

**СООТНОШЕНИЕ ПРИЗНАКОВ ПОНЯТИЯ «ДОКАЗАТЕЛЬСТВО»
С ДРУГИМИ ПОЛОЖЕНИЯМИ ИНСТИТУТА ДОКАЗЫВАНИЯ
ПО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМУ КОДЕКСУ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Л. А. Моргачёва

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 20 марта 2012 г.

Аннотация: в статье обозначены проблемы, возникающие при определении понятия «доказательство», имеющие место в Уголовно-процессуальном кодексе РФ. В свете традиционного понимания доказательства обосновывается отсутствие логики закона при использовании словосочетаний «недопустимость доказательств», «собираение и представление доказательств», «оценка доказательств». Предлагаются пути устранения существующих противоречий уголовно-процессуального законодательства.

Ключевые слова: доказательство, сведения, допустимость доказательства, относимость доказательства, соби́рание доказательств, оценка доказательств, обстоятельства.

Abstract: the article describes the problems of the definition of «evidence» in the Criminal procedure Code of Russian Federation. The author demonstrates the absence of logic of the terms «inadequate evidence», «collecting and presentation evidence», «evaluation of evidence» and offers the ways to eliminate the antinomies of Criminal procedure law.

Key words: evidence, information, relevance, admissibility, collecting evidence, evaluation of evidence.

Принцип состязательности уголовного судопроизводства требует равенства правового положения сторон, и прежде всего – в доказывании, так как основной возможностью сторон влиять на принятие решений, отвечающих их законным интересам, является их активная деятельность по отстаиванию своей позиции с помощью доказывания обстоятельств уголовного дела.

Положения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации¹ о праве сторон собирать и представлять доказательства, на первый взгляд, дают повод для оптимистичных выводов о паритете стороны в доказывании. Однако следует согласиться с мнением А. Н. Кузнецова, который пишет: «При сопоставлении...норм возникает целый ряд вопросов, которые обусловлены очевидным неравенством прав различных участников процесса»² и задает порядка десяти вопросов, вызванных про-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 07.12.2012). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (далее – УПК РФ).

² Кузнецов А. Н. Особенности соби́рания доказательств в уголовном процессе : монография. Воронеж, 2011. С. 82.

тиворечиями закона, при этом указывая, что их перечень можно продолжать. Действительно, глубокое исследование категориального аппарата доказательственного права, используемого в уголовно-процессуальном законе, позволяет выявить практически не разрешимые без изменения законодательства вопросы, в том числе относительно обеспечения равноправия сторон в доказывании.

Дело в том, что понятие «доказательство» является специальным научным и правовым термином и не сводится лишь к сведениям об обстоятельствах исследуемого события, которые стороны могут собрать любым путем и представить в суд. Для того чтобы указанные сведения можно было назвать доказательством по уголовному делу, необходимо соблюдать ряд условий, а именно: 1) сведения должны быть получены, преобразованы и зафиксированы должностным лицом, ведущим уголовное судопроизводство; 2) сведения должны быть получены из установленных законом источников в установленном законом порядке и закреплены с помощью процессуальных средств, соответствующих УПК РФ; 3) сведения должны быть относимыми, допустимыми и достоверными; 4) сведения должны быть использованы должностным лицом для установления обстоятельств, на основе которых принимается соответствующее процессуальное решение. По признанию большинства ученых, указанные условия являются признаками процессуального понятия «доказательство»³. Из этих признаков следует, что сведения, полученные с нарушением требований УПК РФ относительно источников, порядка или субъектов их получения (недопустимые), либо неотносимые, недостоверные, либо не использованные при принятии процессуального решения, доказательствами по уголовному делу не являются. По сути, к таким сведениям применять термин «доказательство» нельзя.

Тем не менее в ряде статей УПК РФ содержатся положения, не соответствующие данному пониманию доказательства: право неофициальных участников сторон собирать и представлять доказательства, о недопустимости доказательств, об оценке доказательств с точки зрения относимости, допустимости и достоверности и т.п. Н. П. Кузнецов попытался объяснить сложившуюся ситуацию тем, что «указанные понятия прочно укоренились в теории и практике доказывания»⁴. Другие авторы соглашались с тем, что действительно устоялись традиции употребления терминологии в науке и на практике. Однако оценивается это явление негативно укрепившимися заблуждениями, не выражающими сути реальной юридической практики⁵. А. И. Макаркин видит причину

³ См.: Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 132 ; Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. М., 2008. С. 64.

⁴ Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. С. 132.

⁵ См.: Алиев Т. Т., Громов Н. А., Макаров Л. В. Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2002. С. 7.

указанных противоречий в «недостаточном уровне законодательной техники»⁶.

