

### ТРЕБУЮТ ЛИ ПРИНЦИП СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ И ПОЛОЖЕНИЯ Ч. 3 СТ. 86 УПК СОЗДАНИЯ НОВОЙ ТЕОРИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ?

Отечественная теория доказательств — совокупность взглядов и идей ученых о доказывании, его целях и средствах их достижения, складывалась на протяжении длительного времени, рождалась в дискуссиях и развивалась по мере совершенствования средств человеческого познания. При этом отечественная теория, в отличие от концепций, присущих англо-саксонской модели судопроизводства, формировалась в соответствии с континентальной моделью смешанного процесса, построенного на том, что в уголовном процессе предварительное производство — это строго регламентированная законом деятельность, которая носит юрисдикционный характер и завершается принятием процессуальных решений, определяющих дальнейший ход процесса. Эта деятельность включает лишь отдельные элементы состязательности, в то время как судебное производство осуществляется в последовательно состязательной форме. На этой основе сложилось представление о доказательстве как сведениях, полученных законным способом и облеченных в надлежащую процессуальную форму, о таких свойствах доказательства, как относимость, допустимость и достоверность, о доказывании как познавательной деятельности органов расследования, прокурора и суда, охватывающей собирание, проверку и оценку доказательств, о субъектах собирания доказательств и т.д.

Разумеется, сложившаяся система научных представлений о доказывании не может считаться застывшей и завершенной: она закономерно должна развиваться, отражая углубление средств познания и совершенствование форм процессуальной деятельности. После принятия нового УПК этот процесс заметно активизировался. Одним из его проявлений служит дискуссия о характере истины, устанавливаемой в уголовном процессе, о сущности такого доказательства, как заключение специалиста, и по ряду других актуальных проблем.

---

\* © Шейфер С.А., Тарасов А.А., 2007

*Шейфер Семен Абрамович* — д-р юрид. наук, профессор, Самарский государственный университет

*Тарасов Александр Алексеевич* — д-р юрид. наук, профессор, Самарский государственный университет

Но, по нашему глубокому убеждению, отсутствуют основания для полного пересмотра отечественной теории доказательств путем отказа от таких ее основополагающих понятий, как доказывание, доказательство, допустимость доказательства, сущность и круг субъектов собирания доказательств и т.п.

Однако такая попытка предпринята проф. В.А. Лазаревой в статьях «Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств»<sup>1</sup> и «Концепция формирования доказательств в свете состязательности уголовного судопроизводства»<sup>2</sup>.

Объективности ради отметим, что автор подчеркивает, что ее подход к пониманию доказывания не следует рассматривать как «ниспровержение основ теории доказательств». «Учение о доказывании как о собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления фактических обстоятельств преступления, о доказывании как единстве практической и мыслительной деятельности, имеющей две стороны — познавательную и удостоверительную, полностью сохраняют свое значение»<sup>3</sup>.

Однако другие суждения автора, хотя и выраженные порой недостаточно четко, этому правильному постулату противоречат. Противоречит ему и утверждение о том, что действующий УПК «сохраняет приверженность отжившим свой век представлениям о доказательствах и доказывании». Так, признавая, что в уголовном процессе стороны и суд осуществляют познавательную деятельность, автор делает неожиданный вывод, что положения ст. 85 УПК, согласно которой собирание, проверка и оценка доказательств есть доказывание, противоречат презумпции невиновности, которая возлагает обязанность доказывания обвинения на сторону обвинения<sup>4</sup>. Однако никакого противоречия здесь нет, ибо обязанность доказывания — это одно, а доказывание, т.е. познавательная деятельность, это другое: в ней участвуют субъекты, на которых не лежит обязанность доказывания. В соответствии со своим представлением, но в противоречии с вышесказанным об отказе от «ниспровержения основ теории доказательств» автор считает, что необходим пересмотр самого понятия доказывания, которое, по ее мнению, есть «деятельность, направленная на обоснование обвинения»<sup>5</sup>.

