмоционального воздействия (например, красочные фотографии сцены убийства), диффамирующие сведения (информация о прошлых судимостях, алкогольной или наркотической зависимости). При этом, стороны уголовного процесса равноправны в поиске и собирании доказательств, поскольку для приобщения сведений к материалам дела необходимо судебное постановление, сторона обвинения не вправе самостоятельно придавать сведениям статус доказательства.

Становлению материальной допустимости способствовал целый ряд обстоятельств: требование к максимальной непосредственности восприятия доказательств, равнозначность сторон в процессе, высокий уровень технического окружения человека (один и тот же факт может быть установлен с помощью нескольких независимых источников), существование надежных систем фиксации информации, недоступных для последующего изменения.

Существующее в российском уголовном процессе гипертрофирование формы доказательства представляется чрезмерным: судопроизводство излишне привязано к бумаге, невозможно вынесение обвинительного

приговора из-за формальных ошибок в доказательствах (заведомо виновный оправдывается), нет частной инициативы в доказывании, поскольку придание сведениям статуса доказательства находится в компетенции публичных органов.

Принимая во внимание недостатки господствующего формализованного подхода к допустимости доказательств, мы предлагаем нивелировать их с помощью введения в российский уголовный процесс элементов материального подхода, в частности, к таковым относятся:

1) Ликвидация необоснованных препятствий в процессе признания сведений доказательствами;

2) Выработка правил об использовании производных доказательств, в том числе, и показаний с чужих слов;

3) Установление правил использования диффамирующей информации в процессе;

4) Доказывание некоторых обстоятельств только через определенные средства доказывания;

5) Закрепление на уровне Постановления Пленума Верховного Суда РФ признания допустимости доказательств, полученных в иностранных государствах по правилам иностранного закона в рамках судебного поручения.

В работе приводится правовая аргументация того, что признание доказательства недопустимым по правовой природе является уголовно-процессуальной санкцией. Изучены процедуры проверки допустимости доказательства на досудебной и судебной стадии уголовного процесса, проанализирована деятельность правоохранительных органов и судов по установлению допустимости уголовных доказательств.

Полагаем, что вопрос о допустимости доказательств рамками данного диссертационного исследования не исчерпывается, ввиду чего работа над данной темой может быть продолжена и в дальнейшем.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК:**Российские нормативные акты и судебная практика:**

1. Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам. Заключена в г. Страсбурге 20.04.1959 г. Ратифицирована Федеральным законом от 25.10.1999 г. № 193-ФЗ с оговорками и заявлениями // СЗ РФ. – 2000. № 23. – Ст. 2349.
2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) // Российская газета. – 1993.
3. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 54 (1). Ст. 4921.
4. Федеральный закон от 26.09.1997г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях», с изменениями от 01.07.2011 г. // СЗ РФ. – 1997. – № 39. – Ст. 4465.
5. Договор между Российской Федерацией и Республикой Индией о взаимной правовой помощи по уголовным делам. Подписан в г. Дели 21.12.1998 г. // СЗ РФ. – 2000. – № 28. – Ст. 2884.
6. Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств - участников СНГ (принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ от 17 февраля 1996 г.) // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» по состоянию на 01.10.2014 г.
7. Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 г. № 108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2003. – № 21. – Ст. 2060.
8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // БВС РФ. – 1996. – № 1.

9. Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 01.10.2013 г. № 50-АПУ13-23 // СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 25.01.2014 г.
10. Определение Санкт-Петербургского городского суда от 28.09.2010 г. № 22-5544/10 // СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 10.01.2014 г.
11. Приговор Оренбургского областного суда от 09.06.2010 г. по делу № 2-51/2010 // Архив Оренбургского областного суда. Дело № 2-51/2010.
12. Приговор Оренбургского областного суда от 26.03.2014 г. по делу № 2-17/2014 // Архив Оренбургского областного суда. Дело № 2-17/2014.
13. Приговор Ленинского районного суда города Оренбурга от 01.02.2010 г. по делу 1-46/2010 // Архив Ленинского районного суда города Оренбурга. Дело № 1-46/2010.
14. Приговор Ленинского районного суда города Оренбурга от 03.11.2010 г. по делу 1-565/2010 // Архив Ленинского районного суда города Оренбурга. Дело № 1-565/2010.
15. Декрет ВЦИК. О Народном суде РСФСР (Положение). 30.11.1918 г. № 889 // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 06.12.1918. № 85. Отдел первый.
16. Декрет ВЦИК. О суде. (Декрет № 1). 24.11.1917 г. // Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства. – 24.11.1917. № 17.
17. Декрет ВЦИК. О суде. (Декрет № 2). 20.02.1918 г. (по ст.ст.) № 347 // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 22.02.1918. № 26. Отдел первый.
18. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Утвержден постановлением ВЦИК от 15.02.1923 г. // Известия ВЦИК. – 18.02.1923. – №. 37.
19. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Принят третьей сессией ВС РСФСР пятого созыва 27.10.1960 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. – 1960. № 40. – Ст. 592.