В чем бы ни заключалась причина несогласованного употребления терминов, такой подход законодателя к регулированию, по сути, главной составляющей судопроизводства чреват не только научными спорами, но и влечет негативные последствия для практики в деле защиты интересов сторон.

Перейдем к анализу противоречий.

1. УПК РФ закрепил право сторон, в том числе неофициальных участников, собирать и представлять доказательства. Кроме того, для защитника установлены способы собирания доказательств – получение предметов, документов и иных сведений, опрос лиц с их согласия, истребование документов от учреждений. Данные положения не соответствуют понятию доказательства по двум признакам: по субъекту и по способу собирания доказательственной информации. Согласно ст. 74, 76–84 УПК РФ каждое доказательство имеет свой способ поиска, получения и закрепления информации (допрос, производство судебной экспертизы, осмотр, приобщение и т.п.), осуществляемый только судом, прокурором, следователем, дознавателем.

К тому же неудачны термины «собрание» и «представление» доказательств. В литературе не раз подчеркивалось, что доказательства не существуют в готовом виде и что их нельзя собирать как «грибы или ягоды»⁷. Доказательства возникают «в процессе познавательного-удостоверительной деятельности определенных субъектов доказывания, наделенных для этого специальными полномочиями»⁸, т.е. формируются в результате комплекса осуществляемых субъектом доказывания операций, дающих ему возможность выявить носителей искомой информации, воспринять ее и преобразовать в надлежащую процессуальную форму⁹. Действия по формированию доказательства получают строгую правовую регламентацию в целях обеспечения: 1) достоверности и объективности сведений; 2) защиты интересов сторон; 3) защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина; 4) установления оптимального и эффективного пути познания обстоятельств дела; 5) сохранности информации; 6) возможности проверки информации.

⁶ Макаркин А. И. Состязательность на предварительном следствии. СПб., 2004. С. 108.

⁷ Доля Е. А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. С. 32.

⁹ Против термина «формирование» доказательств выступают отдельные авторы, указывая, что формирование предполагает создание чего-либо нового, не существовавшего ранее (см.: Астафьев Ю. В., Изотова Н. В. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения взаимодействия. Курск, 2002. С. 183). Однако согласно лексическому значению формировать – значит придать определенную форму, законченность, что и происходит в ходе получения и фиксации доказательственной информации.

Однако благодаря вышеуказанным полномочиям защитника многие авторы, особенно практики, начали говорить о реализации в законе равноправия сторон в доказывании и предлагать действия защитника считать процессуальными, а результаты этой деятельности – доказательством¹⁰. Весьма категорично высказал мнение А. А. Васяев: «Адвокату-защитнику законодателем позволено собирать доказательства, не соблюдая требования УПК РФ. УПК РФ предоставляет возможность защитнику собирать все без исключения доказательства, не заботясь о какой-либо их форме. Мнение же о том, что адвокат-защитник не сможет трансформировать факты по делу в доказательства, выявляет упрощенный взгляд на данный вопрос и свидетельствует о незнании складывающейся практики, норм УПК РФ. УПК РФ не требует от защитника обрамлять доказательства в какую-либо регламентированную форму. Главное, чтобы информация была достоверной и относимой. Именно поэтому ч. 1 ст. 74 УПК РФ указывает на доказательства по уголовному делу как на любые сведения, на основе которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу»¹¹.

Такой взгляд на собирание доказательств защитником, возможно, был бы уместен относительно английского судопроизводства. Е. Г. Мартыничик полагает, что действия адвоката по собиранию и фиксации доказательств, закрепленные в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, относятся к иным процессуальным действиям, предусмотренным УПК РФ, и это означает введение параллельного адвокатского расследования¹². Автор категорически против подобных суждений ввиду их не соответствия закону, а также смыслу многих уголовно-процессуальных категорий. Неофициальные участники сторон обвинения и защиты могут участвовать в формировании доказательства, осуществляемом следователем, дознавателем, судом лишь способами, указанными в УПК РФ. А именно путем: 1) заявления ходатайств о производстве следственного действия, о приобщении документов и предметов в качестве доказательств – «иных документов» и «вещественных доказательств»; 2) участия при производстве следственного действия; 3) внесения дополнений и замечаний на протокол следственного действия.

¹⁰ См.: *Баев О. Я.* О состязательности в досудебном производстве по уголовному делу // Проблемы криминалистики и уголовного процесса (статьи разных лет). Воронеж, 2006. С. 161 ; *Мельников В. Ю.* Адвокатское расследование в состязательном уголовном процессе. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Паришуткин В. В.* Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России : материалы науч.- практ. конф. адвокатов, провед. Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и партнеры» 17 апр. 2003 г. / под ред. Г. М. Резника, Е. Ю. Львовой. М., 2004. С. 62–64.

