

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

ПОНЯТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

© 2008 г. С. А. Шейфер¹

В развитии научных представлений о доказательствах отчетливо просматривается их историческая преемственность. Поначалу в отечественной науке суждения исследователей о понятии доказательств складывались под влиянием теории формальных доказательств, действовавшей в России до момента принятия Судебных Уставов. Кроме того, взгляды ученых того времени испытывали на себе влияние немецкой уголовно-процессуальной доктрины доказывания, основанной на чувственном эмпиризме². Так, Я.И. Баршев считал, что средства или источники доказательств заключаются либо в собственном непосредственном убеждении в предмете (личный осмотр, осмотр посредством сведущих лиц), либо в убеждении посредством (собственное признание, показания свидетелей, письменные доказательства)³. Подобно этому В.Д. Спасович исходил из того, что способами познания являются чувственный опыт (личный осмотр следов преступления и суждения экспертов) и предание или восприятие чужих убеждений (собственное признание обвиняемого, показания свидетелей и письменные документы). Таким образом, автор не ограничивал доказательства от способов их получения⁴.

Небезынтересно отметить, что и в действующем донныне УПК ФРГ главы, посвященные доказательствам, исходят из отождествления видов доказательств со способами их получения. Так, гл. 6 УПК именуется *“Свидетели”* (§ 48–71), гл. 7 – *“Эксперт и осмотр”* (§ 72–93), гл. 8 – *“Выемка, контроль телефонных переговоров и обыск”* (§ 94–111), гл. 10 – *“Допрос обвиняемого”* (§ 133–136а). Иных определений доказательства УПК ФРГ не содержит. По-видимому, такая регламентация – отражение присутствующих инквизиционному

процессу воззрений, на основе которых в 1877 г. был принят данный нормативный акт⁵. Что же касается общего определения доказательства, то в период до принятия судебных Уставов исследователи ограничивались лишь логическим аспектом этого понятия. Так, Я.И. Баршев, разграничивал доказательства и улики, называя доказательствами “те причины, на которых основывается убеждение в действительности какого-либо происшествия или которым предмет исследования делается известным”⁶. В.Д. Спасович тоже акцентирует логический аспект: “доказательствами уголовными называются основания убеждения судьи в виновности или невиновности подсудимого”⁷. Такая трактовка сохранилась в научных исследованиях и после принятия Устава уголовного судопроизводства. И.Я. Фойницкий, разделяя позицию Ю. Глазера, считал, например, что понятие доказательств означает “совокупность оснований убеждения в действительности или недействительности обстоятельства, подлежащего судебному удостоверению по данному делу”⁸.

2. Сознвая недостаточность одного лишь логического подхода к определению доказательства, другие ученые стремились раскрыть содержание этого понятия. Так появилась трактовка доказательства как факта, служащего основанием для вывода суда. Л.Е. Владимиров, посвятивший теории доказательств фундаментальное исследование, утверждал, что “уголовным доказательством называется всякий факт, имеющий назначением вызвать в суде убеждение в существовании или несуществовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет судебного

¹ Профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета, доктор юридических наук, заслуженный юрист РФ.

² На эти обстоятельства обратил внимание еще В.Д. Спасович, заметив, что основа теории формальных доказательств в России – Воинский Устав Петра I, содержавший “краткое изображение процессов и судебных тяжб” был издан на немецком языке, вследствие чего текст кодекса поначалу был слабо доступен судьям (см.: *Спасович В.Д. Избр. труды и речи*. Тула, 2000. С. 30).

³ См.: *Баршев Я.И.* Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. М., 2001. С. 52–53.

⁴ См.: *Спасович В.Д.* Указ. соч. С. 21.

⁵ Эту мысль находим в предпринятом Б.А. Филимоновым фундаментальном исследовании германской теории доказательств (см.: *Филимонов Б.А.* Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. М., 1994. С. 18–22, а также: *Уголовный процесс западных государств* / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 2-е. М., 2002 (Гл. 5 “Федеративная Республика Германия”). С. 416–419).

⁶ *Баршев Я.И.* Указ. соч. С. 52.

⁷ *Спасович В.Д.* Указ. соч. С. 17.

⁸ *Фойницкий И.Я.* Указ. соч. С. 194. Аналогично суждение М.В. Духовского: “Доказательствами может быть все, что способно содействовать разъяснению уголовного преступления, невиновности или степени виновности обвиняемого” (см.: *Духовской М.В.* Русский уголовный процесс. М., 1910. С. 205).

исследования”⁹. Так же определял доказательство С.И. Викторский¹⁰.

Этим акцентировался не только логический, но и содержательный аспекты понятия: доказательства понимались уже не просто как средство убеждения суда в существовании обстоятельств, подлежащих доказыванию, но и содержательно, – как установленные судом промежуточные факты, используемые им в качестве основания построения конечных выводов. При этом не проводилось различия между фактом как реальностью, как фрагментом действительности и фактом как достоверным знанием об этом фрагменте, т.е. продуктом познавательной деятельности. По-видимому, хотя и неосознанно, исследователи имели в виду второй аспект понятия факта – достоверное знание, ибо реальный факт действительности, принадлежащий прошлому, как давно уже сказано, перенести в материалы уголовного дела невозможно.

Сходное и вместе с тем близкое к современным представлениям определение доказательства предложено В. Случевским: “...под уголовными доказательствами следует разуметь те фактические данные, на основании которых судья может образовать в себе в отношении преступного посягательства убеждение о событии преступления и виновности совершившего его лица”¹¹.

Что же касается показаний обвиняемых, свидетелей и т.д., то дореволюционные авторы также считали их доказательствами, однако не задумывались над тем, как эти явления соотносятся с доказательствами-фактами.

