

ДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

© 2009 г. Е. В. Селина¹

В уголовном процессе институт допустимости доказательств, говоря метафорически, наиболее “ответственен” за соблюдение “буквы закона”. Свойственны ли судейское усмотрение и обращение к “смыслу закона” процессу оценки допустимости доказательств? Гарантирует ли допускающая лишь буквальное толкование детализация действий и решений соответствующих государственных органов полную определенность в этом правовом институте? На мой взгляд, на первый вопрос следует ответить “да”, а на второй – “нет”. Основа доказательственного права – принцип *свободы оценки доказательств по внутреннему убеждению* – делает неизбежным вовлечение в регулирование уголовно-процессуального доказывания правового прецедента. Индивидуальность доказательственных решений классически выразил Л.Е. Владимиров: “Внутреннее убеждение как мерило уголовно-судебной достоверности означает, что последняя обыкновенно есть только нравственная очевидность, то есть та высокая степень вероятности, при которой благоразумный человек считает уже возможным действовать в случаях, когда судьба собственных и самых высших его интересов зависит от решения вопроса о достоверности фактов, обуславливающих самый акт решимости”².

В настоящее время не вызывает сомнения, что решающими для определения реального правового статуса прецедента в системе романо-германского права, в том числе в современной России, будут реальные жизненные обстоятельства и потребность в прецеденте как источнике права, а не формально-юридические акты³.

В этой статье рассмотрены две проблемы, **первая** из которых обусловлена недостаточностью “буквы закона”, а **вторая** – эффективностью обращения к “смыслу закона” – в установлении допустимости доказательств. Но данные проблемы свидетельствуют о назревшей необходимости

усиления содержательного, а не формального аспекта этого свойства доказательств.

Начнем с **первой** проблемы, проявлением которой является текст ч. 3 ст. 88 УПК РФ, согласно которому прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт. С первых слов возникает неясность, почему защитник не указан в числе лиц, по ходатайству которых прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым. Пункт 8 ч. 1 ст. 53 УПК не содержит никаких ограничений этого права защитника. Однако практика исходит из буквального толкования ч. 3 ст. 88 УПК РФ.

Рассматриваемое положение по субъектному составу не соответствует и новому статусу прокурора. Согласно недавним изменениям действующего УПК в ходе досудебного производства по уголовному делу прокурор уполномочен требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия, но уже не уполномочен участвовать в производстве предварительного расследования, лично производить отдельные следственные действия. Прокурор, поддерживающий обвинение, вправе заявить суду ходатайство об исключении недопустимого доказательства (ст. 235 УПК), а не самостоятельно признать доказательство таковым. Прокурор, исходя не только из норм УПК РФ, но и конституционного запрета использовать доказательства, полученные с нарушением федеральных законов, не вправе представлять такие доказательства суду.

Основное же препятствие к реализации рассматриваемой правовой нормы с точки зрения ее “буквы” видится в том, что в регламентации досудебного производства *отсутствует механизм признания доказательств недопустимыми*. Так, в отличие от судебного порядка, в котором суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым (ч. 7 ст. 235), в досудебной регламентации не предусмотрено возможности

¹ Профессор кафедры уголовного права и процесса Российского университета дружбы народов.

² Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 47.

³ См.: Марченко М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Гос. и право. 2006. № 8. С. 28.

возвращения к вопросу о допустимости доказательств. Нет здесь и ограничений на признание следователем, дознавателем по собственной инициативе недопустимым того доказательства, которое представлено стороной защиты. Но следователь и дознаватель действующим УПК отнесены к участникам уголовного судопроизводства на стороне обвинения, и, принимая решения централизованного характера, обязаны считаться со стороной защиты. В УПК РФ отсутствует регламентация процедуры ознакомления хотя бы одного из участников уголовного судопроизводства с принятым дознавателем или следователем решением о признании доказательства недопустимым, не имеется положений, посвященных постановлению следователя или дознавателя, оформляющему такое решение, нет каких-либо указаний на “дальнейшую судьбу” при этом вещественного доказательства или документа, либо показания, либо иного доказательства. По крайней мере, в качестве одного из оснований прекращения хранения вещественного доказательства, перечень которых является исчерпывающим (ст. 82 УПК РФ), признание доказательства недопустимым рассматриваться не может. Правда, в ч. 3 ст. 88 УПК регламентировано не *исключение* доказательства, а признание его недопустимым, но (по аналогии с судебным производством) решение о признании доказательства недопустимым до вынесения итогового решения может иметь целью лишь исключение этого доказательства из дальнейшего исследования.

