Терехин Владимир Вячеславович. Допустимость доказательств в уголовном процессе (методологический, правовой, этический аспекты): диссертация ... доктора Юридических наук: 12.00.09 / Терехин Владимир Вячеславович;[Место защиты: Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации].- Нижний, 2016

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Исторический и юридико-догматический аспекты допустимости доказательств в российском уголовном процессе 31**

1.1 Истоки и генезис представлений о допустимости доказательств в теории и практике отечественного уголовного процесса 31

1.2 Нормативно-правовая конструкция допустимости доказательств в современном уголовно-процессуальном законодательстве 63

1.3 Проблематика использования недопустимых доказательств в контексте современной судебно-следственной практики по уголовным делам .110

**Глава 2. Теоретико-методологические и нравственно-аксиологические предпосылки к пересмотру стандарта допустимости доказательств в уголовном процессе .162**

2.1 Структурно-системный аспект допустимости уголовно процессуальных доказательств 162

2.2 Нравственно-аксиологический аспект стандарта допустимости уголовно-процессуальных доказат ельств 210

2.3 Понятие допустимости доказательств в контексте уголовно-процессуального законодательства зарубежных (постсоветских) стран .255

**Глава 3. Правовые, этические и когнитивные основания новой концепции допустимости судебных доказательств в российском уголовном процессе 283**

3.1 Философско-правовые основания института допустимости уголовно-процессуальных доказательств в справедливом уголовном судопроизводстве 283

3.2 Стандарт допустимости судебных доказательств в контексте информационно-когнитивной теории доказывания по уголовным делам . 318

3.3 Допустимость как условие формирования «доказательств» в справедливом уголовном судопроизводстве 373

Заключение 419

Список литературы

**Введение к работе**

**Актуальность темы диссертационного исследования**. Институт допустимости доказательств занимает особое место в структуре уголовно-процессуального права и теории доказательств. Являясь по сути квинтэссенцией (экстрактом) формы уголовного судопроизводства, допустимость доказательств в отечественной научной парадигме обоснованно отождествляется с законностью всей процедуры доказывания. Допустимость определяет эффективность уголовного преследования и уровень защищенности прав и свобод участников судопроизводства, разграничивает правомерные и незаконные действия участников доказывания, устанавливает баланс публичных и частных интересов в досудебном и судебном производстве.

Нормы действующего законодательства, регулирующие допустимость доказательств, объективно детерминируют прочие процессуальные институты досудебного производства. В этой связи, оценивая интегративное воздействие института допустимости на процесс доказывания, следует констатировать его явное несоответствие современному уровню угроз экономической, национальной безопасности в виде киберпреступности, наркопреступности, организованных форм экономической преступности и элитарной коррупции.

Объективная потребность защиты общества от преступности диктует необходимость расширения сферы применения результатов ОРД, иной аль-терпроцессуальной информации в уголовном процессе, наделения органов, осуществляющих ОРД, дознание и следствие, такими полномочиями, которые обеспечивали бы им информационное превосходство над преступниками, что является решающим фактором успеха уголовного преследования. Полемика о правовом значении и возможных пределах использования в уголовно-процессуальном доказывании результатов процессуальной (проверочной), «альтерпроцессуальной», непроцессуальной, оперативно-разыскной и подобной познавательной деятельности не утрачивает остроты. Предельно догматическое отношение значительной части процессуалистов к понятию

допустимости доказательств (отчасти воспринятое и законодателем) в равной степени препятствует эффективному использованию результатов оперативно-разыскной, административной и «иной процессуальной» деятельности (в том числе реализуемой защитником) в производстве по уголовным делам с целью установления истины по делу. Основой такого подхода является существующий уровень нормативного регулирования и правопонимания данного процессуального института.

Часть 2 ст. 50 Конституции РФ запрещает использовать при отправлении правосудия доказательства, полученные с нарушениями федерального закона. Конституционная норма воспроизведена законодателем в ст. 75 УПК РФ, толкование правовых предписаний которой в системной связи с другими нормами, определяющими форму досудебного уголовного производства, формирует модель (стандарт) допустимости доказательств. Данный стандарт признает законными только процессуальные способы собирания доказательств, письменную форму фиксации порядка их проведения и результатов (протоколирование), ограничивает легальный перечень источников доказательств и круг участников, могущих проводить доказывание. При этом нормативного определения данного свойства в уголовно-процессуальном законе нет. Кроме того, ст. 17 УПК РФ на уровне принципа утверждает свободу оценки доказательств на основе внутреннего убеждения субъектами доказывания и отсутствие у каких-либо доказательств заранее установленной силы. Однако в п. 1, 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ явно присутствует идея формальной оценки доказательств. Такое очевидное противопоставление в законе идей свободы оценки доказательств на основе внутреннего убеждения и формальной оценки свидетельствует о пробелах в понимании законодателем сущности и содержания свойства допустимости, его значения для правосудия по уголовным делам.

Указанные обстоятельства не позволяют последовательно формировать единообразную практику проверки и оценки юридической силы доказательств, собранных с нарушениями установленных в законе правил, что со-

здает благоприятную почву для злоупотреблений субъектами доказывания и ставит под сомнение законный характер публичного уголовного преследования. Наличие данной проблемной ситуации, перешедшей в хроническое состояние, на протяжении ряда лет констатируют руководители страны и правоохранительных органов.

Анализ материалов судебной и следственной практики показывает, что существенная часть жалоб на нарушения законности в ходе расследования, в том числе на односторонность, неполноту доказывания, не воспринимается должным образом должностными лицами органов прокурорского надзора и судебного контроля. В итоге жалобы разрешаются с опозданием в судебно-контрольных стадиях, немалая их часть доходит до Европейского суда по правам человека.

Потребность во всестороннем анализе сущности и содержания совокупности нормативных предписаний, образующих процессуальную форму «допустимости», и синтезе на основании полученных результатов исследования, современной концепции допустимости доказательств в уголовном процессе обусловлена не только проблемами практики судопроизводства, но и имеющей место стагнацией юридической науки на данном направлении. Одну из причин проблемной ситуации мы видим в недостаточной разработанности основ свойства допустимости уголовно-процессуальных доказательств на уровне теории и методологии познания. До настоящего времени в науке уголовного процесса допустимость доказательств исследовалась и рассматривалась большинством специалистов исключительно в формально-догматическом аспекте. Однако допустимость доказательств как нормативно-правовой институт является сложным, многоуровневым институциональным образованием, призванным упорядочивать весь процесс доказывания, все судопроизводство.

Концептуальная организация института допустимости в конечном счете имеет этносоциальную, религиозную детерминацию. В этой связи следует отметить, что роль и значение доктрины прав и свобод человека как важней-

шей части этической парадигмы Запада для допустимости уголовно-процессуальных доказательств в отечественной науке уголовного процесса остается малоисследованной и, по мнению некоторых отечественных специалистов, имеет негативное значение для реформы уголовного судопроизводства. Таким образом, кроме собственно правовых причин сложившейся проблемной ситуации (неопределенность нормативного механизма регулирования свойства допустимости уголовно-процессуальных доказательств, его проверки и оценки, несоответствие применяемого стандарта данного процессуального института правовой реальности) следует выделить причины методологического и этического свойства.

В самое последнее время злободневность темы исследования обострилась в связи с изменившимся контекстом: проявилась тенденция ее переноса из юридической плоскости в политическую и экономическую, чему способствовало противостояние с Западом, и, как следствие, замедление процесса интеграции России в международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства. Совокупность указанных факторов способствует восстановлению следственной модели (в советском варианте) и усилению формализации доказывания и допустимости. По мнению диссертанта, возврат к советской модели допустимости доказательств в уголовном процессе не отвечает стратегическим интересам России и требует реакции со стороны научного сообщества.