3. И те, и другие представления дореволюционных процессуалистов оказали свое влияние на постреволюционное уголовно-процессуальное законодательство и воззрения ученых советского периода. Так, УПК РСФСР 1923 г. признавал доказательствами только показания свидетелей, заключения экспертов, вещественные доказательства, протоколы осмотров, иные письменные документы и личные объяснения обвиняемого, не раскрывая содержания указанных доказательств и не объясняя их связи с логическими основаниями для построения выводов, т.е. с “доказательствами-фактами”. Но вместе с тем А.Я. Вышинский (вслед за Л.Е. Владимировым) утверждал, что доказательства – это факты действительности, подчеркивая, что речь идет о реальных обстоятельствах (“доказательства – это обычные факты, те же совершающиеся в жизни явления, те же вещи, те же люди, те же действия людей”),

а отнюдь не о знании о данных обстоятельствах¹². Аналогичные представления развивал в своих трудах М.А. Чельцов¹³, отождествляя, таким образом, обстоятельства, которые необходимо доказать, средствами доказывания этих обстоятельств.

По поводу трактовки термина “факт” как фрагмента объективной действительности, следует заметить, что это лишь одно из значений данного понятия. Не менее важным (а в аспекте теории доказательств, на наш взгляд, более важным) является второе его значение: “синоним понятия истина”¹⁴, “знание, достоверность которого доказана”¹⁵. Б.М. Кедров понимает под фактом “дискретный кусок действительности, установленный человеком, познанный им”, чем подчеркивает преобразованность реального явления, ставшего фактом¹⁶. По мнению В.А. Штоффа, термин “факт” обозначает не только фрагмент действительности, но и особого рода эмпирические высказывания или предложения (фактофиксирующие предложения), в которых описываются подлинные события или явления¹⁷. Недопустимость отождествления понятия “факт” с объективной реальностью, отмечает В.Ф. Кузьмин. Он пишет, что констатация факта – это прежде всего форма отражения человеческим сознанием реальной действительности. Факт – элемент знания, единство объективного и субъективного¹⁸.

Таким образом, факт следует трактовать как продукт познавательной деятельности, знание, достоверность которого доказана.

4. Однако признание доказательствами только фактов объективной действительности, вернее достоверных сведений о них и (наряду с этим) показаний, заключений и т.д., оставляло без рассмотрения вопрос, откуда берутся факты, т.е. достоверные сведения, признаваемые доказательствами. Ответом на него стала разработанная М.С. Строговичем двойственная трактовка понятия доказательства: показания обвиняемого, свидетеля, заключения эксперта, документы, именуемые автором источниками доказательств, признавались им доказательствами, поскольку содержали сведения об отдельных фактах, с по-

⁹ См.: Учение об уголовных доказательствах. СПб., 1916. С. 100.

¹⁰ См.: Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 68.

¹¹ Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913. С. 376.

¹² Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в судебном праве. М., 1950. С. 223.

¹³ Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1962. С. 132.

¹⁴ Кедров Б.М. Типы противоречий в развитии естествознания. М., 1965. С. 635.

¹⁵ Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 1408.

¹⁶ См.: Кедров Б.М. Указ. соч. С. 25.

¹⁷ См.: Штофф В.А. Проблемы методологии научного познания. М., 1978. С. 136, 137.

¹⁸ См.: Кузьмин В.Ф. Объективное и субъективное. М., 1976. С. 142, 143, 145, 149.

мощью которых устанавливались обстоятельства, подлежащие доказыванию, и которые тоже признавались доказательствами. При такой конструкции доказательства-источники служили средством установления доказательств-фактов, а последние — средством установления обстоятельств, подлежащих доказыванию¹⁹.

Принятые в декабре 1958 г. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (ст. 16), а вслед за ними, два года спустя, и УПК РСФСР (ст. 69), в сущности закрепили данную трактовку, признавая доказательствами любые фактические данные об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, устанавливаемые показаниями подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и т.д. Тем не менее некоторые исследователи (М.А. Чельцов, С.А. Голунский) усмотрели в новом законоположении подтверждение мысли о том, что доказательства — это только факты действительности, а показания, заключения и т.д., т.е. то, что именуется источниками доказательств, доказательствами не является²⁰. Уже тогда подобная трактовка была подвергнута критике за ее внутреннюю противоречивость: отождествление доказательства с предметом доказывания, смешение реальных обстоятельств действительности с достоверным знанием о них, игнорирование доказательственного значения “источников”: показаний обвиняемого, свидетеля, заключения эксперта и т.д.

5. Ошибочность взглядов ученых, считающих доказательствами факты объективной действительности, стала особенно наглядной при анализе доказывания с позиций теории отражения и информационного подхода, разработанных в трудах В.Я. Дорохова²¹. В последнее время такой подход стал методологической основой определения понятия доказательств в работах других исследователей. В свете теории отражения образование доказательства представляет собой сложный отражательно-информационный процесс. При этом следует учесть, что любой отражательный процесс, представляя собой воспроизведение до определенной степени полноты и точности и в иной форме объекта, существующего вне сознания познающего субъекта, сопровождается преобразованием отражаемого объекта²². Исследуемое со-

бытие, отражаясь в окружающей обстановке, оставляет в ней разного рода следы, которые несут в себе информацию о данном событии. Это его “первичное отражение”. Будучи выявленной, **преобразованной** субъектом доказывания и облеченной им в требуемую законом процессуальную форму, информация о событии, оставившем следы, становится доказательством в процессуальном смысле. На наш взгляд, это — “вторичное отражение” события, на этот раз в сознании познающего субъекта и затем в материалах уголовного дела²³.