Тут-то и обнаруживается «новый взгляд» на доказывание. Он, по мнению автора, состоит в том, что деятельность органов расследования, причисленных к стороне обвинения, с учетом требований состязательности состоит не в полном, всестороннем и объективном исследовании доказательств, а в том, что они, не будучи беспристрастными, должны собирать только обвинительные доказательства, с тем, чтобы доказатель-

ства невиновности собирала и представляла сторона защиты<sup>6</sup>. Но как в таком случае быть с положениями п.п. 5-7 ст. 73 УПК, обязывающими следователя выяснять обстоятельства, реабилитирующие обвиняемого? И как следует трактовать положения ст. 152 и 154 УПК, которые также обязывают следователя руководствоваться требованиями всесторонности, полноты и объективности исследования? Как, наконец, следует поступить с известным постулатом логики, согласно которому утверждение какого-либо положения возможно лишь при условии опровержения противоположного утверждения? Ведь из него следует, что сторона обвинения для того, чтобы обосновать свой вывод о виновности, обязана всесторонне исследовать и опровергнуть доводы защиты! Из вышеизложенных нормативных предписаний видно, что в законе отсутствуют основания для разделяемой автором трактовки роли следователя как одностороннего обвинителя. Для придания своей позиции большей стройности и последовательности следовало бы внести предложение — убрать все перечисленные нормы из УПК РФ. В.А. Лазарева это и делает и даже предлагает исключить из УПК ст. 85, определяющую понятие доказывания. Но разве такая позиция есть отказ от «ниспровержения основ теории доказательств», который продекларировала автор?

Противоречиво излагается и роль суда в доказывании. Автор правильно отмечает, что суд должен в процессе доказывания проявлять необходимую активность и даже может для проверки исследуемых доказательств иногда собирать другие доказательства. Однако эта деятельность, считает автор, не есть доказывание, а лишь способ проверки доводов сторон<sup>7</sup>. Но почему? Это утверждение прямо противоречит закону (ст. 85 и 86 УПК РФ). Автор явно подстраивает роль суда под свою трактовку доказывания, как деятельности по обоснованию обвинения, ибо в такой деятельности суд, действительно, участвовать не может. В связи с этим предлагается отказаться и от ч. 1 ст. 86 и других статей УПК.

Да и утверждение, что суд не становится субъектом доказывания, несмотря на необходимость обосновать свой приговор<sup>8</sup>, неубедительно. Ведь если доказывание трактовать в узком, логическом плане — как обоснование каких-либо утверждений (такая трактовка общепризнанна), нельзя отрицать, что и в такой форме суд доказывание осуществляет, ибо он обязан обосновать, мотивировать свой вывод. И это вовсе не противоречит роли суда как независимого органа, не переходящего на позиции обвинения.

Автор далее считает необходимым скорректировать (пересмотреть?) сущность собирания доказательств, полагая, что концепция формирования доказательств органами расследования, т.е. придания им надлежа-

шей процессуальной формы, выполнив в прошлом свою роль, перестала соответствовать современному состязательному процессу, в котором право собирания доказательств предоставлено и стороне защиты (ч. 3 ст. 86 УПК)<sup>9</sup>. Это, по-видимому, означает, что от концепции формирования доказательств органами расследования следует отказаться по той причине, что другая сторона такой возможностью не обладает. В этой позиции просматривается мысль о том, что обе стороны могут собирать доказательства в свободной, т.е. не регламентируемой жестко законом форме. Такая трактовка собирания доказательств подтверждается тем, что закон закрепляет возможность использования в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности. И они — уже «сформированные без участия следователя доказательства»<sup>10</sup>. Это не только вольная, но и прямо противоречащая смыслу ст. 89 УПК, на которую делается ссылка, интерпретация. В ст. 89 УПК содержится прямо противоположное предписание: «В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не соответствуют требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом». С учетом положения ст. 11 Закона об оперативно-розыскной деятельности, согласно которому результаты ОРД могут использоваться в доказывании в соответствии с положениями уголовного-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, это, по меньшей мере, означает, что результаты ОРД должны быть представлены оперативным органом следователю с соблюдением надлежащего процессуального порядка, позволяющего выяснить содержание и происхождение представляемого материала, поскольку без этого невозможно определить его относимость и допустимость. Взятые сами по себе, вне процессуальной процедуры, результаты ОРД доказательственной ценности не имеют, что отмечают практически все исследователи данной проблемы. Вопреки этому автор утверждает, что допустимость результатов ОРД «может определяться лишь законностью самого оперативно-розыскного мероприятия», а уж затем обвинение должно будет доказать суду достоверность отраженной в нем информации<sup>11</sup>. Поэтому позиция автора — весьма смелая, но необоснованная.

