Ерпылёв Иван Владимирович. Реализация института допустимости доказательств в уголовном процессе и правоохранительной деятельности России и зарубежных государств (сравнительно-правовой анализ): диссертация ... кандидата Юридических наук: 12.00.11 / Ерпылёв Иван Владимирович;[Место защиты: Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации].- Москва, 2016

**Содержание к диссертации**

Введение

**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**

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

## Отечественные и зарубежные подходы к пониманию допустимости доказательств

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 текстоведческой 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 -«Храбреца», «Труса», «Любовника», «Путешественника») и концептов (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 времени .

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» .

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».

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» . 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.

## Причины возникновения формализованного подхода к реализации института допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве

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.

. Представления советского периода о допустимости доказательств. Характерной чертой нового государственного строя было резко выраженное неприятие старой «буржуазной» системы судопроизводства: Декретом ВЦИК о суде № 1 провозглашено 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 № 2 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 Судов 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 РСФСР , в частности, ст. 68 которого определяет, что «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...

## Характеристика материальных критериев допустимости доказательств в уголовном процессе

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» . 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 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» .

Российское законодательство исходит из защиты особой демократической свободы - свободы вероисповедания, что явствует из ст. 3 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» : 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» .

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

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 греха . 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).

## Досудебный порядок реализации института 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» .

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 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» . 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, 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, НА. 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 санкций .

Д.А. Липинский, возражая против неоправданного, на его взгляд, расширение составов уголовно-процессуальной ответственности, 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 предупреждения .

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» . 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»