Анализ доказывания под углом зрения отражательных процессов позволяет соединить разведенные в прежних определениях два явления — фактические данные, т.е. информацию о событии, и показания, заключения и т.д., в которых эти данные содержатся. Так возникло разделяемое ныне многими авторами представление о доказательстве как о единстве содержания (фактические данные) и формы (показания, заключения др.). Новый УПК РФ еще более укрепил это представление, отказавшись в ч. 1 ст. 74 УПК РФ от не вполне ясного определения доказательств как фактических данных, поскольку этот термин давал известные основания для его отождествления с фактами действительности, и заменив его термином “сведения”, который ясно подчеркивает информационное содержание доказательства²⁴. При этом заметим, что сохранение слова “любые”, применительно к слову “сведения”, не дает оснований для его расширительной интерпретации, наблюдаемой в юридической литературе, так как явно относится к содержанию информации, допуская ее разнообразие, и вовсе не затрагивает источников и способов ее получения. Не менее важно второе нововведение: показания, заключения, протоколы и т.д. включены теперь в определение доказательства (ч. 2 ст. 74 УПК) не как средства установления фактических данных (такое их назначение усматривалось из прежней формулировки ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР, согласно которой фактические данные “устанавливаются показаниями свидетеля” и т.д.), а как допустимые доказательства (“в качестве доказательства допускаются”), чем подчеркивается неотделимость сведений от показаний, заключений и т.д.²⁵ Теперь

¹⁹ Строгович М.С. Избр. труды. Т. 3. Теория судебных доказательств. М., 1991. С. 81, 82.

²⁰ Трактовка понятия доказательств как фактов, а не как сведений о фактах (хотя и без ясного обоснования и объяснения такой позиции) наблюдается и в современной литературе (см.: Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 31).

²¹ См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // В кн.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. Изд. 2-е / Отв. ред. Н.В. Жогин. М., 1973. С. 197–228.

²² Копнин П.В. Гносеологические и логические основы науки. М., 1974. С. 103.

²³ Подробнее см.: Шейфер С.А. Собираение доказательств в советском уголовном процессе. Саратов, 1986. С. 20–31.

²⁴ Против такого словоупотребления необоснованно возражают авторы, предлагающие вернуться к прежнему термину “фактические данные” (см.: Балакишин В.С. Указ. соч. С. 35, 36; Колесов О.М. Письменные доказательства в уголовном процессе России. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 14).

²⁵ Ввиду сказанного нельзя согласиться с утверждением о том, что формулировка понятия доказательства в ст. 74 УПК РФ “есть шаг назад в разрешении проблемы выработки оптимального понятия уголовно-процессуального доказательства” (см.: Балакишин В.С. Указ. соч. С. 38. Аналогично: Колесов О.М. Указ. соч. С. 14).

понятие доказательства обрело более четкое определение: первая часть ст. 74 УПК раскрывает содержание доказательства, вторая – его форму. Иными словами, показания, заключения, вещественные доказательства, протоколы и документы, являясь доказательствами, но рассматриваемыми со стороны их формы (ч. 1 ст. 74), в то время как сведения о фактах, подлежащих доказыванию, составляют содержание доказательств (ч. 2 ст. 74). Синтезированное же определение доказательства будет звучать так: доказательство – это сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, полученные законным способом и облеченные в надлежащую процессуальную форму – в форму показаний, заключений и т.д. Равнозначно и определение, начинающееся не с содержания, а с формы: доказательствами являются показания, заключения и т.д., содержащие полученные законным способом сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию²⁶.

В процессуальной литературе была предпринята попытка переосмыслить понятие доказательства, сделав акцент на его форме, в ущерб содержанию. Так, по мнению А.С. Пашина, “доказательствами служат процессуально оформленные сообщения, а также документы или другие предметы, которые правомерно использовать в судопроизводстве для установления фактов, учитываемых при вынесении процессуальных решений, в особенности приговоров”. По мнению автора, все доказательства – суть материалы, под которыми понимаются сообщения, документы или другие предметы, используемые при судопроизводстве²⁷. Вряд ли такое представление является более точным и полным, чем традиционное. В нем отсутствует указание на весьма существенное свойство доказательства – его относимость, т.е. связь доказательства с предметом доказывания (не любые сообщения являются доказательствами, а лишь те, которые указывают на обстоятельства, подлежащие доказыванию). Нет в нем и четкого указания на способ получения доказательства (“процессуально оформленными” могут быть и сообщения, полученные незаконным способом), а главное – не разграничиваются содержание и форма доказательства, присущие любому явлению (сообщения, т.е. сведения, стоят в одном ряду с “документами или другими предметами”).

Попытки переосмыслить легитимное определение доказательств как сведений о существен-

ных обстоятельствах дела, полученных субъектами доказывания, в том числе и органами расследования, с соблюдением надлежащей процедуры, предпринимаются и в связи со стремлением распространить состязательность в полной мере на досудебное производство. Так, по мнению А.В. Смирнова легализацию данных, собранных сторонами в ходе предварительного расследования, должен осуществлять суд. Они “...уже на стадии предварительного расследования могут приобретать статус судебных, лишь при условии проверки их в ходе состязательной процедуры... перед лицом независимого следственного судьи”²⁸. Эту мысль воспроизводит и А.И. Макаркин: “В состязательном процессе, – пишет он, – доказательственная информация может приобрести статус доказательства лишь в ходе исследования ее судом”²⁹. Автор также именует эту процедуру легализацией доказательств, указывая на заимствование этого термина из англо-американской процессуальной теории. “Легализация доказательств имеет своим содержанием непосредственное восприятие судом информации, собранной сторонами в ходе их непроцессуальной деятельности, ее проверку и придание ей статуса судебных доказательств”. “Судебные доказательства образуются лишь в ходе судебной процедуры”³⁰. Аналогичную позицию занимает и В.А. Лазарева, считая, что доказательства – это “любые сведения, представленные суду сторонами обвинения и защиты”³¹, из чего следует, что до представления их суду они таковыми не являются.