**Степень разработанности проблемы**. Тема проверки и оценки пригодности (допустимости) доказательств является одной из центральных в науке уголовного процесса. Среди классиков, заложивших основы ее разработки, следует назвать Л.Е. Владимирова, А. Жиряева, А.Ф. Кони, В.К. Слу-чевского, И.Я. Фойницкого, С.Д. Спасовича, С.И. Викторского. Заметный вклад в развитие тематики оценки допустимости доказательств внесли труды таких известных ученых, как В.Д. Арсеньев, В.А. Банин, Р.С. Белкин, А.Я. Вышинский, М.М. Гродзинский, В.Я. Дорохов, Г.Г. Доспулов, Ц.М. Каз, Л.М. Карнеева, Л.Д. Кокорев, В.Я. Колдин, А.М. Ларин, И.М. Лузгин,

П.И. Люблинский, Г.М. Миньковский, Я.О. Мотовиловкер, И.И. Мухин, Р.Д. Рахунов, Г.М. Резник, И.Д. Перлов, Н.Н. Полянский, М.А. Чельцов, В.М. Савицкий, М.С. Строгович, А.И. Трусов, Л.Т. Ульянова, А.А. Хмыров, Ф.Н. Фаткуллин, С.А. Шейфер, А.А. Эйсман и др.

Заслуживают внимания исследования, затрагивающие данную тематику, проводившиеся сравнительно недавно А.В. Агутиным, В.А. Азаровым, А.С. Александровым, В.М. Бозровым, В.С. Балакшиным, А.С. Барабашем, А.Р. Белкиным, Н.А. Громовым, О.В. Гладышевой, А.А. Давлетовым, В.С. Джатиевым, Е.А. Долей, В.И. Зажицким, З.З. Зинатуллиным, В.В. Золотых, С.В. Зуевым, Е.А. Карякиным, Л.М. Карнозовой, Н.М. Кипнисом, Н.П. Кузнецовым, М.К. Каминским, Н.Н. Ковтуном, Р.В. Костенко, Ф.М. Ку-диным, А.В. Кудрявцевой, А.А. Кухтой, В.А. Лазаревой, О.В. Левченко, А.Ф. Лубиным, В.В. Мельником, И.Б. Михайловской, В.А. Новицким, Ю.К. Орловым, С.А. Пашиным, И.Л. Петрухиным, Г.А. Печниковым, М.П. Поляковым, А.С. Подшибякиным, А.А. Тарасовым, В.А. Семенцовым, А.В. Смирновым, В.С. Шадриным, С.А. Шейфером и др.

Отличие данного диссертационного исследования от научных трудов предшественников обусловливается в первую очередь тем, что в отечественной науке уголовного процесса не проводилось всестороннее, комплексное теоретико-методологическое исследование (на основе достигнутых современной гуманитарной наукой знаний) процесса формирования свойства допустимости познавательных структур в праве, генезиса системы дозволений и запретов, образующих в своей совокупности уголовно-процессуальную форму доказывания и свойства допустимости доказательств. Не исследовалось в достаточной мере происхождение «допустимости» в тех типах процессов, которые обусловили структуру современного отечественного судопроизводства. Среди ученых-процессуалистов до настоящего времени остается фактически общепринятым представление о свойстве допустимости уголовно-процессуальных доказательств как о совокупности позитивных требований формального характера, теоретико-методологическое обоснование кото-

рого было разработано в период действия УПК РСФСР. Для практиков уголовного процесса фактическое содержание допустимости осталось неизменным: совокупность формальных, нормативно установленных предписаний, требований, запретов и т. д., образующих процессуальную форму доказывания, которой должен соответствовать процесс получения доказательств. Взаимосвязанность и обусловленность свойства допустимости доказательств и процесса его проверки и оценки с главенствующими правовыми идеями (принципами), существенно различающимися в различных типах судопроизводства, фактически не исследовались. Более того, изучение свойства допустимости в институциональном аспекте проводилось без учета этических (нравственных) понятий, правовых обычаев и традиций, восполнявших или замещавших позитивные нормы, свойственных правосознанию социума на различных этапах исторического развития.

В советской науке уголовного процесса проблемы исследования допустимости доказательств, как правило, не выходили за границы исследования путей мышления к истине (объективной). Но в связи с достигнутым уровнем развития кибернетики, информатики, лингвистики, психологии, этики и других отраслей гуманитарного знания традиционные и онтологически ориентированные исследования допустимости уголовно-процессуальных доказательств обязаны быть дополнены сведениями, относящимися к информационной, семиотической (знаковой), когнитивной, этической сферам познания. Вышеуказанные подходы к проявлениям теории познания в сфере уголовного процесса, оказывающие влияние на свойство (и институт в целом) допустимости доказательств в уголовном процессе, являются предметом интенсивных самостоятельных и междисциплинарных исследований представителей нижегородской школы процессуалистов1, результаты которых использо-

1 Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002; Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2005; Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2003.

вались и при проведении настоящего исследования. Между тем в сопоставлении теоретико-познавательного, нормативного и этического подходов, а также в системном анализе и последующем синтезе результатов исследования, построении и описании обновленной концепции допустимости доказательств в современном отечественном уголовном судопроизводстве имеется перспектива достижения оптимального результата исследования.

Нерешенность проблем допустимости доказательств на теоретико-методологическом уровне обусловливает эклектичность позитивных правовых норм (в том числе норм-принципов), что, в свою очередь, ведет к негативным последствиям в практике органов следствия, дознания, прокуратуры, судов. Решение проблемы на теоретико-методологическом уровне позволит разрешить правовые и этические проблемы доказывания, «преломляющиеся» в данном понятии, базовом для теории доказательств и доказательственного права.

Таким образом, основная научная проблема заключается в системной разработке и восполнении пробелов оснований методологии уголовно-процессуального доказывания и ее выражения в нормах института допустимости доказательств.

В данной связи в качестве **объекта исследования** выступает система правоотношений, складывающихся в сфере уголовно-процессуального познания.

**Предметом исследования** является генезис и современное состояние нормативного регулирования проверки и оценки допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве, правовое содержание института допустимости доказательств и обусловленные им закономерности уголовно-процессуального познания; многообразие доктринальных позиций и мнений по проблемам нормативного регулирования или практического функционирования института допустимости доказательств в уголовном судопроизводстве России; современная судебно-следственная практика, дающая представление о реальном состоянии и тенденциях развития института допустимости уголовно-процессуальных доказательств.

**Цель** диссертационного исследования – формулирование на теоретическом уровне концептуальной модели института допустимости доказательств в российском уголовном процессе, удовлетворяющей критериям научности, полноты и непротиворечивости.

Для достижения указанной цели потребуется решить следующие основные **задачи**:

1) исследовать общее понятие допустимых средств уголовно-процессу  
ального познания;

2) изучить генезис отечественной доктрины допустимости доказа  
тельств в уголовном процессе;

1. исследовать нормативно-правовое содержание понятия допустимости уголовно-процессуальных доказательств как институционального образования;
2. проанализировать свойство допустимости уголовно-процессуальных доказательств в контексте информационного, когнитивного, семиотического подходов к теории познания в сфере уголовного судопроизводства. Рассмотреть роль коммуникации, речевой активности и интерпретации в проверке и оценке допустимости доказательств;

5) проследить диалектическую взаимосвязь критерия формальной  
оценки допустимости доказательств и критерия оценки допустимости дока  
зательств на основе свободы внутреннего убеждения в отечественном уго  
ловном процессе;

6) определить место и роль института допустимости доказательств в  
диалектике дифференциации/унификации процесса доказывания, ускорении  
(упрощении) судопроизводства;

1. исследовать значение влияния западной концепции «прав человека» на русский институт допустимости уголовно-процессуальных доказательств;
2. выявить идейные корни института допустимости в российском уголовно-процессуальном праве;

9) выйти на определение основных стандартов допустимости в контек  
сте структурной реформы уголовного судопроизводства и, прежде всего,  
предварительного расследования;

10) сформулировать авторскую концепцию допустимости доказа  
тельств в виде проекта конкретных статей будущего УПК РФ.

**Научная новизна исследования** определяется использованием современных достижений гуманитарных наук при анализе ключевых понятий теории доказательств в уголовном процессе. Комплексный характер исследования (онтологического, гносеологического, этико-аксиологического аспектов) допустимости доказательств обусловливает авторское (концептуальное) понимание ее значения как правового и институционального феномена, суть которого состоит в использовании в уголовно-процессуальном доказывании информации, отвечающей определенному специально созданному законодателем стандарту допустимости доказывания, поддерживаемому судебной практикой, а также определяющему общие закономерности дифференциации/унификации, ускорения (упрощения) уголовно-процессуального доказывания.