Как показывает практика, защитники стараются до суда по возможности не обнародовать документы и иные доказательства, полагая по опыту, что бумага, приобщенная к уголовному делу на этапе предварительного расследования, может навсегда исчезнуть. Конечно, приобщение к делу материалов, представленных защитой, не означает признание их допустимыми. Однако на практике сложилась обратная закономерность: решение следователя, дознавателя о признании доказательства недопустимым (даже нигде не отраженное) влечет исключение его из материалов дела. Следует признать, что буквальное толкование ст. 88 УПК РФ такому подходу не противоречит. Однако в соответствии с принципами уголовного процесса признание доказательства недопустимым кем-либо из субъектов доказывания не может и не должно влечь его изъятие из материалов дела.

В судебном производстве, на основании ч. 5 ст. 235 УПК РФ исключенное доказательство не может ни исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства, ни быть положено в основу приговора или иного судебного решения. Наиболее отчетливо эффективность заблаговременного исключения недопустимого доказательства в судебном производстве проявляется в су-

дебном разбирательстве с участием присяжных заседателей. Таким образом, в суде отчетливо выделены адресаты доказывания, чьему вниманию не предоставляются недопустимые доказательства: это участники судебного разбирательства и все присутствующие в судебном заседании, а в составе с участием присяжных – также и присяжные заседатели.

О досудебном производстве в Законе на этот счет имеется лишь одно указание – о невключении доказательства, признанного недопустимым, в обвинительное заключение или обвинительный акт (ч. 3 ст. 88 УПК РФ). Поэтому правильным было бы помещение данных правовых предписаний в ст. 220 и 225 УПК, посвященные соответственно обвинительному заключению и обвинительному акту. Возможна процессуальная форма, предусматривающая приложение к указанным итоговым документам предварительного расследования справок о доказательствах, не включенных в обвинительное заключение или обвинительный акт вследствие признания их недопустимыми.

Вместо положений ч. 3 ст. 88 УПК РФ целесообразно дополнить ст. 220 УПК новой ч. 6 (с тем, чтобы нынешняя ч. 6 считалась ч. 7) и изложить текст ч. 6 статьи в следующей редакции:

“6. К обвинительному заключению прилагается справка о доказательствах, приобщенных к уголовному делу, но не включенных в обвинительное заключение на основании признания их следователем недопустимыми”.

В ст. 225 УПК РФ следует внести аналогичные дополнения.

Данное предложение приводится как компромиссный вариант, поскольку законодатель не делает никаких шагов к регламентации порядка реализации ч. 3 ст. 88 УПК. В идеале итоговый документ должен содержать мотивацию решения о признании доказательства недопустимым. То есть и аргументация, и само решение о том, что имеющиеся доказательства не приняты, должны содержаться в обвинительном заключении или обвинительном акте. Однако эти документы, в отличие от приговора, строятся не на изложении мотивов, а на перечислении доказательств. Думается, возможно включение в них решений о признании доказательств недопустимыми, либо данные решения могут приниматься на этапе составления обвинительного заключения (обвинительного акта) и вместе с этими актами включаться в уголовное дело.

В юридической литературе дано обоснование правила, подобного изложенному в ч. 3 ст. 88 УПК, и даже более категоричного. А.В. Руденко предлагает внести в УПК дополнение следующего содержания: решение об исключении доказательств, полученных с нарушениями закона, влекущими их исключение, *обязаны* выносить орган

дознания, следователь, прокурор, суд на любой стадии предварительного и судебного следствия *немедленно* после получения к тому *достаточных оснований*. Это объясняется тем, что иногда доказательства виновности появляются в показаниях лиц, подозреваемых в совершении преступлений, после проведенной с ними так называемой оперативной работы, сопряженной с угрозами, физическим насилием, пытками. Возможность сделать заявление о неправомерной форме получения подобных доказательств у лиц, которым вменяется совершение преступления, появляется только в суде. Хотя суд и исключает такие доказательства из числа допустимых, вынося приговор, однако сам факт наличия в деле обвинительного (хотя и недопустимого) доказательства серьезно воздействует на формирование внутреннего убеждения суда⁴.