¹¹ *Васяев А. А.* Представление доказательств без их собирания – право защитника. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² См.: *Мартыничик Е. Г.* Адвокатское расследование в уголовном процессе : теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2. В определении доказательства, изложенном в ст. 74 УПК РФ, отсутствуют указания на такие его признаки, как допустимость и достоверность. Часть 1 ст. 75 УПК РФ закрепляет: «Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми». В ст. 88 УПК РФ закреплена необходимость проверять доказательство с точки зрения относимости, допустимости и достоверности. Из всего этого следует, что указанные свойства не являются признаками, имманентно присущими доказательству. Эту позицию поддерживает Е. А. Доля: «На деле же ни относимость, ни допустимость не могут являться объективными свойствами, качествами доказательств в силу того, что самих доказательств (как сведений, имеющих значение для уголовного дела) в объективной действительности до производства соответствующих следственных и судебных действий просто не существует. Кроме этого, относимыми и допустимыми могут оказаться не все полученные в ходе производства по уголовному делу доказательства. В результате проверки может оказаться, что первоначально воспринятое как относимое и допустимое доказательство не отвечает данным требованиям. И это существенный аргумент в пользу того, что относимость и допустимость объективно доказательствам не присущи. Если бы это были свойства доказательств, органически им присущие, то ненужными были бы проверка и оценка доказательств, как и нормы закона, их регулирующие. Излишней оказалась бы и предусмотренная законом процедура исключения доказательств (ст. 235 УПК РФ). Невозможно с помощью процедуры лишить доказательства свойства, которое ему объективно присуще»¹³. «Наглядные и многочисленные примеры именно такого положения дел дает практика»¹⁴. Так, например, в материалах дела фигурируют показания обвиняемого. Данные показания на протяжении досудебного и судебного производства на практике именуются доказательством. Но при принятии итогового решения по уголовному делу суд может отвергнуть эти показания по каким-либо основаниям (недопустимость, недостоверность, неотносимость) и соответственно не принять во внимание при установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию. Так, Ю. К. Якимович и Т. Д. Пан пишут: «Если доказательство приобщено к делу, оно остается в деле, даже если впоследствии это доказательство признают неотносимым... Оценка относимости меняется. Следовательно оценил доказательство как относимое, прокурор счел его не относящимся к делу, но не исключено, что суд встанет на позицию следователя и вновь признает относимым спорное доказательство»¹⁵.

¹³ Доля Е. А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

¹⁴ Там же.

¹⁵ Якимович Ю. К., Пан Т. Д. Досудебное производство по УПК Российской Федерации : (участники досудебного производства, доказательства и доказывание, возбуждение уголовного дела, дознание и предварительное следствие). СПб., 2004. С. 56.

В связи с изложенным возникают вопросы – как называть имеющиеся в материалах дела показания до принятия судебного решения? Можно ли их называть доказательством, если они следователем приняты во внимание для составления обвинительного заключения, а судом при вынесении, например, оправдательного приговора во внимание не приняты? И что же тогда собирается, проверяется и оценивается органами расследования и судом до вынесения приговора? Исходя из традиционного понимания доказательства, данные показания именовать доказательством нельзя. А если исходить из позиции, что требования относимости, допустимости и достоверности не являются признаками понятия «доказательство», то указанные показания называть доказательствами можно, и следует признать, что фактически в законе и практике выбран именно такой путь.

3. В ч. 1 ст. 74 УПК РФ указано, что доказательствами по уголовному делу являются сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Это значит, что доказательствами по уголовному делу являются только те сведения, которые приняты должностным лицом во внимание для принятия конкретного решения. А сведения в виде показаний, заключения эксперта, протоколов следственных действий, иных документов, вещественных доказательств, которые были сформированы должностным лицом по инициативе неофициальных участников сторон судопроизводства в установленном законом порядке и имеются в материалах дела, но проигнорированы должностным лицом при принятии решения, доказательствами не являются. Вряд ли это обосновано, так как ставит объективно существующие в материалах дела доказательства в зависимость от оценок конкретного должностного лица. Для сравнения отметим, что в странах обычного права доказательствами являются материалы, «которые направлены на то, чтобы убедить суд в правдивости или вероятности некоторых фактов»¹⁶. То есть не те, которые приняты должностным лицом для установления обстоятельств по уголовному делу, а те, которые могут быть приняты. Именно такой подход к определению доказательства отражает реально сложившуюся ситуацию.

4. Одним из свойств доказательств считается соблюдение требований УПК РФ при их получении, из чего можно заключить, что при нарушении этих требований полученные сведения доказательством называть нельзя. Этому постулату противоречат положения ст. 75 и 88 УПК РФ о недопустимости доказательств, с позиций которых для признака доказательства достаточно, чтобы каждый вид доказательства был получен способом, предусмотренным и регламентированным УПК РФ. Так, показания должны быть сформированы в ходе допроса, заключение эксперта – при производстве судебной экспертизы и т.д. Необходимость соблюдения установленного законом порядка при формировании доказательства

¹⁶ Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. М., 1999. С. 69.