Вторая составляющая новизны научного исследования состоит в попытке обоснования необходимости перехода к состязательной парадигме доказывания, обновлении теории уголовно-процессуальных доказательств как основы для создания качественно нового уголовно-процессуального права. Стандарты допустимости доказательств моделируются во взаимосвязи с предполагаемой реформой предварительного расследования и структурной перестройкой уголовного процесса по стандартам справедливого (состязательного) уголовного судопроизводства.

**Теоретическая значимость диссертационного исследования** заключается в обосновании разработанной автором новой теоретической модели стандарта допустимости для уголовно-процессуальных доказательств. Авторская концепция допустимости уголовно-процессуальных доказательств представляет попытку обновления теории судебных доказательств и в совокупности с некоторыми работами автора вносит заметный вклад в развитие

дискуссии по ключевым проблемам теории доказательств. Система аргументации, изложенная в диссертации, а также других работах диссертанта, оказала определенное влияние на развитие современной научной мысли и стала частью российской правовой культуры. Выводы и предложения диссертанта могут быть использованы в дальнейших научных изысканиях по теории уголовно-процессуальных доказательств.

Диссертационное исследование, ставшее продолжением и развитием целого ряда других работ автора, оказало влияние на решение таких ключевых дискуссионных проблем, связанных с развитием отечественного уголовно-процессуального права, как реформирование предварительного расследования, переход на состязательную технологию уголовно-процессуального доказывания и др.

**Практическая значимость результатов диссертационного исследования** состоит в выработке рекомендаций по совершенствованию института доказывания по уголовным делам, а также практики его применения. Диссертантом предложены конкретные решения по нормативно-правовому закреплению базовых положений доказательственного права. Им разработана и предложена для законодательного закрепления нормативно-правовая конструкция института допустимости уголовно-процессуальных доказательств.

Содержащиеся в диссертации положения и выводы могут быть использованы в учебном процессе образовательных организаций юридического профиля.

**Методологическая база диссертационного исследования** представлена общенаучным методом диалектического материализма и общими методами научного познания: индуктивным, дедуктивным, анализа, синтеза, а также частнонаучными методами, среди которых: исторический, сравнительно-правовой, формально-логический, статистический, социологический и др. Использованы наработки достижений современной философии, неклассической философии права.

Научная новизна находит выражение и в следующих **основных положениях, выносимых на защиту:**

**I.** **Положения, составляющие теоретико-методологическую основу авторской концепции стандартов допустимости, которая является развитием теории уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-разыскной деятельности.**

1. Стандарт допустимости – это легализованный в праве и подтвержденный практикой набор требований к форме доказательства, подтверждающих фактичность его содержания. Соответствие стандарту допустимости делает информацию и ее носитель «средством доказывания», пригодным к использованию судом для установления юридических фактов по уголовному делу. Образующие данный стандарт требования к допустимости действий сторон (до суда и вне суда) по получению информации являются производными от запретов, прямо закрепленных в законе. Стандарты справедливого судопроизводства являются общей правовой рамкой для формулирования правовых требований к надлежащему порядку формирования судебных доказательств. В стандарте допустимости следует различать два элемента: а) позитивный – связанный с формированием факта-доказательства и б) негативный – делающий фактический материал, полученный стороной в деле, недопустимым.
2. Стандарт допустимости доказательств составляет единое целое с формой уголовного процесса и обусловливает определенную парадигму уголовно-процессуального познания, или технологию доказывания (производства) истины. Этот стандарт определен законом, но не им одним. Интеллектуальные и морально-этические корни допустимости лежат в правовой культуре, правовой психологии. Стандарт допустимости – это когнитивная структура, что по большей части действует имплицитно. В основе уголовно-процессуального доказывания (познания – понимания) лежат специфические когнитивные структуры, одной из них является структура допустимости, формирующая языковую – правовую картину мира. «Стандарт допустимо-

сти» входит в «когнитивный фильтр» информации, допускаемой к формированию судебных фактов по делу. «Формирование доказательства» является допущением информации в «правомерный» процесс доказывания истины.

1. Допустимость дает бытие уголовно-процессуальному доказательству. Доказывание, проводимое в уголовно-процессуальной форме, приводит к формированию доказательственных фактов. Без обработки информации по уголовно-процессуальной программе оно не допускается в сферу интеллектуального обмена, где действуют относимость, достоверность, достаточность и другие критерии правомерного использования информации. Допустимость структурирует, организует фактический материал в доказательственный; она отвечает за превращение информации в «процедурное» (иначе говоря – «эстафетное», переходящее из стадии в стадию, от одного участника процесса к другому) знание в ходе производства следственных, иных процессуальных действий, через отдельные процедуры и все уголовное судопроизводство. Если же форма нарушена – нет доказательств, нет фактов, хотя бы информация и ее носитель (фактический материал) были. Что недопустимо, то недоказательно.
2. Судебное доказательство – это информация плюс модель, это осмысленные, структурированные по когнитивной схеме сведения. Только пройдя явный и неявный, имплицитный и эксплицитный отбор по стандарту допустимости, информация перевоплощается в факт. Допустимость – это когнитивная модель, по которой «уголовно-процессуальный разум» как разновидность языкового сознания моделирует (конструирует) реальную действительность и «вписывает» ее в текст процессуального решения. Допустимость структурирует информацию и превращает ее в факт, то есть в знание, признаваемое пригодным для подтверждения истины. Знаковость допустимости в том, что она делает информацию структурным знанием. Просто «информацию» она делает процедурным знанием – доказательством, то есть средством, которым можно пользоваться в технологии производства истины.
3. Стандарт допустимости обеспечивает «нормальную» коммуникацию, понимание смысла сообщений, информации. То, что не понято, не раскодиро-

вано по стандарту допустимости, не допускается в качестве доказательства. Поэтому одним из безусловных оснований признания показаний недопустимым доказательством является непредоставление участнику процесса переводчика (в нарушение ст. 18 УПК РФ) при проведении допроса, других следственных действий, направленных на получение информации от человека.

6. Допустимость входит в технологию доказывания, производства процессуальной (судебной) истины. Стандарт допустимости – это и стандарт истины, и стандарт законности приговора. Критерии оценки допустимости доказательства находятся в единстве с определенной моделью истины и техникой его производства, то есть образуют парадигму познания/доказывания.

Концепция объективной истины предполагает следственную модель доказательства и его свойства допустимости. Институт допустимости доказательств в следственном уголовно-процессуальном праве – это следственный (он же – формалистский) способ ограничения односторонности действий – произвола властных, публичных участников. Он не исключает произвола в принципе, но маскирует и отчасти сглаживает его.

Состязательная уголовно-процессуальная парадигма имеет свою модель познания (конструирования реальности), свою технологию производства истины, в которые входит и допустимость. В состязательной процедуре судебного доказывания одно из ее слагаемых – в виде допустимости – способствует справедливому разрешению уголовно-правового спора; не только легализует, но и легитимизирует истину и путь к ней. Стандарт допустимости доказательств приобретает значение процессуальной гарантии в системе фундаментальных правовых институтов справедливого судопроизводства. Первоочередным из них является институт независимой судебной власти.

Все гарантии следственного правового режима доказывания по уголовным делам несравнимы по значимости с фундаментальным принципом разделения властей и независимостью суда. Нет независимого суда – нет и той силы, которая по справедливости применяет стандарт допустимости при формировании фактов. В следственном процессе, фундаментальным свой-

ством которого является неравенство между официальным субъектом доказывания (государством) и неофициальным (частным лицом), есть своя система сдержек и противовесов между участниками доказывания истины; и стандарт допустимости является элементом этой системы.

Стандарт допустимости является или проводником конкуренции, состязательности, равенства в доказывании истины, или средством сохранения монополии государства в лице судебно-следственной власти на установление «объективной истины».

7. Стандарт допустимости – это показатель правильного знания, обрат  
ная сторона достоверности. Но если достоверность характеризует содержа  
тельный аспект, то допустимость – формальный аспект истины. Мыслимая в  
широком смысле, допустимость как требование к корректности речи, диало  
га, как речевая, коммуникационная правильность должна увязываться с ис  
тиной когерентной. Концепция объективной истины органична в следствен  
ной парадигме, где стандарт допустимости адресован протоколу следствен  
ного действия – документу.