Возражений по этому вопросу можно высказать множество. Ограждая присяжных от впечатления, производимого недопустимыми доказательствами, Закон исключает решение проблемы о допустимости даже в присутствии этих заседателей (ч. 6 ст. 335 УПК РФ). Тем более, не может быть и речи об их участии в его решении. Профессиональный же судья призван решать вопрос о допустимости доказательств. Следуя вышеприведенной логике, признающей воздействие недопустимых обвинительных доказательств на внутреннее убеждение профессионального судьи, можно прийти лишь к парадоксу стремления к ограждению профессионального судьи от определения допустимости доказательств в уголовном процессе, который построен на окончательной оценке доказательств судом.

Любопытно, что, ратуя за исключение недопустимых доказательств, он приводит, тем не менее, наиболее яркий пример, в котором обвиняемый *пострадал* от признания доказательства недопустимым. Суть его заключается в следующем. При совершении преступления (разбойного нападения) преступник в присутствии свидетелей поранился, и органы предварительного расследования располагали образцом его крови первой группы. У обвиняемого, как свидетельствовало заключение эксперта, группа крови – вторая. Исключенное из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, как недопустимое, заключение эксперта не было представлено присяжным заседателям, которые вынесли обвинительный вердикт. Данный пример автор приводит в подтверждение необходимости благоприятствования защите в вопросе признания доказательства недопустимым.

Теперь следует обратиться ко **второй** проблеме, из указанных в начале настоящей статьи. Суть этой проблемы выражена отечественной уголовно-процессуальной наукой в положениях об асимметрии правил о допустимости доказательств. Предлагается при одних и тех же нарушениях уголовно-процессуального закона исключать из системы доказательств лишь обвинительные доказательства. Как считает И.Б. Михайловская, “в любом случае сведения, содержащиеся в дефектных доказательствах, если они служат интересам защиты обвиняемого, порождают сомнение в доказанности обвинения и в силу этого не могут быть исключены из процесса доказывания”, “...правило благоприятствования защите о признании допустимости доказательств, полученных с нарушением закона, было бы реализовано, если бы соответствующее ходатайство защиты поджелало обязательному удовлетворению судом”⁵.

С такой постановкой проблемы нельзя не согласиться. О том, что презумпция невиновности в процессе признания доказательств недопустимыми требует дополнительных гарантий, свидетельствует и приведенный пример со следами крови, оставленными на месте совершения преступления. В то же время правило об обязательном удовлетворении ходатайств лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве на стороне защиты, о признании допустимыми названных ими доказательств (доказательственное значение которых, на взгляд ходатайствующих, утрачивается именно вследствие нарушения закона, допущенного органом уголовного преследования), по сути процессуальной формы неизбежно акцентируется на заявительном порядке решения данного вопроса. При этом сторона защиты не призвана разрешать уголовное дело, а суд не должен быть связан решением указанной стороны.

И.Б. Михайловская ссылается на ст. 148 проекта Общей части УПК, подготовленного рабочей группой Государственно-правового управления Президента РФ. Вот ее текст. “Материал, доказательственное значение которого считалось бы утраченным вследствие допущенного органом уголовного преследования или частным обвинителем нарушения требований уголовно-процессуального закона, допускается в качестве доказательства по ходатайству стороной защиты. При этом такое доказательство считается допустимым лишь в отношении соответствующего подозреваемого или обвиняемого, но не других участников процесса. Допуск указанных материалов в качестве доказательства не препятствует оспариванию его достоверности”⁶.

⁵ Михайловская И.Б. Правило “благоприятствования” защите и его влияние на процесс доказывания // Гос. и право. 2007. № 9. С. 46, 48.

⁶ Проект Общей части Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 1994. С. 144.

⁴ См.: Руденко А.В. Переход от вероятности к достоверности в доказывании по уголовным делам. Дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2001. С. 139, 183.

Однако доказательство не может быть допустимым лишь частью, заранее установленной в субъектном аспекте (в отношении обвиняемого или подозреваемого). Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК РФ). Правила допустимости (по такому предложению) призваны были бы “наказывать” или “поощрять” участников уголовного процесса, а не обеспечивать достоверность доказательств.