20. Постановление Народного Комиссариата Юстиции. Об организации и действии Местных Народных Судов (Инструкция). 23.07.1918. № 597 // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 25.07.1918. № 53. Отдел первый.
21. Договор Руси с Византией 911 г. (в переводе на русский язык) // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952.
22. Договор Руси с Византией 944 г. (в переводе на русский язык) // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952.
23. Русская Правда (краткая редакция) в переводе на русский язык // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952.
24. Русская Правда (пространная редакция) в переводе на русский язык // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 1. Памятники права Киевского государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1952.
25. Новгородская судная грамота // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 2. Памятники права феодально-раздробленной Руси. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1953.
26. Псковская судная грамота (в переводе на русский язык) // Памятники русского права. Под ред. С.Ф. Юшкова. – Вып. 2. Памятники права феодально-раздробленной Руси. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1953.
27. Судебник 1497 г. в переводе на русский язык // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 3. Памятники права периода

- образования русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1955.
28. Соборное уложение 1649 г. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 6. Соборное уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1957.
29. Судебник 1550 г. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 4. Памятники права периода укрепления русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1956.
30. Судебник 1589 г. // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 4. Памятники права периода укрепления русского централизованного государства. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1956.
31. Уставная книга Разбойного приказа 1616–1617 гг. . // Памятники русского права. Под ред. Л.В. Черепнина. – Вып. 5. Памятники права периода сословно-представительной монархии. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1959.
32. Устав воинский. Краткое изображение процессов или судебных тяжб. 30.03.1716 г. // Памятники русского права. Под ред. К.О. Софроненко. – Вып. 8. Законодательные акты Петра I. – М., Государственное издательство юридической литературы, 1961.
33. Устав уголовного судопроизводства 20.11.1864 г. / На подлинном собственной его императорского величества рукой написано: «Быть по сему» // Российское законодательство X–XX веков. В 9 тт. Т. 8. Судебные реформы. – М.: Юрид. лит., 1989.

Зарубежные нормативные акты и судебная практика:

34. Judgment of European Court of Human Rights of 26.03.1996. Case of Doorson v. The Netherlands. Application no. 20524/92 // Собрание решений Европейского суда по правам человека [Сайт]. URL: <
35. Police and Criminal Evidence Act 1984 // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Соединенного Королевства [Сайт]. URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>> (Дата обращения: 20.09.2015).
36. Code de procédure pénale de France. Loi n° 2000-516 de 15.06.2000. // Journal Officiel. – 2000. 16 Juin. – Art. 1.
37. Code of criminal procedure of State North Carolina. Inserted by Law no. 2000-516 of 15 June 2000 Article 1 // Official Journal. – 2000. – 16 June.
38. Federal Rules of Evidence. Act of Jan. 2, 1975, Pub. Law №. 93 – 595.
39. Акт о доказательствах Индии /The Indian Evidence Act. 15th March, 1872 // Электронный источник [Сайт]. URL:<<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVs dGRvbWFpbnxrbWxzYXJjaGl2ZTF8Z3g6YTEwZWQ5YjI4OWI0ZjBm>> (Дата обращения: 01.05.2014).
40. Конституция Бразилии / Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgação em 05.10.1988. –Publicação no DOU de 05.10.1988.
41. Уголовно-процессуальный кодекс Исламской республики Иран // Islamic Republic of Iran’s Criminal Code of Procedure for Public and Revolutionary Courts. 19.09.1999. В переводе на английский язык. // Сайт Центра по защите прав человека в Иране. URL: <<http://www.iranhrdc.org/english/english/human-rights-documents/iranian-codes/1000000026-english-translation-of-the-islamic-republic-of-irans-criminal-code-of-procedure-for-public-and-revolutionary-courts.html#.UtqvIdInrWQ>> (Дата обращения: 18.01.2014).