8. Допустимость является сводным, интегрированным показателем  
правильности («законности»), а значит корректности – убедительности ин  
формационного продукта, предлагаемого стороной суду в качестве модели  
(версии) исследуемого события, его элемента. Убеждающий эффект доказа  
тельства идет от внешнего к внутреннему. Допустимость вовлечена в произ  
водство эффекта убеждения. Нет допустимости – нет доказательства, кото  
рым можно было бы устанавливать предмет доказывания. Недопустимое не  
убеждает, но порождает или усиливает сомнения. Если допустимость доказа  
тельства не вызывает сомнения, оно с большей вероятностью убедит судью.

9. Стандарт допустимости доказательств имеет политическое измерение. Допустимость – это элемент уголовно-процессуальной политики в со  
ставе уголовной стратегии противодействия преступности. Если уголовная  
политика – это приведение преступности к желаемому властью, обществом  
состоянию, то допустимость используемых для этого правовых средств – это

мера реализации желаемого. В стандарте допустимости отражены сумма разнородных интересов, баланс сил в обществе. Стандарт допустимости доказательств – это одно из условий социального договора между обществом и государством по поводу гарантий неприкосновенности личности и практики применения легального насилия к преступникам по основаниям, принимаемым за истину общественным мнением. В степени формализации процедуры и определении критериев проверки и оценки допустимости доказательств, в легализованных властью средствах защиты социума от преступности находит выражение уголовная политика государства.

1. Современный уголовный процесс с присущим ему институтом допустимости не позволяет эффективно защищать национальные интересы России. Современная геополитическая обстановка требует изменения уголовной, уголовно-процессуальной политики, которая должна стать правовым инструментом противодействия организованной экономической преступности и сросшейся с ней элитной коррупции, ставших наибольшей угрозой национальной безопасности.
2. Принципиально важным является переход от позитивизма к правовому реализму, позволяющий выйти за границы юридико-догматического подхода к определению допустимости. Суть не догматического, а интерпретационного определения стандарта допустимости в том, что стандарт допустимости доказательства определяется судьей по своему внутреннему убеждению, исходя из смысла действующего закона, толкуемого в контексте проводимой уголовной (уголовно-процессуальной) политики, являющейся воплощением справедливости и баланса ценностей, подлежащих защите государством.

Стандарт допустимости уголовно-процессуального доказательства не предписывается законом, а определяется правосознанием через толкование смысла закона. Стандарт допустимости прописывается в тексте закона, но прочитывается судьей. Этот стандарт определяется в ходе аргументацион-ной, интерпретационной деятельности участников судебного процесса по по-

воду смысла законодательной формулировки правила о допустимости дока  
зательств. Закон не может дать правоприменителю исчерпывающего опреде  
ления допустимости, равно как и признаков недопустимости его. Объективно  
необходима проверка правильности понимания стандарта допустимости с  
привлечением максимально возможного числа специалистов-

интерпретаторов. В сомнительных случаях справедливость является последним мерилом правильности интерпретации закона о допустимости.

12. Обоснование перехода от следственного стандарта допустимости к состязательному (судебному). Только реальное разделение властей государства и судебной власти – дает институциональную основу допустимости в состязательной – наиболее надежной (объективной) – технологии уголовно-процессуального доказывания «процессуальной истины» (вероятного знания).

12.1. Переход (в теории) к состязательному стандарту допустимости осуществляется по нескольким направлениям.

Во-первых, по линии «понятия доказательства»: стандарт допустимости становится судебным и распространяется на сведения, представляемые суду. Соответственно а) отпадает необходимость в нормативном определении доказательства как универсального для досудебного и судебного производств понятия1; б) само определение допустимости следует проводить от обратного – через конкретное описание недопустимого.

Главным условием состязательного способа формирования доказательств является требование к тому, чтобы оно осуществлялось с участием судьи. Состязательный стандарт допустимости – это судебный стандарт. Судья определяет стандарт допустимости при доказывании, производимом по конкретному уголовному делу, исходя из предписаний закона, а в случае нехватки закона – руководствуясь общими представлениями о справедливом и

1 Снимая проблему легального определения доказательства, мы разрешаем общую проблему определения допустимости, перенося ее в сферу конкретных запретов, прописываемых в УПК РФ, нарушение которых ведет к недопустимости фактических данных, представляемых стороной в качестве доказательства для использования по назначению, то есть доказывания судебных фактов. Деформализация понятия доказательства и его источников – ключ к формулировке нового стандарта допустимости доказательства.

правильном. Предписание законодателя о допустимости доказательств не имеет никакого иного смысла, кроме того, что понял и признал пригодным к применению судья ввиду необходимости разрешения уголовного дела по существу и решения отдельного спорного вопроса.

Сведения могут быть представлены судье в любом виде, на любом носителе, главное, чтобы была возможность их верификации в судебном заседании и установления аутентичности. Доказательства могут быть получены субъектами доказывания откуда угодно; важно только, чтобы в суде можно было проверить их источник, способ получения и последующей передачи суду. Форма, в которой будет зафиксирована и представлена суду доказательственная информация, должна быть такой, чтобы позволяла суду и оппоненту проверить достоверность и полезность информации.

Во-вторых, по технологии доказывания – это требования к судебному доказыванию в виде «стандартов справедливого судебного разбирательства», каковым следует считать состязательное судебное разбирательство.

В состязательном стандарте допустимости содержатся такие элементы, как: 1) стороны активны в постановке вопросов о допустимости доказательств, исключении недопустимых доказательств и пр., 2) исключительно суд дает ответы на эти вопросы, 3) суд вправе проявить инициативу и проверить допустимость доказательств, выявив нарушения уголовно-процессуального закона или угрозу истине ввиду недостаточной активности субъектов доказывания, 4) активность суда может быть сопряжена с восстановлением допустимости доказательства, полученного с нефундаментальным нарушением закона.

Любое доказательство как сумма слагающих его свойств, включая допустимость, должно формироваться с участием обеих сторон непосредственно перед судьей. Принципы справедливого судебного разбирательства, такие как состязательность процедуры, равенство сторон, непосредственность, гласность, позволяющие поверить верифицируемость, относимость и полезность сведений, определяют их допустимость. Фактические данные, собран-

ные сторонами в досудебном производстве в соответствии с требованиями закона, безусловно, любые фактические данные, обладающие свойством от-носимости, полученные сторонами во время досудебного производства без нарушения закона, должны быть допущены к судебной проверке, по результатам которой принимается решение об их использовании для установления существенных обстоятельств по делу.

В стандарт допустимости доказательств должен быть заложен нравственно-этический критерий справедливости. До суда каждой из сторон допустимо получать сведения в пользу своей позиции прямо не запрещенными законодательством способами. Стандарт допустимости применяется судом при проверке и оценке фактического материала, представленного сторонами, как по их требованию, так и по своей инициативе, прежде всего, с целью, гарантирования конституционных прав человека и гражданина, иных охраняемых правом ценностей (в том числе справедливость и истина).

В-третьих, по линии субъекта – только суд является субъектом оценки допустимости судебного доказательства. Другие субъекты правоприменения высказывают свое мнение о допустимости, кроме тех случаев, когда закон позволяет договорной способ установления фактов по делу и истины.

Субъектом права на определение допустимости должен быть исключительно суд. При оценке допустимости уместен стандарт «разумных сомнений»: все сомнения в допустимости доказательств обвинения, равно как и защиты должны толковаться в пользу обвиняемого. В сомнительном случае судья, во-первых, должен по своей инициативе принять меры по снятию сомнений в допустимости доказательства, а, во-вторых, если сомнения остаются, то толковать их в пользу обвиняемого. Если получение доказательства не сопряжено с нарушением конституционных прав гражданина и в условиях состязательной процедуры возможна его верификация, то суд может допустить данное доказательство, если иным образом невозможно выяснение существенного обстоятельства по делу. Граница допустимости, ее пороговое значение детерминируется фактором насилия, незаконного принуждения.