Действительно, существующие правовые положения о допустимости доказательств наряду с установлением общих гарантий доказательственной достоверности, нацелены на обеспечение исключения из практики уголовного судопроизводства непозволительных методов производства процессуальных действий. Такие “методы” (пытки, побои, издевательства), даже приводя к достоверным знаниям, дискредитируют судопроизводство как сферу взаимоотношений государства и личности, вплоть до того, что делают бессмысленным вывод о виновности лица в совершении преступления. В первую очередь это предусмотрено ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, согласно которой “при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона”. Несоблюдение регламентации в каких-то деталях неизбежно в любой работе; с целью обеспечения достоверности доказательств это чаще всего можно компенсировать законными действиями. Нарушение закона представляет собой не просто его несоблюдение (хотя бы в малейших деталях), а подрыв содержательных основ права.

Некое подобие можно усмотреть, например, в разъяснении Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ (в постановлении “О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации” от 10 апреля 2008 г.)⁷ понятия сделок, совершенных с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности: это “сделки, которые не просто не соответствуют требованиям закона или иных правовых актов, а нарушают основополагающие начала российского правопорядка...”.

Слово “противный”, т.е. “противоположный”, а значит – не совместимый, так же отличается по смыслу от термина “не соответствующий”, как отличается от него слово “нарушающий” (т.е. не совместимый с существованием).

Критерий отграничения нарушения уголовно-процессуального закона от его несоблюдения – оценочный. Суть его близка к привычному понятию “существенное нарушение уголовно-процессуального закона” (УПК 1960 г.).

При этом уголовное судопроизводство имеет своим назначением не только защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, но и защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений (ст. 6 УПК РФ). Достоверность знаний об обстоятельствах совершенного преступления не может стать “разменной монетой” в споре между обвиняемым и государством, его обвиняющим. Совершенствование уголовного процесса видится, в частности, в том, чтобы установленные факты причинения вреда обвиняемому (подозреваемому) со стороны органов, ведущих уголовный процесс, рассматривались бы не как безусловные основания признания доказательств недопустимыми, а как смягчающие наказание обстоятельства или даже (в зависимости от степени вреда) – основания освобождения от уголовной ответственности. Принципиальная основа таких решений в том, что общество не выполнило свои обязательства по прямому демократичному диалогу с обвиняемым и не должно его строго (или вообще) наказывать. Достоверность же знаний об обстоятельствах дела (как основу возмещения вреда потерпевшему) умалять не представляется возможным. Не случайно защита прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью гарантируется одной ст. 52 Конституции РФ.

Поэтому гарантии от злоупотреблений властью, предусмотренные в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ в сочетании с ч. 2 ст. 52 УПК РФ, характеризуют переходный период. Внутреннее противоречие между положением ч. 1 ст. 75 УПК РФ, определяющей понятие недопустимых доказательств тем признаком, что они получены с нарушением требований УПК, и п. 1 ч. 2 той же статьи, относящей к недопустимым доказательствам, полученные без такого нарушения, как известно, выражает недоверие законодателя к органам предварительного расследования. Но это противоречие самим своим существованием нарушает институт доказывания. Пункт 2 ч. 2 ст. 75 УПК, на первый взгляд, последовательно продолжает ряд не связанных с нарушением УПК оснований, по которым доказательства отнесены к недопустимым. Но речь в нем идет о правиле достоверности доказательств, согласно которому при демонстрации производных доказательств должен быть указан первоисточник. Пункт 3 ч. 2 ст. 75 усиливает противоречие тем, что перечень доказательств, полученных без нарушения УПК, завершает таким элементом, как *иные доказательства, полученные с нарушением УПК*.

Следует отметить, что вариантов нарушения закона, влекущего недопустимость доказательств, в ст. 75 УПК не содержится. Априори их невозможно и выделить. Если, например, нарушение порядка проведения допроса хотя бы в одном случае не

⁷ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 5.

повлекло исключение в качестве недопустимых показаний свидетеля, не вызвав сомнения в их достоверности, то несущественными данные нарушения могут обернуться и в части допроса иных свидетелей.