42. Уголовно-процессуальный кодекс Китайской народной республики // Criminal Procedure Law of People's Republic of China. Adopted on 1 of January, 1997. На английском языке // Электронный источник [Сайт]. URL: <<http://www.china.org.cn/english/government/207334.htm>> (Дата обращения: 01.05.2014).
43. Уголовно-процессуальный кодекс Королевства Испании / Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. // La Gaceta. – 1882. 17 de Septiembre.
44. Уголовно-процессуальный кодекс Королевства Норвегии / Criminal Procedure Act of Norway. Act of 22 May 1981 № 25. На английском языке. Перевод Роналда Валфорда // Электронный источник [Сайт]. URL:<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/profiles/norwayCriminalProcedureCode_en.asp> (Дата обращения: 01.05.2014).
45. Уголовно-процессуальный кодекс Мексиканских Соединенных штатов / Código federal de procedimientos penales. 30.08.1934. Última Reforma DOF 19.08.2010. // Diario Oficial de la Federación. – 30.08.1934.
46. Уголовно-процессуальный кодекс Пакистана. / Pakistan Code of Criminal Procedure. Act №. V, 1 July 1898. В переводе на английский язык. // Электронный источник [Сайт]. URL: RefWorld.<<http://www.refworld.org/docid/48511ea62.html>> (Дата обращения: 18.01.2014).
47. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Аргентины. / Código procesal penal de la República Argentina. Ley N° 23.984. 04.09.1991. – Boletín Oficial de la República Argentina. – 29.11.1991.
48. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V ЗРК // Казахстанская правда. – 2015. 10 июля. – № 133 (27754).
49. Уголовно-процессуальный кодекс Сингапура / Criminal Procedure Code of Singapore. Act 15 of 2010. English Translation. // Электронный источник [Сайт]. URL:

- <http://iccdb.webfactional.com/documents/implementations/pdf/Singapore-Criminal_Procedure_Code_English.pdf> (Дата обращения: 01.05.2014).
50. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдовы № 122 от 14.03.2003г. // Monitorul Oficial. – 07.06.2013. – № 104-110.
51. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. На английском языке. Перевод Брайана Даффета и Моники Эбингер / Strafprozeßordnung. 07.04.1987. // Электронный источник [Сайт]. URL: < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html> (Дата обращения: 01.05.2014).
52. Уголовно-процессуальный кодекс Японии /The Code of Criminal Procedure of Japan. Act .№ 131 of 1948. На английском языке. // Электронный источник [Сайт]. URL: < <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814489.pdf>> (Дата обращения: 01.05.2014).
53. *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436, 16 L.Ed. 2d 694, 86 S.Ct. 1602 (1966).
54. *Omychund v Barker* (1745) // *English Reports*. – Lnd, 1926. – Vol. 15. – P. 33.
55. *R vs Lewis*. [1979] 2 S. C.R. 821.
56. *Trammel v United States* – 44 U.S. 40(1980), 51.

Монографии:

57. Александров А.С., Фролов С.А. Относимость уголовно-процессуальных доказательств – Нижний Новгород, 2011.
58. Апарова Т.В. Суды и судебные процессы Великобритании. – М., 1996.
59. Аптекман А. Уголовное право в Израиле. – Исадрон, 2006.
60. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. – Красноярск, 2004.
61. Бредихин В.Н. Лубянка – старая площадь. – М., 2005.
62. Васильев А.М. Правовые категории: методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976.