Суд не должен использовать обвинительное доказательство, если установит, что его применение противоречит ценностям, защищаемым системой уголовного правосудия, и будет воспринято в социуме как несправедливое (аморальное). Суду следует исключить оправдательное доказательство, если исключена возможность его верификации в судебном заседании с участием стороны обвинения. Суд должен исходить из необходимости допущения любого доказательственного материала, способного оказать ему содействие в установлении истины и восстановлении справедливости.

При состязательной модели доказывания стандарт допустимости используется двояко: как инструмент конструирования процессуальной реальности, формирования доказательств и как инструмент их деконструирования.

**II. Выводные положения, составляющие доктринальный проект нормативно-правовой конструкции допустимости судебных доказательств:**

1. Пункт статьи «Общие понятия»

«Доказательствами являются любые относимые сведения, полученные участниками уголовного производства не запрещенными законом способами1, которыми стороны подтверждают свои утверждения, а суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, и которые имеют значение для правильного разрешения дела по существу или для решения иного юридически значимого вопроса».

2. Статья 1 «Понятие доказательства»

«Доказательствами могут быть общеизвестные факты, презумпции, преюдиции, а также показания участников уголовного производства, данные суду, заключения эксперта, специалиста, вещественные доказательства, процессуальные, оперативно-разыскные, а также иные документы, которые не были исключены судом как недопустимые.

3. Статья 2 «Требования, предъявляемые к доказательствам».

1 Понятие «законный способ» подлежит широкому толкованию и предполагает получение доказательств в соответствии с УПК РФ и иными нормативными правовыми актами.

«1. К доказательствам предъявляются требования допустимости и от-носимости к уголовному производству.

1. Требование допустимости означает, что доказательства должны быть получены в соответствии с настоящим Кодексом либо в соответствии с иными нормативными правовыми актами, регламентирующими ту деятельность, в ходе осуществления которой доказательства были получены1.
2. В основу судебного решения могут быть положены только доказательства, исследованные в ходе судебного заседания».
3. Статья 3. «Недопустимые к доказыванию сведения».

«1. Недопустимыми являются сведения, полученные в результате существенного нарушения прав и свобод человека, гарантированных Конституцией России, общепризнанными принципами и нормами международного права и международных договоров.

2. Существенными нарушениями прав человека в любом случае являются:

1) осуществление действий без судебного решения либо с такими от  
ступлениями от процедуры его получения (когда получение такового обяза  
тельно), которые извращают саму его суть;

2) получение информации в результате применения насилия, угроз,  
пытки либо иного жестокого или унижающего человеческое достоинство об  
ращения;

1. неустранимые нарушения права лица на защиту;
2. получение показаний от лица, которому не было разъяснено право не свидетельствовать против самого себя и своих близких родственников, круг которых определен законом, либо с нарушением этого права;
3. получение показаний без переводчика в случаях, когда участие переводчика является обязательным;

1 Доказательства могут быть получены процессуальным и непроцессуальным путем. В первом случае необходимо соблюдение норм УПК РФ, во втором – иных нормативных правовых актов (Федеральные законы «Об ОРД», «О частной детективной и охранной деятельности» и т. д.). Критичным является условие непротиворечивости положений нормативных актов.

1. получение показаний без участия защитника, адвоката, когда их участие по закону является обязательным;
2. лишение права на перекрестный допрос.

3. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут  
быть положены в основу обвинения, а также использоваться в доказывании.

1. Доказательства признаются недопустимыми по ходатайству сторон либо по собственной инициативе прокурора, следователя, дознавателя (в пределах их полномочий) или суда.
2. Доказательства, полученные с иными, в отличие от тех, что указаны в ч. 1, 2 ст. 2 нарушениями законодательства, могут быть использованы в доказывании в двух случаях, а именно:
3. если одна из сторон ходатайствует об использовании данных доказательств в судопроизводстве, а другая сторона не возражает против этого;
4. если в результате справедливого судебного разбирательства нарушения закона, допущенные при получении сведений, были исправлены и суд счел возможным ввиду полезности сведений использовать их в доказывании по причине отсутствия иных средств установления истины».

5. Внесудебный способ получения личных доказательств является недопустимым в состязательном процессе. И напротив, существенное нарушение прав сторон на участие в прямом, перекрестном, дополнительном допросах следует расценивать как нарушение уголовно-процессуального закона, влекущее за собой признание показаний недопустимыми доказательствами.

**III. «Контекстуальные положения», являющиеся системными следствиями возможного введения нового стандарта допустимости доказательств:**

**1. Допустимость и дифференциация.** Допустимость – это форма существования доказательства (информации) в уголовном процессе. Дифференциация уголовно-процессуальных форм есть разнообразие проявлений одного стандарта допустимости, который происходит из наличия следующих факторов, образующих единую матрицу, «правовой интеграл»: правовое гос-

ударство, разделение властей, система сдержек и противовесов в виде состязательности сторон в судопроизводстве и самостоятельности и независимости судебной власти.

2. В основе суммарного производства должна лежать идея о договорном  
способе установления фактов. Подозреваемый, обвиняемый отказывается от  
спора со стороной обвинения и соглашается признать как само обвинение, так  
и доказательства, на которых оно основано. В такой ситуации допустимость  
доказательств презюмируется, стандарт доказывания не используется.

1. Проблема создания суммарного производства носит системный характер и потому решаться должна через структурную реформу уголовного судопроизводства. Перспективную основу для дифференциации уголовно-процессуальных форм доказывания представляет собой состязательная модель процесса. Именно институты состязательного процесса гарантируют достижение истины в сокращенных производствах и единство информационного содержания деятельности по доказыванию фактов по уголовному делу. Общая состязательная форма процесса позволяет проводить на ее основе дифференциацию форм того вида, который отвечает стандартам справедливого уголовного судопроизводства.
2. Стандарт допустимости становится предметом спора по инициативе стороны в деле. В случае же пересмотра судебного решения, вынесенного в особом порядке по основаниям, предусмотренным в законе, стандарт допустимости может быть задействован для ревизии доказательственного материала по инициативе стороны и суда вышестоящей инстанции.
3. При отсутствии спора относительно предмета доказывания, исходно определяемого обвинением, отпадают вопросы и к допустимости обвинительных доказательств, обосновывающих его. Если же такого рода вопросы ставятся стороной защиты или судом, то следует решение о переходе судебного разбирательства на обычный порядок. Уголовно-процессуальное соглашение, таким образом, может быть или полным, или никаким. Стандарт допустимости доказательств, следовательно, в такого рода процедурах разделя-

ет судьбу обвинения; он бесспорен так же, как и обвинение, а потому его действие как бы приостанавливается. Нет спора – нет доказывания, нет и проблем с определением стандарта допустимости доказательств.

6. Предлагается статья «Допустимость доказательств, полученных в результате досудебного соглашения о сотрудничестве и особого порядка вынесения обвинительного приговора в случае его отмены судом» следующего содержания: «В случае отмены судом судебного приговора, вынесенного в особом порядке, или прекращения досудебного соглашения о сотрудничестве по инициативе любой из сторон не допускается использование данных обвиняемым показаний против него».

**2. Новый стандарт допустимости и реформа уголовного процесса.**

Создание новой нормативно-правовой конструкции допустимости предполагает депроцессуализацию досудебного производства. Непризнание доказательственной силы за результатами оперативно-разыскной деятельности (уголовного, полицейского розыска), которая ранее составляла органичную часть полицейского дознания, не способствует эффективности уголовного преследования, ведет к примитивизации правоохранительной деятельности. В условиях отсутствия состязательности и судебного контроля эта мера имела ограниченный позитивный эффект в виде поддержания баланса между частным и публичным началами и ставила искусственный предел произволу.

2.1. В контексте европейских стандартов справедливого уголовного судопроизводства дифференциация таких составных частей полицейского дознания, как ОРД, проверочная деятельность, собственно уголовно-процессуальная деятельность (после возбуждения уголовного дела) теряет смысл, равно как и связанный с этой дифференциацией набор правил допустимости к уголовно-процессуальным следственным доказательствам, которые сводятся главным образом к правильности составления протоколов следственных действий, совершения следственных действий и т. п.

Суд должен подходить с одинаковым стандартом допустимости ко всем фактическим материалам, полученными органами, осуществляющими

уголовное преследование в досудебном производстве, независимо от того, какими способами были они получены – следственными действиями, оперативно-разыскными мероприятиями, иными правовыми действиями.