Но если все же согласиться с мыслью об отказе от концепции формирования доказательств органами расследования, оказываются ненужными, лишними все детально сформулированные правила проведения следственных действий, посредством которых сведениям как раз и придается надлежащая процессуальная форма, т.е. формируются доказательства.

Что же тогда остается от предварительного следствия? Нечто такое, чем занимается полиция в Англии. Но Россия — не Англия!

В русле изложенных выше суждений и стремление автора обосновать отказ от категории допустимости доказательств и, соответственно, от традиционного представления о доказательстве как единстве его содержания (ч. 1 ст. 74 УПК) и формы (ч. 2 ст. 74 УПК). Чем же аргументируется такая позиция? Тем, что «попытки (!) выдать за доказательство результат познавательной деятельности следователя... придают форме значение самостоятельной ценности, ставят форму над содержанием, ведут к искажению смысла закрепленного новым уголовно-процессуальным законом понятия допустимости доказательств»<sup>12</sup>. Один из авторов настоящей статьи, которого В.А. Лазарева считает создателем концепции формирования доказательств следователем (С.А. Шейфер), готов поклясться, что ничего подобного о приоритете формы над содержанием доказательства он не замыслил. К тому же каждый школьник знает, что любое явление всегда имеет две стороны: содержание и форму и одна без другой не существуют, но и друг друга не подменяют. Действующее же законодательство (ст. 75 УПК РФ) как раз и провозглашает, что порочность формы приводит к утрате доказательством свойства допустимости. По мнению В.А. Лазаревой и ее соавтора А.К. Утарбаева, выполнить требования, определяющие допустимость (надлежащий субъект, надлежащая процедура собирания и закрепления доказательств), может только орган расследования, а сторона защиты такой возможностью не обладает. Отсюда вывод — допустимость не является неотъемлемым свойством доказательства, а выступает лишь «характеристикой процессуальной деятельности органов расследования»<sup>13</sup>. Фразу эту понять трудно, но она, по-видимому, означает, что и недопустимые доказательственные материалы следователь вправе считать доказательствами и положить их в основу своих выводов.

Что, кроме путаницы, содержит в себе такая позиция? Вместо того, чтобы поддерживать и защищать институт допустимости как правовое явление, поднятое, ввиду его значимости на конституционный уровень (ст. 50 Конституции РФ) и служащее действенным средством получения доброкачественных доказательств, устранения из процесса недоброкачественных, заведомо сомнительных с точки зрения достоверности содержащихся в них сведений доказательств авторы обвиняют законодателя в том, что применительно к показаниям свидетелей и потерпевших (п. 2 ч. 2 ст. 75) он чрезмерно и необоснованно расширил институт допустимости, т.к. известность источника выступает, якобы, признаком достоверности, а не допустимости показаний. В этом суждении разобраться трудно. Да, конечно, допустимость прокладывает путь к дос-

товерности доказательств, но это разные явления, т.к. допустимость обеспечивается уже в процессе получения доказательств, а достоверность определяется при их оценке, вследствие чего общепризнанно, что достоверность изначально свойством доказательства служить не может.