63. Васяев А.А. Признание доказательств недопустимыми в ходе судебного следствия в суде первой инстанции в российском уголовном процессе. – М., 2010.
64. Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве. – М., 1991.
65. Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. – М., 2008.
66. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Общая часть. – Харьков, 1888.
67. Волженкина В.М. Нормы международного права в российском уголовном процессе. – СПб, 2001.
68. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М.: Юридическое издательство НКО СССР, 1941.
69. Гальперин М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и правоприменительной практики. – М., 2011.
70. Гиляревский Р.С., Старостин Б.А. Иностранные имена и названия в русском тексте. – М.: Высшая школа, 1985.
71. Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж, 1978.
72. Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособ. / Под. ред. А.Г. Давтян. – М., 2011.
73. Громов Н.А., Полунин С.А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. – М., 1998.
74. Громов Н.А., Пономаренков В.А. Доказательства и доказывание в уголовном процессе. – Самара, 1999.
75. Даневский В.П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. – М., 1895.
76. Дегай П.И. Взгляд на современное положение уголовного судопроизводства. – М., 1847.
77. Дедов Д.И. Юридический метод. – М.: Волтерс Клувер, 2008.

78. Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права Российской Федерации и комментарии к ней / Под ред. А.С. Александрова. – М.: Юрлитинформ, 2015.
79. Ерофеев С.Г. Разсуждение о доказательствах уголовных преступлений и о свойствах сих доказательств вообще и в особенности по российским узаконениям. – Харьков, 1825.
80. Зинатуллин З.З., Егорова Т.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальное доказывание: концептуальные основы. – Ижевск, 2002.
81. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. – Р-н-Д.: Феникс, 1999.
82. Касаткина С.А. Признание обвиняемого. – М., 2010.
83. Керимов Д.А. Общенаучная методология и методология права // Теоретико-методологические проблемы права. – М.:ИКД «Зерцало – М», 2007.
84. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М, 1995.
85. Ковалевский М.М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции. – М., 1880.
86. Костенко Н.И. Международное уголовное право – современные теоретические проблемы. – М., 2004.
87. Куницын А.П. Историческое изображение древнего судопроизводства в России. – СПб, 1843.
88. Ланге Н. Древнее русское уголовное судопроизводство (XIV, XV, XVI и половины XVII веков). – СПб., 1884.
89. Леже Р. Великие правовые системы современности. – М.: Волтерс Клувер, 2009.
90. Ленин В.И. О промышленных судах // Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Издание 5. – Т. 4. – М.: Издательство политической литературы, 1967.

91. Лифанова Л.Г., Степанов Б.Б. Краткий исторический очерк о расследовании преступлений в дореволюционной России: Монография. – М.:Илекса, 2006.
92. Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. – М., 2010.
93. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. – М., 2009.
94. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном процессе. – Киев, 1984.
95. Мотовиловкер Я.О. Основные уголовно-процессуальные функции. – Ярославль, 1976.
96. Наливкин Ф.Н. Важное и необходимое предостережение следователей, обвиняемых и обвинителей по уголовным следствиям. – М., 1888.
97. Некрасов С.В. Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. – М., 2008.
98. Орлов Ю.Г. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. – М.: Юристъ, 2009.
99. Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. – М.: Проспект, 2009.
100. Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. – М., 1985.
101. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. – Екатеринбург, 1997.
102. Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. – М.: МГИУ, 2008.
103. Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. – Киев, 1990.
104. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. – СПб: Наука, 2000.
105. Соркин В.С. Особенности процессуального доказывания в уголовном судопроизводстве. – Гродно: ГрГУ: 2002.

106. Стивен Дж. Очерк доказательственного права / Пер. с англ. П.И. Люблинского. – СПб, 1910.
107. Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. – СПб., 2006.
108. Стойко Н.Г., Шагинян А.С. Уголовный процесс Англии и Уэльса, Бельгии и Дании: сравнительно-правовой аспект. – Красноярск, 1997.
109. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. В 2 тт. – Т. 1. – М.: Наука, 1968.
110. Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. Пособие к лекциям. – Киев, 1889.
111. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. редактор Н. В. Жогин. – Изд. 2-е исправленное и дополненное. – М., 1973.
112. Тертышник В. М., Слинько С. В. Теория доказательств. – Харьков: Арсис, 1998.
113. Тетерин Б.С, Трошкин Е.З. Возбуждение и расследование уголовных дел. – М., 1997.
114. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996.
115. Трахтенберг Г.И. Нарушения Устава уголовного судопроизводства, признанные Уголовным кассационным департаментом безусловно существенными. – СПб, 1870.
116. Третьейское разбирательство в Российской Федерации / Под ред. О.Ю. Скворцова. – М., 2010.
117. Треушников М.К. Судебные доказательства. – М.: Городец, 2005.
118. Уголовно-процессуальное законодательство Чешской республики / Сост. Л.В. Майорова. – Красноярск, 1999.
119. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань: Издание Казанского университета, 1976.

120. Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. – М.: СПАРК, 1994.
121. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства в 2 тт. – Том II. – СПб., 1910.
122. Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности. – СПб., 2007.
123. Чурилов Ю.Ю. Актуальные проблемы постановления оправдательного приговора в российском уголовном судопроизводстве. – М.: Волтерс Клувер, 2010.
124. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам; проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997.
125. Шейфер С.А. Следственные действия: система и процессуальная форма. – М., 2001.
126. Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе – М.: ВЮЗИ, 1972.
127. Шульга Е.Н. Когнитивная герменевтика. – М.: Directmedia, 2002.
128. Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. – М., 2007.
129. Юридические основания достоверности доказательств / Под ред. В.А. Томсинова. – М.: Зерцало-М, 2011.

Диссертации и авторефераты диссертаций:

130. Бостанов Р.А. Использование производных доказательств в уголовном судопроизводстве России. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2012.
131. Васин В.В. Уголовно-процессуальное познание судом первой инстанции обстоятельств уголовного дела. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Томск, 2006.
132. Гребенкин П.И. Допустимость доказательств в уголовном процессе. Дисс. канд. юрид. наук. – Пятигорск, 2002.

133. Маркина Е.А. Допустимость доказательств как гарантия правосудия и прав личности в современном российском уголовном процессе. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – М., 2000.
134. Меринов А.В. Реализация института недопустимости доказательств в уголовном судопроизводстве (теория и практика). Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Владивосток, 2007.
135. Столяров А.Г. Судебные расходы как элемент состава гражданской процессуальной ответственности: автореф. дисс. канд. юрид. наук. – СПб., 2004.

Статьи в периодических изданиях:

136. Азаренок Н.В. Обусловленность состязательности в уголовном процессе // Российский юридический журнал. – 2013. № 4.
137. Александров А.С., Бостанов Р.А. Допустимость и относимость производных доказательств // Следователь. – 2008. № 4.
138. Васяев А.А. Разъяснение и обеспечение прав подозреваемого, обвиняемого – обязанность следователя, дознавателя, прокурора, суда // Современное право. – 2011. № 5. – С. 121.
139. Верещагина М.А. Асимметрия правил о допустимости доказательств // Вестник ЮУрГУ. – 2007. № 28.
140. Верещагина М.А. Институт допустимости доказательств по английскому и американскому уголовному доказательственному праву // Вестник ЮрГУ. – 2008. № 18.
141. Горбачев А.В. О допустимости показаний, данных лицом против самого себя // Адвокатская практика. – 2004. № 2.
142. Гришина Е.П., Саушкин С.А., Абросимов И.В. Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспощадного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») // Мировой судья. – 2008. № 1.

143. Гуськова А.П. К вопросу о новой идеологии прав человека в уголовном судопроизводстве // Вестник ОГУ. – 2006. № 1.
144. Калиновский К.Б. Использование материалов, полученных на территории других государств, в качестве доказательств в российском уголовном процессе / Тезисы выступления на Международной научно-практической конференции «Международное сотрудничество в борьбе с экономической преступностью и отмыванием денег» 18-19 мая 2000 года. Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ // Сайт К. Калиновского. URL: <<http://www.kalinovsky-k.narod.ru/p/2000-4.htm>> (Дата обращения: 10.01.2014).
145. Кубанцев С.П. Полиграф: законодательная регламентация и перспективы использования // Адвокат. – 2013. № 9.
146. Кудрявцева А.В. Допустимость доказательств как гарантия их достоверности // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2008. № 83.
147. Кутуев Э.К., Сутягин К.И. К вопросу о понятии и отраслевой принадлежности института допустимости доказательств // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2006. № 2.
148. Липинский Д.А. Об уголовно-процессуальной ответственности // Вестник науки ТГУ. – 2010. – № 3(13).
149. Лифанова Л.Г. Доказательственное значение заключения эксперта (сравнительно-исторический аспект) // Практическое законоискусство. – 2008. № 1.
150. Лифанова Л.Г. Отдельные вопросы допустимости доказательств, полученных до возбуждения уголовного дела // Актуальные вопросы права и правоприменения: Материалы Всероссийской научно-практической конференции 23 октября 2015 г. – Ставрополь: СФ КрУ МВД России, 2015.