Эти суждения были бы справедливыми при условии полного преобразования отечественного досудебного производства в направлении уподобления его досудебному производству в странах обычного права³². Однако в действующей струк-

²⁸ Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 50–51. Заметим, что в другой работе А.В. Смирнов корректирует свою позицию, освобождая ее от жесткого отрицания юрисдикционного значения досудебного производства с безграничной опорой на принцип состязательности. Автор, в частности, признает право следователя на получение судебных доказательств, принятие окончательных решений по делу, решений об отводе защитника, разрешение ходатайств защиты и т.д. (см.: Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. А.В. Смирнов. СПб., 2003. С. 20–21).

²⁹ Макаркин А.И. Состязательность на предварительном следствии. СПб., 2004. С. 34.

³⁰ Там же. С. 34, 35, 109.

³¹ Лазарева В.А. Влияние состязательности ... С. 19.

³² Именно это и предлагает А.И. Макаркин, опираясь на идею о том, что в состязательном уголовном процессе юстиционная деятельность, т.е. распоряжение предметом процесса, должна осуществляться только судом, вследствие чего единственно приемлемый вариант реформы предварительного следствия состоит в лишении органов расследования юстиционных полномочий и передаче их в ведение суда (с. 95, 113). Еще раньше эту мысль высказал А.В. Смирнов (см.: Смирнов В.А. Указ. соч. С. 50).

²⁶ Сходное определение предложено Р.В. Костенко (см.: Костенко Р.В. Доказательства в уголовном процессе: концептуальные подходы и перспективы правового регулирования. Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. СПб., 2006. С. 20).

²⁷ См.: Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. Вып. 1. Ч. 2. С. 315.

туре судопроизводства они не приемлемы в связи с тем, что органы расследования, согласно закону, осуществляют юрисдикционную функцию распоряжения производством, вследствие чего при соблюдении предписаний закона, регулирующих доказывание, она завершается получением полноценных доказательств³³.

8. В работах последних лет стало модным утверждать, что положения ч. 1 и ч. 2 ст. 74 УПК РФ противоречивы. В действительности же никакого противоречия в указанных нормах нет, ибо каждая из них раскрывает существенные, но различные стороны доказательства – его содержание и форму.

В связи с этим обращают на себя внимание не вполне удачные попытки устранить имеющиеся, якобы, противоречия и создать синтезированное определение доказательств путем объединения предписаний части первой и части второй данной статьи, но без учета того, что в каждой из них констатируются несовпадающие, но необходимые стороны единого понятия. Например, предлагается считать доказательствами “сведения о фактах, полученные и закрепленные... в источниках и порядке, предусмотренном настоящим Кодексом”³⁴, “сведения, содержащиеся в протоколах допросов, других следственных действий...”³⁵. В таких определениях независимо от желания авторов, во-первых, гальванизируется ошибочная мысль о том, что “источники”, т.е. показания, заключения и т.д. – это не доказательства³⁶, и во-вторых, исчезает важнейший признак показаний – их непосредственное бытие как сведений, изложенных на допросе в устной форме. По указанной причине происходит неправомерное “удвоение” одного из доказательств: закон считает доказательствами показания допрошенных лиц, а цитируемые авторы – протоколы, в которых эти показания зафиксированы³⁷. В дей-

ствительности речь идет об одном виде доказательств, а именно о показаниях, непосредственно полученных в ходе допроса, протоколы же допроса – это способ консервации сформированного доказательства – показаний, с целью их процессуального использования, а отнюдь не самостоятельный вид доказательств³⁸.

9. Важнейшим признаком доказательства является его допустимость и, в первую очередь, соблюдение надлежащей процедуры получения. Эта мысль достаточно определенно выражена в ст. 75 УПК РФ, провозгласившей вслед за ст. 50 Конституции РФ, что доказательства, полученные с нарушением требований УПК, являются недопустимыми и не имеют юридической силы. Отсутствие у полученных сведений свойства допустимости означает, что каким бы значимым ни было их содержание, они доказательством не являются. Отсюда, по логике вещей, следует, что доказательствами являются лишь сведения, полученные законным, т.е. предусмотренным УПК, способом. Это, казалось бы элементарное положение теории, ставится под сомнение авторами, пытающимися “втиснуть” в понятие доказательства сведения о существенных обстоятельствах, полученные без соблюдения надлежащей процессуальной процедуры. “Попытки выдать (!?) за доказательство, – результаты познавательной деятельности следователя или прокурора, – пишет В.А. Лазарева, – не соответствуют смыслу понятия доказательства, как объективно существующей, независимой от познающего субъекта информации”³⁹. Вряд ли стоит опровергать столь безграничное и лишнее существенных признаков, установленных в законе, представление о доказательстве.

Подобная оценка распространяется и на результаты оперативно-розыскной деятельности в виде стремления показать, что и полученные при этом сведения обладают необходимыми признаками доказательства⁴⁰.

С такими суждениями согласиться нельзя прежде всего потому, что материалы, полученные за пределами процессуальной формы, могут быть преобразованы в доказательства, но с соблюдением процессуального, т.е. предусмотрен-

³³ Вопрос о возможных направлениях развития отечественного судопроизводства освещается в завершающем разделе работы.

³⁴ Балакишин В.С. Указ. соч. С. 37. При этом автор, критикуя термин “источник доказательств”, заменяет его термином “источник фактических данных”, не объясняя, в чем его преимущество.

³⁵ Куприяшина Е.А. Источники доказательств и критерии их оценки в уголовном процессе РФ. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2007. С. 9.

³⁶ Этот, отвергнутый в современных исследованиях постулат, пытается возродить Я.В. Жданова, утверждая, что явления, перечисленные в ч. 2 ст. 74 УПК, – это не доказательства, а источники сведений о фактах и обстоятельствах дела (см.: Жданова Я.В. Указ. соч. С. 11).