Авторы утверждают, что ранее, в советском уголовном процессе, допустимость рассматривалась как неотъемлемая характеристика доказательства, но это не соответствует вытекающему из принципа состязательности праву стороны защиты собирать доказательства, поскольку она доказательства не формирует, однако они заведомо являются допустимыми<sup>14</sup>. Поэтому «предъявление сведениям защиты требования допустимости ... по существу означает отмену права защитника на собирание доказательств...» Из этого делается вывод, что требование соблюдать уголовно-процессуальный закон адресовано лишь дознавателю, следователю, прокурору и суду. Деятельность же стороны защиты по собиранию доказательств не подчинена правовой регламентации и на нее не распространяется требование соблюдения каких-либо норм и правил<sup>15</sup>. Завершающий вывод: допустимость — это не критерий доказательства, а требование, предъявляемое к собиранию доказательств органами расследования<sup>16</sup>. Выходит, что требование допустимости сохраняется лишь по отношению к доказательствам, полученным органами расследования, а то, что получает защитник, — изначально допустимо. Странная логика! Почему это орган расследования должен соблюдать предписания закона, а защитник от них свободен? Логичнее было бы полностью упразднить требования допустимости применительно к познавательной деятельности любой стороны, в т.ч. и стороны обвинения (тем более что она, как оказывается, уже не формирует доказательства), а не только стороны защиты, с тем, чтобы допустимость доказательственных материалов, свободно собранных сторонами, не контролировалась на досудебном производстве, а проверялась судом, как это происходит в процессе англосаксонского типа. Однако авторы этого не делают, допуская непонятный логический перекокс.

Соответственно этим рассуждениям предлагается изменить и само понятие доказательства, понимая под ним «любые сведения, представленные суду (выделено нами. — С.Ш. и А.Т.) сторонами обвинения и защиты в виде показаний обвиняемого, подозреваемого, свидетеля и потерпевшего, заключения и показания эксперта и специалиста, вещественных объектов, протоколов следственных действий и иных документов ...»<sup>17</sup>. Выходит, что до представления этих материалов суду, т.е. на предварительном следствии, они доказательствами не являются. Но ведь доказывание — это «деятельность по обоснованию обвинения». Чем же тогда следователь обосновывает обвинение? Из предлагаемого

определения исключены такие традиционные признаки доказательств, как содержание сведений (они должны быть направлены на установление предмета доказывания) и законный способ их получения. Исчез из определения и такой вид доказательства, как вещественные доказательства. С учетом вышеприведенных суждений предложенное определение доказательства можно интерпретировать как сведения, независимо от того, что в них содержится, и независимо от того, кем и каким способом они получены. При этом остается неясным, каким именно образом они стали показаниями, заключениями и т.д., о чем упоминается в предложенном определении — ведь такая форма (или вид, как предпочитает говорить автор) им придается посредством проведения следственных действий, на которые сторона защиты не уполномочена<sup>18</sup>. Может быть, показаниями являются результаты опроса, проведенного защитником?

Добавим к этому, что абсолютное большинство отечественных процессуалистов отрицают значение доказательств за материалами, собранными защитой в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК: ссылки на работы этих ученых ввиду их многочисленности излишни. Такую же позицию разделяет и Верховный Суд РФ. В кассационном определении по делу С. от 10 августа 2006 г. (дело № 39-006-9) Верховный Суд указал: «Сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом», «Протоколы опросов лиц защитником не могут рассматриваться и как доказательства, именуемые в ст. 74 УПК РФ как иные документы». К иным документам «могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном законом, т.е. документы, к которым протоколы опросов не могут быть отнесены». Заметим, что в приговоре Курского областного суда по делу С. эта мысль выражена еще более категорично: «... имеющиеся в деле протоколы опроса свидетелей... полученные С. без соблюдения требований уголовно-процессуального закона, необходимых для получения доказательств по делу, не могут быть признаны доказательствами по настоящему уголовному делу»<sup>19</sup>.