2.2. В досудебном производстве можно говорить о допустимости толь  
ко как о средстве самоконтроля сторон над собиранием своего фактического  
материала. Внесудебная деятельность лиц, будущих участников уголовно-  
правового спора, происходит в одностороннем порядке и является только  
подготовкой к судебному доказыванию. Это не означает, что такие элементы  
доказывания, как собирание, фиксация доказательств, находятся за предела  
ми процесса и не охватываются процессуальной формой. Охватываются, но  
только в той мере, в какой действия агентов обвинительной власти государ  
ства связаны с ограничением прав и свобод личности или по иной причине  
нуждаются в санкционировании суда, а вместе с тем, и с определением допу  
стимости как их самих, так и получаемого результата–доказательства. Уго  
ловно-процессуальное доказывание, спутником которого является вопрос о  
допустимости действий субъектов по получению доказательств, имеет место  
в рамках судебного контроля.

2.3. Стандарт допустимости должен быть сопряжен с состязательно  
стью формирования доказательств в суде и деформализацией выявления и  
раскрытия преступлений органами уголовного преследования. Оптимальным  
вариантом досудебного производства, обеспечивающим эффективность уго  
ловного преследования, полагаем полицейское дознание под процессуаль  
ным руководством прокурора. Процессуальные гарантии прав личности ос  
новываются на институте судебного контроля и фигуре следственного судьи,  
с наделением последнего полномочиями на признание допустимыми доказа  
тельств, полученных и представленных ему обеими сторонами на законных  
основаниях.

Только следственный судья в рамках досудебного производства по результатам судебной проверки вправе признать доказательство, полученное стороной и оспоренное противником, недопустимым.

**Степень достоверности результатов исследования** подтверждается:

– монографическими, в том числе диссертационными и иными работами, выполненными в науке уголовного процесса и теории доказательств, по тематике теоретических и прикладных аспектов познания в уголовном процессе, уголовно-процессуальных доказательств, унификации и дифференциации процессуальной формы судопроизводства, проблем обеспечения прав, свобод личности и законности в целом в сфере уголовного судопроизводства и др.;

– правовыми нормами конституционного, уголовно-процессуального и иного законодательства, правовыми позициями Конституционного Суда РФ, сформулированными в постановлениях и определениях, общепризнанными нормами и принципами международного права, решениями Европейского суда по правам человека, постановлениями Пленума Верховного Суда РФ, подзаконными нормативными правовыми актами;

– эмпирической базой исследования, которую составили ведомственные (открытые) статистические данные о соблюдении законности органами дознания, предварительного следствия и результатах их деятельности при выявлении, раскрытии и расследовании преступлений; статистические данные региональной и общероссийской судебной практики, судебные акты Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции различных субъектов РФ, а также материалы 216 уголовных дел, результаты анкетирования и интервьюирования 110 судей, 134 следователей, 84 прокуроров, 132 сотрудников оперативных подразделений органов внутренних дел. Сбор эмпирических данных проводился в Центральном, Приволжском и Северо-Западном федеральных округах.

**Апробация результатов исследования**. Основные положения диссертационного исследования докладывались на научных конференциях, проводившихся в Москве, Киеве, Нижнем Новгороде, Санкт-Петербурге, Екатеринбурге, Барнауле в 2012 – 2016 годах.

Материалы исследования внедрены в практическую деятельность ГУ МВД по Нижегородской области, Приволжской транспортной прокуратуры, УФСБ РФ по Нижегородской области, Владимирского областного суда. Они

используются при проведении учебных занятий по дисциплинам «Уголовный процесс», «Доказательства и доказывание», «Актуальные проблемы нормативного регулирования уголовного судопроизводства» в Нижегородской академии МВД России, Российском государственном университете правосудия, Нижегородской правовой академии (институте).

Результаты исследования нашли отражение в 60 опубликованных работах общим объемом 67,2 п. л.

Структура и объем диссертации обусловлены объектом, предметом, целью и задачами исследования и соответствует требованиям ВАК Министерства образования и науки Российской Федерации. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих в себя 9 параграфов, заключения, списка литературы, приложений.

## Нормативно-правовая конструкция допустимости доказательств в современном уголовно-процессуальном законодательстве

Сведения могут быть представлены судье в любом виде, на любом носителе, главное, чтобы была возможность их верификации в судебном заседании и установления аутентичности. Доказательства могут быть получены субъектами доказывания откуда угодно; важно только, чтобы в суде можно было проверить их источник, способ получения и последующей передачи суду. Форма, в которой будет зафиксирована и представлена суду доказательственная информация, должна быть такой, чтобы позволяла суду и оппоненту проверить достоверность и полезность информации.

Во-вторых, по технологии доказывания – это требования к судебному доказыванию в виде «стандартов справедливого судебного разбирательства», каковым следует считать состязательное судебное разбирательство.

В состязательном стандарте допустимости содержатся такие элементы, как: (1) стороны активны в постановке вопросов о допустимости доказательств, исключении недопустимых доказательств и пр., (2) исключительно суд дает ответы на эти вопросы, (3) суд вправе проявить инициативу и проверить допустимость доказательств, выявив нарушения уголовно-процессуального закона или выявив угрозу истине ввиду недостаточной активности субъектов доказывания, (4) активность суда может быть сопряжена с восстановлением допустимости у доказательства, полученного с нефундаментальным нарушением закона.

Любое доказательство, как сумма слагающих его свойств, включая допустимость, должно формироваться с участием обеих сторон непосредственно перед судьей. Принципы справедливого судебного разбирательства, как состязательность процедуры, равенство сторон, непосредственность, гласность, позволяющие поверить верифицируемость, относимость и полезность сведений, определяют их допустимость. Фактические данные, собранные сторонами в досудебном производстве в соответствии с требованиями закона, безусловно любые фактические данные, обладающие свойством относимости, полученные сторонами во время досудебного производства без нарушения закона, должны быть допущены к судебной проверке, по результатам которой принимается решение об их использовании для установления существенных обстоятельств по делу.

В стандарт допустимости доказательств должен быть заложен нравственно-этический критерий справедливости. До суда каждой из сторон допустимо получать сведения в пользу своей позиции прямо не запрещенными законодательством способами. Стандарт допустимости применяется судом при проверке и оценке фактического материала, представленного сторонами, как по их требованию, так и по своей инициативе, прежде всего, с целью, гарантирования конституционных прав человека и гражданина, иных охраняемых правом ценностей (в т.ч. справедливость и истина).

В-третьих, по линии субъекта – только суд является субъектом оценки допустимости судебного доказательства. Другие субъекты правоприменения высказывают свое мнение о допустимости, кроме тех случаев, когда закон позволяет договорной способ установления фактов по делу и истины.

Субъектом права на определение допустимости должен быть исключительно суд. При оценке допустимости уместен стандарт «разумных сомнений»: все сомнения в допустимости доказательств обвинения, равно как и защиты должны толковаться в пользу обвиняемого. В сомнительном случае судья, во-первых, должен по своей инициативе принять меры по снятию сомнений в допустимости доказательства, а, во-вторых, если сомнения остаются, то толковать их в пользу обвиняемого. Если получение доказательства не сопряжено с нарушением конституционных прав гражданина и в условиях состязательной процедуры возможна его верификация, то суд может допустить данное доказательство, если иным образом невозможно выяснение существенного обстоятельства по делу. Граница допустимости, ее пороговое значение детерминируется фактором насилия, незаконного принуждения. Суд не должен использовать обвинительное доказательство, если установит, что его применение противоречит ценностям, защищаемым системой уголовного правосудия, и будет воспринято в социуме как несправедливое (аморальное). Суду следует исключить оправдательное доказательство, если исключена возможность его верификации в судебном заседании с участием стороны обвинения. Суд должен исходить из необходимости допущения любого доказательственного материала, способного оказать ему содействие в установлении истины и восстановлению справедливости. При состязательной модели доказывания стандарт допустимости используется двояко: как инструмент конструирования процессуальной реальности, формирования доказательств, и как инструмент их деконструирования. II. Выводные положения, составляющие доктринальный проект нормативно-правовой конструкции допустимости судебных доказательств. Он включает в себя: 1. Пункт статьи «Общие понятия» «Доказательствами являются любые относимые сведения, полученные участниками уголовного производства незапрещенными законом способами11, которыми стороны подтверждают свои утверждения, а суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, и которые имеют значение для правильного разрешения дела по существу или для решения иного юридически значимого вопроса». 2. Статья 1 «Понятие доказательства» Доказательствами могут быть общеизвестные факты, презумпции, преюдиции, а также показания участников уголовного производства, данные суду, заключения эксперта, специалиста, вещественные доказательства, процессуальные, оперативно-розыскные, а также иные документы, которые не были исключены судом как недопустимые.