Недолго при этом развенчать с высоты условно пафосного воздействия пресловутое предупреждение об уголовной ответственности, которая наступает в случае дачи заведомо ложных показаний. Уголовная ответственность в соответствии со ст. 307 УК РФ предусмотрена за *заведомо ложные показания*, а не за нарушение присяги. Простой вопрос к свидетелю в судебном разбирательстве о том, был ли он осведомлен об уголовной ответственности за *заведомо ложные показания*, при утвердительном ответе мог бы восполнить пробел в этой части, допущенный следователем в ходе допроса (или очной ставки).

Но такой подход, будучи признанным, применим к показаниям в целом. Выделять при этом оправдывающие показания бессмысленно. Такой подход действовал бы и в пользу защиты. В соответствии с УПК РФ защитник имеет право на опрос лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86). Ничего более об этом действии не предусмотрено. Его результаты не могут стать доказательствами по многим причинам. В частности, лицо, опрашиваемое защитником, официально не предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложные показания. По вышеприведенным аргументам истина не пострадала бы от того, что данный пробел был бы восполнен защитником путем разъяснения опрашиваемому (с видеозаписью этого действия) содержания ст. 307 УК РФ и необходимости в дальнейшем подтвердить сказанное в суде. В УПК РФ отсутствует указание на фактические основания опроса, проводимого защитником, предусмотренные данным Кодексом для допроса. Но такие основания изложены в п. 2 ч. 3 ст. 6 Федерального законом РФ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», принятом Государственной Думой 26 апреля 2002 г.; от 31 мая 2002 г. (с изм. и доп. от 28 октября 2003 г., 22 августа 2004 г., 20 декабря 2004 г., 24 июля 2007 г., 3 декабря 2007 г., 23 июля 2008 г.)⁸: «адвокат вправе опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь». Федеральные законы, регулирующие отношения в сфере уголовного судопроизводства, имеют первостепенное значение

наравне с Уголовно-процессуальным кодексом РФ⁹.

Конечно, нелепо призывать к тому, чтобы расценивать в качестве доказательства результаты опроса лица, отказывающегося свидетельствовать в суде. Но есть обстоятельства, препятствующие явке в суд. Они установлены в ч. 2 ст. 281 УПК РФ (смерть свидетеля, тяжелая болезнь, стихийное бедствие и др.). В таких случаях данные опроса лица защитником могут служить доказательством (документом) при наличии *индивидуальных признаков достоверности* доказательства. Таковыми могут быть данные о небывалой осведомленности, не свойственной обычному течению обстоятельств. Необходима видеозапись хода опроса.

Суть свободы оценки доказательств видится в том, что в системе видов доказательств предусмотрены все информационные каналы, признанные современным обществом достоверными. Аудио- и видеозапись постепенно занимают позиции, свойственные современному развитию научно-технических средств. Совершенствуются и следственные действия.

Преимущество защиты в уголовно-процессуальном доказывании обеспечено презумпцией невиновности, согласно которой неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого (ч. 3 ст. 49 Конституции РФ). Последовательное выполнение этого правила способно обеспечить предотвращение осуждения невиновных.

На мой взгляд, проблема заключается не в различных подходах к допустимости обвинительных и оправдательных доказательств, а в особом значении доказательств, на основании которых устанавливается или опровергается *системообразующий факт*. Статья 73 УПК РФ, посвященная обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу, содержит перечисление фактов, называемых искомыми и определяемых материально-правовыми нормами. Их «квинтэссенцию» (общий вопрос о виновности) принято также называть «главным фактом».

Статья 74 УПК РФ «Доказательства» содержит положения об этих фактах, а также об «иных обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела». Этими обстоятельствами, в частности, и являются промежуточные факты в системе косвенного доказывания. Набор таких фактов в каждом случае различен. В некоторых ситуациях важно установить, что обвиняемый находился на месте преступления в период его совершения. В этих случаях стороне защиты следует подтвердить алиби. В примере, приведенном в работе

⁸ См.: Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. Ст. 2102; 2003. № 44. Ст. 4262; 2004. № 35. Ст. 3607; № 52 (Ч. 1). Ст. 5267; 2007. № 31. Ст. 4011; № 50. Ст. 6233; 2008. № 30 (Ч. 2). Ст. 3616.