Если подвести итог суждениям автора, то окажется, что:

1) следует отказаться от традиционной трактовки доказывания и понимать под ним лишь деятельность органов расследования по обоснованию обвинения;

2) следует пересмотреть понятие собирания доказательств и отказаться от концепции, согласно которой доказательства формируются

в процессе познавательной деятельности органов расследования, прокурора и суда;

3) требование допустимости не является одним из критериев понятия доказательства, оно распространяется только на деятельность стороны обвинения, от него, как и вообще от соблюдений предписаний закона в доказательственной деятельности, свободна сторона защиты;

4) доказательство — это не сведения о предмете доказывания, полученные законным способом и облеченные в требуемую законом процессуальную форму, а свободные от нее сведения, представляемые сторонами суду.

Все эти суждения, вопреки утверждениям В.А. Лазаревой, несомненно являются попыткой создать новую теорию доказательств.

Но совсем ли нова эта теория? Нет, это хорошо знакомая всем процессуалистам со студенческих времен концепция доказывания, принятая в странах обычного права (Англии, США и др.), где досудебное производство не имеет четкой процессуальной формы, а доказывание начинается в суде в виде представления сторонами свободно собранных ими доказательственных материалов.

Но для имплементации такой концепции в отечественную науку никаких оснований нет, ибо наш процесс продолжает оставаться смешанным.

Обосновывая новые представления о доказывании, автор постоянно обвиняет сторонников традиционных взглядов в том, что они исповедуют «въевшиеся в сознание старые представления», «рудиментарные взгляды», «измышляют реальность». Ничего этого в позиции традиционалистов нет, а есть здравый смысл, обязывающий ученого понимать юридические категории такими, какими они есть в реальности, а не существующими в воображении, порожденном несовершенной формулировкой ч. 3 ст. 86 УПК, явно выпадающей из системы правовой регламентации доказательственной деятельности.

## Примечания

<sup>1</sup> Лазарева, В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств / В.А. Лазарева // Юридический аналитический журнал. — 2006. — №1 (15). — С. 14-19.

<sup>2</sup> Лазарева, В.А. Концепция формирования доказательств в свете состязательности уголовного судопроизводства / В.А. Лазарева // Военно-юридический вестник Поволжского региона. — Самара, 2006. — С. 112-119.

<sup>3</sup> Лазарева, В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств / В.А. Лазарева // Юридический аналитический журнал. – 2006. – №1 (15). – С.15

<sup>4</sup> Там же. – С. 14.

<sup>5</sup> Там же. – С. 15, 17.

<sup>6</sup> Там же. – С. 16.

<sup>7</sup> Там же. – С. 16.

<sup>8</sup> Там же. – С. 17.

<sup>9</sup> Там же. – С. 17,18.

<sup>10</sup> Лазарева, В.А. Концепция формирования доказательств в свете состязательности уголовного судопроизводства / В.А. Лазарева // Военно-юридический вестник Поволжского региона. – Самара, 2006.

<sup>11</sup> Там же. – С. 117.

<sup>12</sup> Там же. – С. 115.

<sup>13</sup> См. Лазарева, В.А. Допустимость – свойство доказательства или характеристика процессуальной деятельности органа расследования / В.А. Лазарева, А.К. Утарбаев // Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования. – Выпуск 2. – Самара: СамГУ, 2006. – С. 426-438.

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Лазарева, В.А. Влияние состязательности уголовного судопроизводства на понятия теории доказательств / В.А. Лазарева // Юридический аналитический журнал. – 2006. – №1 (15). – С. 19.

<sup>17</sup> Там же. – С. 19.

<sup>18</sup> Архив Курского областного суда за 2006 г. Уголовное дело № 2-4-06.

<sup>19</sup> Там же.

*В.О. Белоносов\**

## **О НАЗНАЧЕНИИ И ЗАДАЧАХ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА**

Одним из крупных пробелов УПК РФ, имеющим ярко выраженные негативные последствия и оказывающим влияние на существенное количество правоположений уголовного судопроизводства, является отсутствие в ст. 6 четко выраженных задач уголовного судопроизводства. Анализ высказываний разных авторов по этому вопросу<sup>1</sup> позволяет кон-

---

\* © Белоносов В.О., 2007

*Белоносов Владимир Олегович* – канд. юрид. наук, Самарский юридический институт ФСИН России