## Проблематика использования недопустимых доказательств в контексте современной судебно-следственной практики по уголовным делам

Недостаточная определенность в вопросе о нормативном закреплении допустимости порождает актуальность прикладной проблемы использования недопустимых доказательств в контексте современной судебно-следственной практики по уголовным делам. Иными словами, речь идет о толковании судами (правоприменителем) «реальных» критериев допустимости, и, напротив, реальных пределов использования недопустимых доказательств. Данной проблематике специально была посвящена наша кандидатская диссертация и ряд статей199, где мы обобщили подходы практики и теории, сформировавшиеся к 2006 году, к проблеме использования недопустимых доказательств. В данном параграфе мы отчасти повторим и дополним наши выводы по указанной проблематике в свете произошедших изменений законодательства, новых прецедентов правоприменительной практики, и что самое главное – ввиду изменения нашего видения сущности феномена допустимости уголовно процессуальных доказательств. Внимание к проблематике недопустимых доказательств закономерно, прежде всего, с прагматической стороны. Но можно сказать, что это вопрос уголовно-политический. От выбора позиции зависит ход дальнейшего развития этого процессуального института: превращение его либо в (1) инструмент, способствующий манипуляции уголовным преследованием, оправданию обвинительного уклона и произволу правоохранительных органов, либо в (2) эффективное средство достижения истины по уголовным делам, которое, ограничивая обвинительную власть, обеспечивает защиту прав и интересов участников процесса, позволяет проводить эффективное уголовное преследование. Необходим оптимальный баланс частного и публичного, правозащитного и правоохранительного в толковании стандарта допустимости. Причем, в системной связи со всеми элементами системы сдержек и противовесов, сложившейся на данный момент в уголовном судопроизводстве, а шире – в политико-правовом режиме государства. Законность действий публичных, должностных лиц определяется, помимо национальных позитивных норм, общепризнанными принципами и нормами международного права и международных договоров, ратифицированных Россией, включая нормы Европейской Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» и протоколов к ней (в толковании Европейского Суда по правам человека), а также правовыми позициями Европейского суда по правам человека, содержащимися в его окончательных решениях (постановлениях)200. Отметим, что Верховный Суд РФ в постановлении Пленума № 21 от 27 июня 2013 г. «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от ноября 1950 года и Протоколов к ней» указывает, что конвенциональные нормы (включая правовые позиции, сформулированные в протоколах и окончательных судебных решениях) являются важной частью отечественного уголовно-процессуального права и процессуальной формы судопроизводства. На любой из стадий процесса их учет правоприменителями обязателен, а толкование, при проведении проверки законности, обоснованности действий и решений (следовательно, и в ходе проверки и оценки допустимости доказательств), следует осуществлять системно, с учетом всех существенных обстоятельств дела201.

Став одной из наиболее ярких новел УПК РФ норма ст. 75, привлекла внимание и теоретиков и практиков уголовного процесса не только откровенно формальным подходом законодателя в части нормативного регулирования в п. 1 ч. 2 данной статьи (оснований признания недопустимыми доказательствами показаний подозреваемого, обвиняемого), явно не согласующимся с принципом свободы оценки доказательств на основе внутреннего убеждения, но и неконкретной формулировкой п. 3 ч. 2 этой же статьи, предоставившей весьма широкие пределы усмотрения субъектам оценки доказательств в вопросе дифференциации нарушений на влекущие утрату юридической силы доказательствами и не влекущими. При этом, законодатель фактически отождествляет недопустимые доказательства и доказательства, не имеющие юридической силы (ч. 1 ст. 75; ч. 3 ст. 88 УПК РФ).

## Нравственно-аксиологический аспект стандарта допустимости уголовно-процессуальных доказат ельств

Таким образом, мы считаем, что сторона защиты не вправе выдвигать бездоказательственные утверждения о недопустимости доказательств обвинения. Вместе с тем, сторона обвинения, будучи обязанной доказывать обвинение, несет общее бремя доказывания допустимости обвинительных доказательств. Впрочем, к сказанному надо сделать оговорку. Вывод о возможном перемещении бремени доказывания утверждения о недопустимости обвинительных доказательств на сторону защиты уместен только при обеспечении равенства прав субъектов доказывания с обеих сторон. Если равенства нет, как в современном российском процессе, бремя опровержения утверждений защиты о недопустимости доказательств обвинения остается на обвинителе.

Из презумпции невиновности и формальной диспозитивности вытекает, что устанавливаемая в уголовном процессе истина не может быть «объективной истиной». Объективную истину выводят из действия принципов публичности, законности485.

В теории отмечается, что использование в уголовно-процессуальном доказывании «принудительных доказательств», вроде фикций486, презумпций487, в том числе презумпции невиновности обвиняемого488, и вообще: безусловное соблюдение «формы» 489, не позволяет отождествлять его с научным познанием, делает бесполезным разговор о достижении объективной истины. Высказывается точка зрения, что и истинность приговора имеет в основе юридическую презумпцию, о том, что решение вынесено судом в соответствии процессуальной формой и фактическими обстоятельствами, установленными по делу. Формальная диспозитивность, как свобода формирования сторонами доказательственного и фактического материала процесса, не может иметь своим последствием ничего другого, кроме как только «юридическую», «формальную» истину в качестве цели и принципа состязательной формы процесса490. Напротив, доктрина «объективной истины» на практике не мирится ни с какими ограничениями491, включая и те, что вводятся для обеспечения прав личности. Проведение принципа объективной истины неизбежно заставляет вернуться опять к инквизиторскому процессу492, где имеет место и исключительная монополия государства в доказывании. Именно поэтому этот принцип не приемлем для состязательной концепции уголовного процесса.

Мы уже сказали о природе когнитивного знания в уголовном процессе и о когерентной, прагматичной природе истины. В основе организации каждой «нормальной» гуманитарной практики, ставящей общественно полезные цели, лежит определенный режим истины, технология производства истинного знания. Состязательному типу процесса присуща своя технология доказывания и свой режим истины. Публично-правовой, следственный режим доказательственной деятельности основан на односторонней активности судебно-следственных органов. Поэтому состязательная форма уголовного процесса несовместима с требованием достижения объективной (материальной) истины493. Состязательный режим основан на конкуренции, свободе равноправных сторон, разделении обвинительной и судебной властей. зачастую по формальному критерию, например, в виду согласия сторон прекратить спор494. Вполне логично рассматривать состязательность как принцип, связывающий суд в отыскании истины по делу495. Мы разделяем взгляды тех ученых, которые полагают, что суд устанавливает истину судебную, юридическую, т.е. не точное, достоверное знание о реальности, а вероятное знание, допустимое в данной ситуации с позиции морали 496. Истина есть убеждение судьи, а убеждение судьи основывается, во многих случаях, на гипотезе497. Убеждение судьи в доказанности обвинения основывается не на познанной им «объективной истине», а на отсутствии «разумных сомнений» в своих выводах498. При оценке допустимости также уместен моральный фактор. Мы проводим связь между стандартом «разумных сомнений» презумпцией невиновности и стандартом допустимости: все сомнения должны толковаться в пользу обвиняемого. В сомнительном случае судья, во-первых, должен по своей инициативе принять меры по снятию сомнений в допустимости доказательства, а если сомнения остаются, то толковать их в пользу обвиняемого, то есть исключать обвинительное доказательство, опороченное неустранимыми сомнениями в допустимости и, напротив, допустить сомнительное оправдательное доказательство499.