151. Миронов В. Правила оценки допустимости доказательств // Законность. – 2006. № 5.
152. Мосов Д.О. Право защитника собирать доказательства и допустимость собранных защитником доказательств // Академический юридический журнал. – 2008. № 34.
153. Никандров В.И. Об оценке доказательств участниками уголовного процесса // Государство и право. – 1992. № 5.
154. Пчелинцев А.В. Абсолютна ли тайна исповеди // Законодательство и экономика. – 2011. № 5.
155. Рычагова О.Е. О методологии российской правовой науки // Вестник Омского государственного университета. – 2003. № 1.
156. Селина Е.В. Допустимость доказательств и судебное усмотрение в уголовном процессе // Государство и право. – 2009. № 8.
157. Сидоренко Е.А. Допустимость доказательств, полученных на территории других государств (по материалам уголовного дела по обвинению Д.Якубовского) // Законность. – 1998. № 2.
158. Соколов А. Процессуальный порядок признания доказательств не имеющими юридической силы // Российская юстиция. – 1994. № 10.
159. Стройкова А.С. Допустимость доказательств в российском уголовном судопроизводстве // Вестник Адыгейского государственного университета. – 2007. № 1.
160. Стус Н.В., Волколуп О.В. Допустимость доказательств и правила ее установления в судебном разбирательстве с участием присяжных заседателей // Российский судья. – 2007. № 5.
161. Табалдиева Ч.С. Особенности производства отдельных следственных действий по материалам и уголовным делам, поступившим из других государств // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2010. № 2.

162. Червонная Т.М., Волосова Н.Ю. О возможности допроса дознавателей и следователей в качестве свидетелей по уголовному делу // Российская юстиция. – 2008. – № 9.
163. Шейфер С.А. Российский следователь – исследователь или преследователь? // Российская юстиция. – 2010. № 11.
164. Шейфер С.А. Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или «научная фантазия?» // Российская юстиция. – 2009. № 4.
165. Шмонин А.В., Семькина О.И. Провокация преступлений со стороны правоохранительных органов: сравнительный анализ российского и зарубежного законодательства // Журнал российского права. – 2013. № 7.
166. Шмонин А.В., Семькина О.И. Уголовная ответственность за провокацию преступлений коррупционной направленности: системно-исторический и сравнительно-правовой анализ // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. № 5.

Научные работы на иностранных языках

167. Accusation d'empoisonnement par l'arsenic. Procès Laffarge. – Paris, 1980. – P. 96 – 97.
168. Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures. –London, 2007.
169. Amato A. di. Criminal Law in Italy. – Hague, 2011.
170. Assefa S. K. Criminal Procedure Law: Principles, Rules and Practices. – NY, 2010.
171. Bachmaier L., García del Moral A. Criminal Law in Spain. – Hague, 2010.
172. Bicak V. A. A Comparative Study of the Problem of the Admissibility of Improperly Obtained Evidence. PhD Thesis. – Nottingham: University of Nottingham, 1995.

173. Bocchino A. J., Sonenshein D.A. A Practical Guide to Federal Evidence. 8th Ed. – Louisville, 2006.
174. Bodenheimer E., Oakley J. B., Love J.C. An introduction to the Anglo-American legal system. – 2004.
175. Choo Andrew L.T. Evidence. 3rd ed. – Oxford, 2012.
176. Cole G. F., Smith C. E. The American System of Criminal Justice. 11th ed. – Belmont, 2007.
177. Crank J.P. Understanding Police Culture. 2nd ed. – Dayton, 2004.
178. Crime and the Criminal Justice System in Israel: Assessing the Knowledge Base toward the 21st Century / ed. by Robert R. Friedmann. – NY, 1998.
179. Elliott C., Vernon C., Jeanpierre E. French Legal System. 2nd ed. – Harlow, 2006.
180. EU Procedural Rights in Criminal Proceedings. – 2009.
181. Febrero J. L. S. Legal English and Translation: Theory and Practice. – San Vicente, 2003.
182. Gaines Larry K., Miller Roger L. Criminal Justice in Action. – 7th ed. – Belmont, 2013.
183. Gans J., Palmer A. Australian Principles of Evidence. 2nd ed. – Coogee, 2004.
184. Goldman A. L. Being Jewish. – NY, 2000.
185. Haalem M.A., Sherif A.O., Daniels K. Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Shari'ah. – NY, 2003.
186. Hails J. Criminal Evidence. 5th ed. – Belmont, 2004.
187. Hails J. Criminal Procedure: A Case Approach. 8th ed. – Long Beach, 2003.
188. Hess K. M., Hess O. Ch. Management and Supervision in Law Enforcement. 6th ed. – Clifton Park, 2007.
189. Hess K. M., Hess O. Criminal Investigation. 9th ed. – 2010. – P. 42.
190. Ingram Jefferson L. Criminal Evidence. – 11th ed. – Waltham, 2012.