³⁷ По мнению О.М. Колесова, информация, письменно отраженная в протоколе, уже не является показаниями в строгом смысле этого слова, поскольку показания воспринимаются не только с позиции допрашиваемого, но и с учетом диалога и изготовления протокола (см.: Колесов О.М. Указ. соч. С. 21). Налицо неправомерное “удвоение” доказательства, хотя и выраженное в замысловатой форме.

³⁸ Этот момент получил правильное отражение в УПК РСФСР, ст. 87 которого не включала протоколы допроса и очной ставки в число протоколов как самостоятельного вида доказательств. Однако данное положение, к сожалению, не учтено в ст. 83 УПК РФ.

³⁹ См.: Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе. С. 49.

⁴⁰ См., например: Воробьева Ю.Ю. Современные проблемы процесса доказывания в Российском уголовном судопроизводстве. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2006. С. 70.

ного УПК порядка, каким, на наш взгляд, может быть лишь официальное, с указанием происхождения сведений, представление их органам расследования. Именно поэтому, как уже отмечалось, в Законе РФ “Об оперативно-розыскной деятельности (далее – Закон об ОРД) в ст. 11 предусматривается такая возможность лишь с соблюдением процессуальной процедуры, соответствующей положениям **уголовно-процессуального** законодательства, регламентирующим собирание, проверку и оценку доказательств.

Чем же аргументируют свои предложения сторонники противоположной позиции? Они считают, что материалы ОРД приобретают свойство допустимости, если при их получении оперативный орган соблюдал правила проведения оперативно-розыскных мероприятий (предусмотренных в ст. 6 Закона об ОРД)⁴¹. Очевидно, однако, что данные правила, установленные закрытыми ведомственными актами, являются непроцессуальными и не содержат необходимых гарантий против возможных искажений информации (участие понятых, предупреждение об ответственности за сообщение ложной информации, протоколирование и т.п.). Поэтому само по себе соблюдение этих правил полученным результатам свойства допустимости не при-

даст, какой бы убедительной и значимой ни было их содержание⁴².

Отметим еще раз, что конкретизируя вышеназванные положения ст. 11 Закона об ОРД Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности устанавливает: что указанные результаты “должны позволять (адресатам) **формировать** доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом... содержать указания на ОРМ, при проведении которых получены **предполагаемые** доказательства, (выд. нами. – С.Ш.). Из этих нормативных предписаний с очевидностью следует, что за пределами процессуальной формы результаты ОРД доказательствами не являются, но они могут быть преобразованы в доказательства с соблюдением требований УПК, к которым относится известность происхождения доказательственной информации.

10. Во многом сходны с вышеназванными, предложения считать собиранием доказательств, действия защитника, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК, а полученные им при этом результаты – доказательствами. Утверждения такого рода во множестве появились в работах последнего времени. Авторы их исходят из необходимости более последовательно претворять в жизнь начала состязательности и, соответственно, повысить роль защитников в доказывании, с чем нельзя не согласиться. Однако обозначение действий защитника, свободных от процессуальной формы (получение предметов и документов, проведение опросов, истребование документов), собиранием доказательств выбивается из системы нормативных предписаний, жестко регламентирующих доказывание, в частности, не соответствует приведенным выше положениям ст. 75 УПК о недопустимых доказательствах, а также статьям УПК, детально регламентирующим способы собирания конкретных доказательств. В условиях, когда по

⁴¹ По мнению М.П. Полякова, “результат ОРД есть готовый информационный продукт, нуждающийся не в трансформации, а в интерпретации” (см.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Н. Новгород, 2001. С. 220. Также и В.А. Лазарева считает, что представляемые органу расследования результаты оперативно-розыскной деятельности – это уже “сформированные без участия следователя доказательства” (см.: Лазарева В.А. Концепция формирования доказательств в свете состязательности уголовного судопроизводства // Военно-юридический вестник Поволжского региона. Самара, 2006. С. 117). По мнению В. С. Балакшина, “в доказывании по уголовному делу могут быть использованы результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные способами и в порядке, установленными Федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности и обложенные в предусмотренную названным законом форму” (см.: Балакшин В.С. Указ. соч. С. 44). В.Л. Будников и И.В. Зверев также полагают, что информацию, полученную в рамках ОРД “необходимо в соответствующих случаях признавать доказательствами, допустимость которых не вызывает сомнений” и что не вызывает в теории доказательств каких-либо особых возражений возможность субъектов ОРД собирать доказательства “не в границах действия процессуальной формы” (см.: Будников В.Л., Зверев И.В. Субъекты доказывания в уголовном судопроизводстве. Волгоград, 2006. С. 90). Аналогичной позиции придерживается В.М. Бозров (см.: Бозров В.М. Результаты оперативно-розыскной деятельности – статус доказательств в уголовном процессе // Рос. юстиция. 2004 № 4 С. 46–48).

⁴² Ю.В. Корневский в связи с этим замечает, что необходимо проверить: соблюдены ли требования о проведении ОРМ уполномоченными госорганами, предусмотрено ли ОРМ Законом об ОРД, получено ли разрешение суда на проведение ОРМ, не нарушена ли охраняемая законом неприкосновенность соответствующих лиц и т.п. Нарушение этих требований исключает возможность использования полученных результатов (см.: Доказывание в уголовном процессе. Традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина М., 2000. С. 50–57). Что же касается соблюдения ведомственных нормативных актов, регламентирующих организацию и тактику проведения ОРМ, автор, по нашему мнению, правильно утверждает: “Следователь, прокурор, суд... не проверяют, соблюдались ли при проведении оперативно-розыскных мероприятий требования и рекомендации, содержащиеся в ведомственных актах” (там же. С. 58). Признание за результатами ОРМ доказательственного значения только потому, что они получены в порядке, предусмотренном Законом об ОРД, исходит из заведомой законности этого порядка, чего установить нельзя.