вытекает из принципа законности и не является признаком понятия «доказательство».

В итоге сделанных рассуждений можно прийти к выводу, что в законе, науке и практике доказательствами фактически именуются сведения, которые получены из источников, субъектами и способом, указанным в законе, в целях установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Свойствами относимости, допустимости и достоверности доказательства должны обладать, если они фигурируют в каком-либо конкретном процессуальном решении.

Таким образом, следует констатировать тот факт, что в настоящий момент уголовно-процессуальный закон двояко подходит к пониманию доказательства. С. В. Некрасов по этому поводу отметил, что просматривается непоследовательность правового регулирования, которое «вобрало в себя содержание, по сути, бытовой окраски. Размыты границы между такими категориями, как «процессуальные доказательства» и «иные сведения»¹⁷. Действительно, в законе прослеживается такая ситуация, когда к сведениям, которые только собираются (формируются), и к сведениям¹⁸, которые кладутся в основу принимаемого решения, закон предъявляет разные требования. Для первых достаточно того, чтобы они были сформированы надлежащим субъектом, из источников и способами, указанными в УПК РФ, а также предположительно могли использоваться для установления обстоятельств уголовного дела. Об этих требованиях должны помнить субъекты, осуществляющие формирование этих сведений. К сведениям, которые используются в конкретном процессуальном решении, добавляются требования относимости, допустимости, достоверности и достаточности.

В связи с этим надо заметить, что в уголовных процессах других государств имеет место¹⁹, а в отечественной процессуальной науке предприняты попытки делить доказательства на два уровня. Первый уровень – доказательства, допускаемые в орбиту судопроизводства вообще (именуются «доказательство»), второй уровень – это те же из допущенных в орбиту судопроизводства доказательства, на которых суд основывает приговор (именуются «судебные доказательства»)²⁰. Данную позицию справедливо подвергает критике Е. А. Доля, указывая, «что уголовно-процессуальная природа доказательств в досудебном производстве и в суде единая. Закон не знает такого деления. Содержащиеся в нем требования к доказательству едины

¹⁷ Некрасов С. В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 2004. С. 53.

¹⁸ И те, и другие сведения, как уже указывалось, и в теории, и в законе называются одним термином – «доказательство».

¹⁹ Например, в Германском уголовном процессе принято различать два вида доказывания – свободное, которое не связано процессуальной формой, и строгое – осуществляемое в стадии судебного разбирательства при точном соблюдении норм доказательственного права (см.: Гуценко К. Ф., Головкин Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 418).

²⁰ См.: Трусов А. О допустимости и относимости доказательств // Сов. юстиция. 1990. № 4. С. 15.

для досудебного и судебного производства. Иного и не может быть, если исходить из единой системы принципов судопроизводства, действующей во всех его стадиях»²¹. Полагаем, что в странах, например, обычного права такое деление уместно, так как собирание доказательственной информации сторонами в досудебном производстве практически не регламентировано, и органы расследования не принимают юридически значимых решений. Суд оценивает представленные сторонами сведения с точки зрения относимости и допустимости, придает им силу судебного доказательства и принимает значимые для защиты интересов сторон решения.

В отечественной системе судопроизводства порядок досудебного производства строго регламентирован законом, должностные лица и органы стороны обвинения наделены правом принимать юрисдикционные решения, имеющие значение для обеих сторон, установлены основания для принятия процессуальных решений и строгая процессуальная форма доказывания. Поэтому, очевидно, стоит согласиться с мнением Е. А. Доли, что понятие «доказательство» должно иметь единые природу и смысл, а для этого необходимо устранить имеющиеся противоречия в нормах УПК РФ и отредактировать закон с учетом указанных замечаний. Можно предложить определение доказательства, на наш взгляд, отражающее наиболее правильно суть явлений, закрепленных в УПК РФ, и снимающее многие вопросы. Доказательства – это сведения в виде показаний подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля, заключений и показаний эксперта или специалиста, вещественных доказательств, протоколов следственных, судебных действий, иных документов, сформированные должностными лицами уголовного судопроизводства способами, предусмотренными уголовно-процессуальным законом для каждого вида доказательств в целях установления наличия или отсутствия обстоятельств, имеющих значение для принятия процессуальных решений по уголовному делу. Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности и достаточности для вынесения соответствующего процессуального решения. Неофициальные участники сторон обвинения и защиты могут принимать участие в формировании доказательств в порядке, предусмотренном законом, в частности, путем заявления ходатайств о производстве следственных действий, участия в следственных действиях, представления предметов и документов.

²¹ Доля Е. А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».