⁹ См.: Головкин Л.В. Место кодекса в системе источников уголовно-процессуального права // Гос. и право. 2007. № 1. С. 38–45.

А.В. Руденко, особое значение приобрел факт пореза преступника и принадлежности его крови к первой группе, с этим связано значение группы крови обвиняемого.

Даже сомнения в данном вопросе, если они не могут быть устранены в порядке, установленном УПК РФ, должны быть истолкованы в пользу обвиняемого, а сам обвиняемый – оправдан. Но проблема в том, что *промежуточные факты фигурируют в разбирательстве уголовного дела только благодаря тем доказательствам, которыми они устанавливаются или опровергаются*. Исключив заключение эксперта из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, судья тем самым “снял с повестки дня”, т.е. выключил из предмета доказывания, факты пореза преступника на месте преступления и несовпадения группы крови обвиняемого с группой крови оставленных преступником следов. Получается, что судья исключил право на оправдание, бывшее у обвиняемого на основании неустрашимых сомнений в этих фактах, возможно, сам того не желая и неуклонно воздерживаясь от активности в поиске доказательств.

Системообразующий факт – это промежуточный факт, при опровержении которого вся система доказательств виновности данного лица утрачивает достоверность. Например, факт нахождения лица на месте преступления в период его совершения опровергается алиби. Для того чтобы вернуться к опровергнутой таким образом системе доказательств, следователю необходимо опровергнуть алиби либо доказать его совместимость с установленной картиной преступления. Просто исключить, например, свидетельские показания, подтверждающие алиби, прекратив и спор, и возможные неустрашимые сомнения по этому вопросу, нельзя. Это противоречило бы основополагающим принципам уголовного процесса.

Системообразующим может стать, как правило, промежуточный факт. Доказательственным обычно называют факт, сведения о котором черпаются из конкретного доказательства, это факт первичного уровня (например, тот факт, что отпечатки принадлежат такому-то лицу). Промежуточный – это факт среднего звена (продолжая пример, назовем факт нахождения такого-то лица в таком-то месте). Но в случае с показаниями доказательственные факты (сведения о которых составляют содержание этих показаний) могут совпадать и с промежуточными, и с искомыми фактами.

Понятия “*системообразующий факт*” и “*индивидуальные признаки достоверности доказательств*” предлагаются в настоящей статье для

использования в сфере судебного толкования, которая, как известно, и охватывает детальный подход к признанию доказательств недопустимыми.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ “О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия” от 31 октября 1995 г.¹⁰ с изменениями и дополнениями, внесенными Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г.¹¹, разъяснения, посвященные презумпции невиновности и допустимости доказательств, соседствуют в п. 15 и 16.

“15. ...Судам необходимо иметь в виду, что в соответствии с ч. 3 ст. 49 Конституции Российской Федерации неустрашимые сомнения в виновности обвиняемого (подсудимого) должны толковаться в его пользу.

16. Обратить внимание судов на необходимость выполнения конституционного положения о том, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации), а также выполнения требований ст. 75 УПК РФ, в силу которой доказательства, полученные с нарушением уголовно-процессуального законодательства, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения.

Разъяснить, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами”.

На наш взгляд, целесообразно дополнить это Постановление указанием на обстоятельства, *препятствующие* признанию доказательств недопустимыми, и дополнить п. 16 абз. 3, 4 и 5, изложив их текст в следующей редакции:

“Доказательство по уголовному делу не может быть признано недопустимым вплоть до удаления суда в совещательную комнату, если этим доказательством устанавливается или опровергается системообразующий факт в системе доказательств, а возможность сохранения этого факта в предмете доказывания без

¹⁰ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

¹¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 5.

допущения данного доказательства к разбирательству уголовного дела отсутствует. Если такая возможность имеется, то суд должен принять меры к компенсации исключения доказательства, устанавливающего промежуточный факт: назначить повторную судебную экспертизу, привлечь другого специалиста, справочного свидетеля, разъяснить сторонам необходимость вызова еще одного свидетеля устанавливаемого происшествия и т. п.

Если компенсировать исключение такого доказательства невозможно, суд вправе привлечь специалиста, в том числе юриста, для оценки степени вероятности знания, заключенного в данном доказательственном источнике. В судебном заседании в подтверждение либо опровержение системообразующего факта демонстрируется вероятное заключение специалиста. Если вероятность исключается, то доказательство должно быть признано недопустимым.