своей структуре отечественное судопроизводство остается в основном смешанным и с учетом неприемлемости параллельного адвокатского следования, субъектом доказывания, формирующим доказательственную базу, остается следователь (дознатель) и от него зависит – принять или не принять, ввести или не ввести в дело представленный защитником материал. Это относится и к полученным защитником документам, которые могут быть отвергнуты следователем, ввиду их неофициальности, неизвестности происхождения и т.п. Как уже отмечалось, сторонники подобных взглядов вынуждены утверждать, что требование надлежащей процессуальной формы доказательств вообще оказывается ненужным, так как становится препятствием на пути “собираания доказательств” защитником. Фактически речь идет об устранении одного из важнейших постулатов теории доказательств – их допустимости, что подрывает всю ее систему. Согласиться с таким представлением нет никаких разумных оснований.

11. Обращает внимание и отсутствие единства в определении свойств, которыми должно обладать доказательство, чтобы считаться таковым. Не вызывает сомнения, что необходимыми свойствами доказательства является его относимость и допустимость. Но следует ли включать в понятие доказательства такое его свойство, как достоверность? Под достоверностью принято понимать верность, истинность сведений, составляющих содержание доказательства⁴³. Нельзя не учесть, что итоговые выводы органов расследования, суда могут опираться только на достоверные доказательства. Но в то же время некоторые авторы считают, что доказательством следует считать сведения, которые не только обладают относимостью и допустимостью, но и являются

достоверными, т.е. правильными по существу. Так, Р.В. Костенко полагает, что “нельзя согласиться с неточным утверждением, что каждое доказательство становится таковым с момента его получения соответствующими субъектами...”⁴⁴. По мнению автора, выполняя в ходе расследования различные действия по собиранию сведений, следователь не может воспринимать их как уже “готовые” доказательства, поскольку таким доказательствам предстоит “выкристаллизироваться” из собранной информации позже. Поэтому “для определения понятия доказательства в уголовном процессе явно недостаточно ограничивать его только лишь исключительно двумя признаками: относимости и допустимости. Каждое доказательство должно обладать также признаком достоверности”⁴⁵.

В этих рассуждениях верно лишь одно: достоверность доказательства действительно не может быть выявлена в момент его получения, так как окончательно она определяется на завершающем этапе доказывания, когда оценивается вся совокупность собранных доказательств. Но это вовсе не означает, что полученные следователем и облеченные в надлежащую форму сведения – еще не доказательства. Такая позиция не только необоснованно отдалает момент появления в деле доказательств, но и игнорирует реальный процесс формирования доказательств путем выявления и отображения информации, заключенной в следах, о чем уже говорилось. Логика познавательного процесса такова, что любое, полученное уполномоченным органом доказательство, всегда поначалу проблематично, так как содержащаяся в нем информация может быть как истинной, так и ложной. Именно поэтому каждое полученное доказательство подлежит последующей проверке и оценке, в итоге которых и определяется его достоверность. Но вероятностный характер информации вовсе не ставит под сомнение ее доказательственное значение и возможность оперирования ею. Например, показания свидетеля, оставаясь доказательством, могут проверяться путем очной ставки, назначения экспертизы, они могут стать основой для выдвижения версий и т.д. Не случайно Закон (ст. 87 УПК) предусматривает именно проверку доказательств, а не сведений. Иной подход, продиктованный на первый взгляд заботой об обоснованности и достоверности решений, принимаемых субъектами доказывания, фактически разоружает их, поскольку вынуждает осуществлять доказывание и принимать промежуточные решения при отсутствии доказательств.

⁴³ Полагаем, что заблуждаются те авторы, которые толкуя этот термин лишь как “достойный веры” и, исходя из того, что “вера” – это субъективный, иррациональный фактор, способный породить ошибку, приходят к парадоксальному выводу о том, что достоверное доказательство может оказаться ложным. Такое суждение основано на односторонней трактовке термина “достоверность”, лишь как “достойный веры”. Между тем в различных словарях значение термина “достойный веры” обосновывается тем, что он обозначает истинное знание (достойно веры потому, что истинно). Так, В. Даль трактует термин “достоверный” как “истинный”, “несомненный” (*Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. Т. IV. М., 1980. С. 479), а С.Н. Ожегов и Н.Ю. Шведова, – как “не вызывающий сомнения” (*Ожегов С.Н., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 479). Эти же авторы трактуют термин “досто”, как частицу, усиливающую достоинство существительного, означающую “высоко”, “весьма” (“достославный”, “достопочтенный”). В логическом словаре-справочнике Н.И. Кондакова данный термин определяется как правильное, точное, не вызывающее сомнений отображение мыслью предметов и явлений окружающего мира; проверенное практикой знание (см.: *Кондаков Н.И.* Указ. соч. С. 164). Как синоним истины определяет термин философский словарь (см.: *Философский энциклопедический словарь.* М., 1983. С. 176).

⁴⁴ *Костенко Р.В.* Указ. соч. С. 28.

⁴⁵ Там же. С. 27. Такова же точка зрения В.С. Балакшина (см.: *Балакишин В.С.* Указ. соч. С. 39).

12. Всё вышесказанное даёт основание подвергнуть критическому анализу правомерность термина “источник доказательств”, которым, как ранее показано, часто обозначают явления, предусмотренные ч. 2 ст. 74 УПК РФ, т.е. показания, заключения, протоколы и т.д.

Основание для критики выявляется уже при анализе исторического процесса развития отечественного законодательства. Поначалу, как видно из вышесказанного, термину “источник доказательств” придавался иной, нежели теперь, смысл. Так, Я.Н. Баршев отождествлял данный термин с путями получения судом знаний об обстоятельствах дела. Можно полагать, что такое отождествление и положило начало современному словоупотреблению.