191. Introduction to German Law / Editors: M. Reimann, J. Zekoll. – Hague, 2005.
192. Isom D.K. Electronic discovery primer for judges // Federal Courts Law Review. – 2005 – Fed. Cts. L. Rev. 1.
193. Jackson J.D., Summers S. J. The Internationalisation of Criminal Evidence. – Cambridge, 2012.
194. Justice pénale et procès équitable. – Tome 2. – Paris, 2006.
195. Karsai K., Szomora Z. Criminal Law in Hungary. – NY, 2010.
196. Keane A. The Modern Law of Evidence. 7th ed. – Oxford, 2008.
197. Kundu A., Nayar P. K. The Humanities: Methodology And Perspectives. 2nd ed. – New Delhi: Dorling Kindersley, 2011.
198. Kuo-Hsing Hsieh The Exclusionary Rule of Evidence in the United Kingdom, United States and China. PhD Thesis. – Edinburgh: University of Edinburgh, 2011.
199. Levisch P. Criminal procedure // Encyclopedia of Law and Economics. – Cheltenham, 1999.
200. Maffei S. Negotiations ‘on Evidence’ and Negotiations ‘on Sentence’. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure // Journal of International Criminal Justice. Oxford University Press. – 2004. № 2
201. McDermott P. A. Criminal Procedure and Evidence // Criminal Justice in Ireland / ed. by Paul O’Mahony. – Dublin, 2002.
202. Merlin Ph. A. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. – T. 3^{eme}. – Paris, 1815.
203. Merryman J. H., Pérez-Perdomo R. The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3rd ed. – Stanford, 2007.
204. Nemeth Charles P. Law and Evidence. A Primer for Criminal Justice, Criminology, Law and Legal Studies – 2nd Ed. – Sudbury, 2011.
205. Neubauer David W., Fradella Henry F. America’s Courts and Criminal Justice System. – 11th ed. – Belmont, 2011.

206. Oxford dictionary of Law. 5th ed. – Oxford, Oxford University press. 2003.
207. Paraguay's Reform of Criminal Procedure: A Major Usaid Achievement. – Luis Salas: Florida International University, 2002.
208. Powell E. The complete practice of the law of England. Vol. II. The practice of the law of evidence. – Lnd, 1856.
209. Protection of Human Rights in African Criminal Proceedings / ed. by M. Cherif Bassiouni and Ziyad Motala. – Dordrecht, 1995.
210. Ridges E.W. Constitutional Law of England. 3rd ed. – Lnd, 1922.
211. Scheb John M., Scheb John M. II. Criminal Law and Procedure. 7th ed. – 2011.
212. Seetahal Dana S. Commonwealth Carribean Criminal Practice and Procedure. 3rd ed. – Abingdon, 2011.
213. Spenser J.R. Evidence // European Criminal Procedures. – Cambridge, 2002. Scientific Methods for the Humanities / Willie Van Peer, Jèmeljan Hakemulder, Frank Hakemulder, Sonia Zyngier. – Amsterdam, 2012.
214. Thomson A.K. Religious Confession Privilege and the Common Law: a Historical Analysis. – Leiden, 2011.
215. Tong S. Assessing Performance: Quantity or Quality? // Understanding Criminal Investigation. – Oxford, 2009.
216. Tötösy de Zepetnek S. Comparative Literature: Theory, Method, Application. – Amsterdam, 1998.
217. West's encyclopedia of American Law. 2nd ed. – Vol. 1. – Detroit, Thomson Gale, 2004.