Мы пришли к выводу о судебном характере стандарта допустимости доказательств. Только суд уполномочен оценивать доказательство по этому критерию и принимать решение о допущении или исключении сведения из процесса познания истины. Если так, то для нас из споров о природе уголовно 494 Такова природа согласительных процедур разрешения уголовных дел, которым в последнее процессуальной истины наибольшее значение имеет вопрос о допустимой мере активности суда в доказывании. Мы уже высказали свое мнение по этому ключевому пункту нашей позиции. Остается добавить то, что предписываемая законом (допускаемая «правом»500) активность суда в отыскании материальной истины есть ограничение состязательности501, свертывание конкурентного режима инстинствования, переход к фундаменталистской модели отношений власти-знания в обществе502. Активность суда наблюдается в тех случаях, когда состязательность существенно ограничена или отсутствует вовсе503 при разрешении вопросов, имеющих существенное значение для правильного разрешения дела, в том числе, при выяснении вопроса о допустимости доказательства.

Институт допустимости – это показатель развития состязательности процесса, но только тогда, когда обе стороны вовлечены на равных в обсуждение вопросов о допустимости доказательств и когда активность суда в поиске ответов на эти вопросы не носит одностороннего характера, то есть происходит строго с соблюдением принципиального положения о недопустимости совмещения судебной и обвинительной функций. Допустимость доказательств обуславливает, в конечном итоге, такое качество приговора, как законность, но опосредованно влияет на его обоснованность и справедливость. Постановление приговора в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства, делает его законным, обоснованным и справедливым 504.

## Стандарт допустимости судебных доказательств в контексте информационно-когнитивной теории доказывания по уголовным делам

Обратимся к вопросу о так называемом формировании уголовно-процессуальных доказательств. Это должно привести нас к заключительным выводам о месте и времени формировании допустимого доказательства и способах диагностирования у него данного качества, а вместе с тем и наличие доказательственной силы. Надо совершенно четко понимать, что формирование является, по сути, допущением доказательства в «законный» процесс доказывания. Поэтому мы придаем концептуальное значение данному понятию.

Заметим, кстати, что в недавних исследованиях под формированием доказательств (электронных) стали понимать технологические процессы, связанные с машинной обработкой электронной информации704. На наш взгляд, это не правовое явление и поэтому смешивать его с формированием доказательства в процессуальном смысле не стоит.

В уголовно-процессуальной науке термин формирование доказательства именно в юридическом смысле используется, очевидно, с 1960-х годов705. Разумеется, понятие, которое им обозначалось, имело ярко выраженную связь со следственной формой. Формирование - это придание фактическим данным процессуальной формы. Формирование и оформление – это не одно и то же. Понимание этого обстоятельства имеется. Поэтому с формированием доказательства связана тема преобразования информации, которую отечественные процессуалисты также могли помыслить только как следственный процесс. В общем, концепция формирования доказательства является частью следственной доктрины и множеством нитей связана со следственным же стандартом допустимости доказательств. Проанализируем следственную концепцию формирования доказательств, чтобы понять, в чем состоят ее проявления в трактовке стандарта допустимости и от чего, соответственно, надо отказаться, а что, напротив, добавить.

Формирование доказательств большинство отечественных специалистов связывали и связывают с предварительным расследованием, то есть с досудебным доказыванием. Наиболее ярко этот тезис выразил в своей недавней монографии А.В. Пиюк, который убежден в исторической обусловленности стадии предварительного расследования как элемента континентального типа уголовного процесса. Вполне естественным для данного типа процесса он полагает формирование (оформление) доказательств в стадии предварительного расследования и их дальнейшее использование судом. И совершенствование (реформирование) процедуры их формирования может происходить до тех пор, пока процессуальная форма сохраняет свое типологическое соответствие. По мнению данного специалиста, такой подход не следует рассматривать в негативном ключе, поскольку расследование преступлений является исключительно публичной сферой, в которой недопустим произвол, опасность которого возрастает по мере наделения индивидов правами, находящимися в распоряжении должностных лиц госорганов. Он же полагает, что нет в истории примеров такой организации системы уголовного процесса, при которой сторона защиты собирала (формировала) доказательства в ходе предварительного расследования. Имеются лишь системы уголовного судопроизводства в которых сторона защиты вправе собирать доказательственные сведения и устанавливать их источники706.

Досудебный этап доказывания включает в себя собирание доказательств (органами предварительного расследования – в представлении отечественных ученых советской формации). Впрочем, различные авторы относили к начальному, внесудебному этапу доказывания, производимому следователем, также выдвижение версий, фиксацию, закрепление, оформление доказательств. Иногда представление о начальном этапе доказывания получило достаточно размытый (криминалистический) вид: под формированием доказательств понимают различные приемы, операции, предназначенные для поиска, обнаружения, получения, закрепления, исследования фактических данных конкретного вида707. Кроме того, такие авторы, как Е.А. Доля формирование доказательства увязывали с проблематикой использования в доказывании результатов ОРД, в их интерпретации доказательство формируется следственным путем на основании данных, полученных в ходе ОРД708.

Этот поворот в развитии темы о формировании доказательств – представляет для нас отдельный интерес, ведь с ним связана застаревшая проблема, касающаяся допустимости использования в уголовно-процессуальном (судебном) доказывании результатов оперативно-розыскных мероприятий. Поэтому данному вопросу мы уделим внимание в завершении настоящего параграфа. Впрочем, с проблематикой формирования доказательства связан весь комплекс проблематики теории доказательств. Мы, как уже стало очевидным из всего хода наших рассуждений, подразумеваем под доказыванием – судебное доказывание. Соответственно, формирование доказательств (судебных) может происходить, по нашему мнению, только в суде, в результате проверки, оценки судом доказательственного материала, полученного сторонами. Стороны информируют суд об обстоятельствах дела, суд на основе этой информации формирует судебные факты – основания приговора или иного судебного решения, разрешающего уголовно-правовой спор по существу. Признаем, такое видение процесса формирования доказательств не является господствующим в нашей процессуалистике, скорее наоборот. доказательств709 следственным путем. Так, Р.С. Белкин полагает, что формирование (собирание) доказательств состоит в обнаружении, фиксации, изъятии и сохранении доказательств710.

Другой известный специалист - В.А. Семенцов считает, что формирование доказательств, являясь начальным элементом процесса доказывания, включает в себя ряд действий, посредством которых происходит обнаружение, получение и последующее процессуальное закрепление любых сведений, в порядке, установленным уголовно-процессуальным законом. И на основе этих сведений суд, прокурор, следователь, дознаватель устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела711. Это рассуждение можно считать своего рода образцовым воплощением следственного подхода к пониманию формирования доказательства.

И.Б. Михайловская разграничила доказательства по этапу формирования: на судебные и следственные. Высказав мнение, что только доказательства, исследованные в судебном разбирательстве могут считаться полноценными, впоследствии она же утверждала, что доказательства, собранные в досудебном производстве в установленном законом порядке, пусть даже не исследованные в судебном разбирательстве, являются полноценными, а их оглашение в суде, фактически приравнивает к доказательствам, исследованным судом. Соответственно, досудебные доказательства создают доказательственную базу судебного разбирательства и во-многом предопределяют принимаемые судом решения712. С.А. Шейфер, в целом соглашаясь с И.Б. Михайловской, полагает, что доказательства формируют и следователь, и суд, а окончательный вид они (доказательства) приобретают в процессе интеграции досудебного доказывания в судебное. При этом, С.А. Шейфер полагает невозможным исключить из доказывания досудебный этап и ограничиться только судебным доказыванием, поскольку именно в досудебном производстве устанавливаются предмет и пределы доказывания по уголовному делу713. С.А. Шейфер, подчеркивая следственный смысл понятия «формирование доказательства», указывает на обратно-пропорциональную зависимость между укреплением судебной власти и размером полномочий органов дознания и предварительного следствия. Впрочем, по его же замечанию, основным этапом формирования доказательственной базы, используемой для разрешения дела по существу судом до настоящего времени остается досудебное производство, а именно, стадия предварительного расследования. С данной точкой зрения согласны большинство специалистов, несмотря на произошедшее, весьма существенное обновление уголовно-процессуального закона714. По словам С.А. Шейфера, в суде происходит лишь исследование доказательств, собранных на предварительном расследовании715. Иными словами, доказательственная база для принятия судебного решения формируется на предварительном расследовании.