Б.А. Филимонов по этому поводу приводит суждение А. Миттермайера, согласно которому доказательством должен рассматриваться любой предусмотренный законом источник (*Quelle*), который может быть достаточным, чтобы судья сформулировал убеждение и признал релевантные факты истинными⁴⁶.

В такой трактовке термина есть определенный смысл: осмотр, допрос, обыск действительно являются источниками (точнее – способами) получения доказательств.

Но в более позднее время другие российские процессуалисты отмечали неправомочность отождествления доказательств со способами их получения. В четкой форме эту мысль выразил В. Случевский: “Судебный осмотр и освидетельствование, не доказательство, а только источник, из которого суд черпает доказательства...”⁴⁷.

Однако в современной теории доказательств термин “источник доказательств” приобрел другой смысл: им стали обозначать не способ, а результат познавательной деятельности, т.е. показания допрошенных лиц, заключения эксперта и т.д.

13. Неоправданность термина “источник доказательств” становится очевидной с учетом двух обстоятельств. Первое из них связано с логико-познавательными аспектами доказывания. По этимологическому смыслу “источник – означает то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь”⁴⁸. Логично утверждать, что источник какого-либо явления не может быть элементом, частью данного явления, а должен находиться вне его. Как заметил С.В. Курылев, “никто не объяснил, почему процессуальная теория должна отступать от этого смысла, называть источником не свидетеля, из которого “истекает” показание, а

само показание, из которого ничего не “истекает”⁴⁹. С точки зрения любого познавательного процесса, источник – это его начальный элемент. Однако, если обратиться к рассмотренному ранее реальному процессу собирания доказательств, то дело обстоит как раз наоборот: органы расследования и суд, получая информацию от ее носителя, формируют показания, протоколы, т.е. создают то, что неправомочно именуется источником доказательства.

Таким образом, в реальном познавательном процессе формирования доказательства появление “источника”, есть завершение, а отнюдь не начало познавательного процесса, так как “источник” – это не что иное, как сформированное в познавательном процессе доказательство. Ясно, что для следователя, формирующего доказательство, оно не может считаться источником доказательства.

Следующее возражение против термина – неадекватность понятий “источник” и “форма” доказательства. Если показания, заключения, и т.д., считать формой доказательства, что признается большинством исследователей, и, как представляется, не должно вызывать сомнений, то очевидно, что форма явления не может быть его источником, ибо в теоретическом смысле, это разные и несовместимые явления. Форма – неотделимый элемент любого явления, ибо, выражаясь философским языком – это способ существования и выражения содержания⁵⁰. Да и что, к примеру, может означать утверждение, что показания свидетеля, т.е., по терминологии законодателя, допустимое доказательство, являются не формой, а источником доказательства? Источником самого себя?

Из сказанного следует вывод – явления, обозначенные в ч. 2 ст. 74 УПК, следует именовать не источниками, а видами доказательств, ибо термин “вид” адекватен термину “форма”⁵¹. Такое представление разделяется ныне многими исследователями и постепенно завоевывает свое место в научной и учебной литературе⁵².

Заметим, что никто из дореволюционных процессуалистов не употреблял термин “источник

⁴⁶ См.: Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 15.

⁴⁷ Случевский В. Указ. соч. С. 317.

⁴⁸ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 250.

⁴⁹ Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 156.

⁵⁰ См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 621.

⁵¹ Так, согласно словарю Даля, форма – “наружный вид, образ” (*Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. Т. IV. М., 1980. С. 537). С.И. Ожегов и Н.Ю. Шведова трактуют форму аналогично, как “внешнее очертание, наружный вид предмета” (см.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Указ. соч. С. 843).

⁵² С учетом вышесказанного ошибаются авторы, пытающиеся отождествить понятия “источник доказательств” и “форма доказательств” (см.: *Костенко Р.М.* Указ. соч. С. 5, 19; *Купрюшина Е.А.* Указ. соч. С. 513).

доказательств” для обозначения показаний, заключений экспертов и т.д. В. Случевский, например, предпочитал видеть в заключении экспертов “совершенно особый **вид** уголовных доказательств”, а свидетельские показания считать — “наиболее употребительным **родом** уголовных доказательств” (выд. нами. — С.Ш.)⁵³. Также и И.Я. Фойницкий именовал показания подсудимого, свидетеля, эксперта, вещественные доказательства и др. видами доказательства⁵⁴.

Рассмотренная выше трактовка понятия доказательства как единства содержания и формы дает основание к тому, чтоб отказаться от широко распространенного в науке наименования явлений, обозначенных в ч. 2 ст. 74 УПК РФ источниками доказательств. Представляется убедительным взгляд исследователей, согласно которому этот термин можно сохранить в теории лишь для обозначения **носителей доказательственной информации**, каковыми являются свидетели, потерпевшие, обвиняемый, подозреваемые, эксперты, специалисты, а также предметы материального мира, сохранившие на себе следы исследуемого события.

14. Однако для обозначения показаний, заключений, протоколов и т.д. многие авторы продолжают использовать термин “источник доказательств”, а иногда (наряду с ним, как равнозначный) и термин “вид доказательств”. Термин “источник доказательств” используется и в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации” от 5 марта 2004 г.⁵⁵

В чем причины такого явления? Одной из них, полагаем, является дань традиции, поскольку указанный термин получил в науке широкое применение и отказ от него наводит на мысль о “ниспровержении” основ теории доказательств. Но, являясь конструктивным поначалу, когда, наряду с фактами, “источники” рассматривались как один из аспектов понятия доказательства, этот термин по мере развития теории доказательств, на основе отражательно-информационных процессов перестал соответствовать понятию доказательства как единству содержания и формы.