Доказательство может быть признано допустимым при наличии обстоятельств, указанных в абзаце 2 настоящего пункта, если имеются индивидуальные признаки достоверности этого доказательства”.

Специалист в предлагаемом толковании не подменяет суд при оценке доказательств. Его заключение занимает место анализируемого в этом заключении доказательства, сохраняя тем самым устанавливаемый названным доказательством промежуточный (системообразующий) факт в предмете доказывания.

Необходимость в понятии “индивидуальные признаки достоверности доказательства” назрела давно. Свобода оценки доказательств как основа законодательной регламентации доказывания в уголовном процессе предполагает использование всех информационных каналов, признанных современным обществом достоверными. Добиться этого можно известным сочетанием установления запретов, возложения обязанностей и предоставления полномочий. УПК РФ содержит **запрет** использования в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам (ст. 89). Предлагаемое понятие индивидуальных признаков достоверности доказательств не может предоставлять права на преодоление этого или иного законодательного запрета. Есть и другие, четко **отвергнутые законодателем и обществом информационные источники**, которые недопустимо “подводить” под те или иные виды доказательств. Это результаты применения полиграфа, экстрасенсорные

догадки. Но имеются и обратные процессы, приводящие к принципиальной допустимости не вполне допустимых доказательств. Это, в частности, нарождающиеся следственные действия.

В обоснование последнего приведу пример из практики Краснодарского краевого суда. В 1999 г., когда проверка показаний на месте не предусматривалась УПК РСФСР, но теоретически обосновывалась как допустимое действие, в отношении которого возникает лишь сомнение о его самостоятельном значении, отличном от осмотра и следственного эксперимента, судья признал протокол этого действия недопустимым на том основании, что проверка показаний на месте УПК РСФСР не предусмотрена. Тот же протокол, озаглавленный “протоколом следственного эксперимента”, рядом с зачеркнутым прежним названием, судья отверг, поскольку по содержанию, по мнению судьи, он являлся протоколом проверки показаний, а не следственного эксперимента. Единственным спорным научным аспектом проверки показаний с самого начала была ее способность отвечать критериям самостоятельного следственного действия, не сливаясь с осмотром или следственным экспериментом. Судья же, признав самостоятельное существование данного действия и отграничив его от следственного эксперимента, поставил это в упрек органам предварительного расследования. С точки зрения “буквы закона” судья был абсолютно прав. Но предлагаемое понятие “индивидуальных признаков достоверности доказательств” позволит принять содержательно правильное решение.

Считается, что именно получение доказательств не предусмотренным законом субъектом их собирания влечет *безусловное* признание доказательств недопустимыми. Но в практике незаконный субъект собирания доказательств – это не всегда вредитель. Нередко он прилагает все усилия для законного собирания доказательств, а препятствия к его участию в уголовном процессе носят совсем иной характер. Именно здесь следует обратить внимание на то, были ли у данного лица возможности повредить достоверности доказательства. Так, если процесс назначения судебной экспертизы *связан с формированием материалов для исследования*, то, конечно, есть большой риск вмешательства незаконного субъекта назначения экспертизы в фактический базис экспертного заключения, и оно должно признаваться недопустимым. Если же на экспертизу направлены потерпевшие для определения степени тяжести вреда, причиненного их здоровью, то, на самом деле, не важно, кто их направил, главное – в судебно-экспертное учреждение. А вот повто-

ритель это обследование со временем бывает невозможным.

Индивидуальные признаки достоверности доказательства означают, что оно уже не нуждается в проверке. Некое подобие этого термина, как делающего исключение из общего правила, можно привести, ссылаясь на п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции” от 11 января 2007 г. “Изменение приговора и последующих судебных решений или их отмена с прекращением производства по уголовному делу на основа-

нии дополнительных материалов, приобщенных к жалобе или представлению, не допускается, за исключением случаев, когда достоверность фактов, устанавливаемых такими материалами, не нуждается в проверке судом первой инстанции (документы, свидетельствующие о недостижении осужденным возраста, с которого наступает уголовная ответственность...)”¹².

Такой же статус мог бы получить и документ о группе крови обвиняемого, возможны и другие примеры.

¹² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 4.