Более глубокая причина сохранения этого термина состоит, как ранее отмечалось, и в разном значении, которое придается показаниям, заключениям, протоколам на досудебном и в судебном производстве, поскольку первые получены при отсутствии необходимых гарантий установления истины.

⁵³ См.: Случевский В. Указ. соч. С. 391, 397.

⁵⁴ См.: Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 304–357.

⁵⁵ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 5. С. 4.

Тем не менее в соответствии с действующим законодательством показания, заключения, протоколы и т.д., полученные органами расследования, считаются доказательствами, как на судебных, так и в судебных стадиях процесса. Правомерно ли именовать их “источниками доказательств”? Представляется несомненным, что такое их обозначение в стадии предварительного расследования неоправдано, так как термин “источник” не соответствует отмеченному ранее реальному процессу их формирования.

Но не подходит ли этот термин для судебного разбирательства, где суд (в соответствии с законом) непосредственно исследует все собранные по делу доказательства? Согласно ч. 1 ст. 240 УПК, именно суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключения эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и пр. документы, производит другие действия по исследованию доказательств. К этому следует добавить право суда назначить экспертизу (ст. 283), провести следственный эксперимент (ст. 288), предъявление для опознания (ст. 289), освидетельствование (ст. 290). Разумеется, эта деятельность осуществляется судом во взаимосвязи с активной и основанной на законе (ч. 2 ст. 274) познавательной деятельностью сторон и не должна ее ограничивать. Но в действиях суда находит проявление его общее, предусмотренное законом, правомочие на соби́рание доказательств путем производства следственных действий (ч. 1 ст. 86 УПК). При этом важно отметить, что результаты познавательных действий суда и сторон фиксируются в протоколе судебного заседания (п. 10–12 ч. 3 ст. 259). По логике вещей, получение и процессуальное закрепление судом доказательственной информации есть не что иное, как формирование доказательств, которые по содержанию могут совпадать с доказательствами, собранными следователем, но могут и отличаться от них.

Но если суд формирует доказательства, то можно ли считать последние “источниками доказательств” для самого суда? И в этом случае ответ должен быть отрицательным, ибо доказательства не могут быть источниками самих себя.

Проведенный с позиций информационно-отражательного подхода анализ представлений о доказательствах, высказанных в отечественной процессуальной науке, позволяет сделать следующие выводы:

1. *Исторический процесс формирования понятия доказательств, проходя ряд этапов, развивался от логико-психологических представлений (доказательства — средства убеждения в существовании фактов) к информационно-содержательным (доказательства — это сведения о фактах, подлежащих установлению), получившему*

закрепление в современном уголовно-процессуальном законодательстве.

2. Нормативная регламентация понятия доказательств в УПК РФ, раскрывающая его информационное содержание и констатирующая, что показания, заключения, протоколы и т.д. являются доказательствами, стала заметным шагом вперед в развитии теории доказательств, позволяя в сложном понятии доказательств выделить две равнозначимые стороны – содержание и форму (или вид) доказательств и показать беспочвенность попыток ограничить рассматриваемое понятие только его содержанием.

3. Уяснению смысла понятия “доказательство” способствует концепция их формирования в процессе познавательно-удостоверительной деятельности субъекта доказывания, сущность которой состоит в том, что процесс получения доказательств всегда включает в себя преобразование информации, содержащейся в следах, оставленных исследуемым событием и приданием ей надлежащей процессуальной формы – превращением ее в показания, заключения, вещественные доказательства и т.д. Вопреки мнению некоторых исследователей, формирование доказательств не сводится лишь к закреплению полученной информации, а само закрепление не есть отдельный этап собирания (формирования) доказательств, так как представляет собой органичный, неотделимый элемент этой деятельности.

4. Важнейшим признаком доказательства является его допустимость и, в первую очередь, соблюдение процедуры получения. Представляются необоснованными встречающиеся в юридической литературе предложения считать доказательствами результаты оперативно-розыскной деятельности, если при ее осуществлении оперативный орган соблюдал правила проведения оперативно-розыскных мероприятий. Данные правила не носят уголовно-процессуального характера, а подмена ими процессуальных требований относительно собирания доказательств противоречит закону и Инструкции о порядке представления результатов ОРД органами расследования и суду, утвер-

жденной приказом правоохранительных ведомств от 17 апреля 2007 г.

5. Ошибочны утверждения о том, что необходимым свойством доказательства является его достоверность. В момент получения доказательства и в последующем, вплоть до завершения доказывания, истинность доказательства всегда проблематична, что не мешает оперировать им в процессе производства по делу. Лишь после завершающей оценки доказательства может быть определена его достоверность, т.е. истинность и возможность использовать его при построении итоговых выводов органов расследования и суда. Также нельзя согласиться с суждениями о том, что действия защитника, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ, представляют собой собирание доказательств. Эта норма выбивается из системы правовых предписаний, жестко регламентирующих способы собирания доказательств, а утверждение, что защитник собирает доказательства, хотя и в непроцессуальной форме ведет к отрицанию допустимости, как необходимого свойства доказательства.

6. Следует признать необоснованным достаточно широкое использование в научных исследованиях термина “источник доказательств”. Он не соответствует реальному познавательному процессу получения доказательств, и в то же время создает ошибочное представление, будто “источники” изначально существуют в природе, упрощая этим действительное содержание сложной деятельности органов государства по собиранию доказательств. Данный термин также несовместим с обозначением показаний, заключений и т.п. видами доказательств, между тем как такое обозначение способствует преодолению разрыва между содержанием и формой доказательств. Отказ от употребления термина “источник доказательств” в вышеозначенном смысле поможет устранению путаницы, бытующей в научной и учебной юридической литературе, когда им одновременно обозначают принципиально разные понятия – виды доказательств и носителей доказательственной информации.