

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ И СОДЕРЖАНИИ ПОЛУЧЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В. С. БАЛАКШИН*

Практика признания доказательств недопустимыми не отличается единообразием. Причин тому несколько. В данной статье предпринята попытка исследовать одну из ускользнувших от внимания авторов проблем — понятия, содержания и правовой природы получения доказательств в уголовном процессе. Между тем от понимания и уяснения того, какой смысл вложил законодатель в названное понятие, с какого момента следует считать доказательство окончательно полученным, зависит выработка единообразной практики оценки доказательств с точки зрения допустимости.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: доказательства, получение доказательств, недопустимые доказательства, доказывание, судебное разбирательство.

BALAKSHIN V. S. TO THE CONCEPT AND CONTENT OF THE PROCEDURE OF TAKING EVIDENCE IN THE CRIMINAL TRIAL

The practice of recognizing evidence inadmissible is not uniform. There are several reasons for this. This article attempts to explore one of the problems which “has escaped” the authors’ notice, namely, the concept, content and legal nature of taking evidence in criminal proceedings. However, development of the uniform practice of evaluation of evidence in terms of their admissibility depends on understanding the meaning which the legislator has put into this concept and the moment when the evidence should be considered finally taken.

KEYWORDS: evidence, taking evidence, inadmissible evidence, proving, trial.

Одной из проблем современного уголовного процесса является оценка доказательств с точки зрения допустимости. Об этом свидетельствует судебная практика, публикуемая в юридических печатных изданиях и размещаемая на официальных сайтах Верховного Суда РФ, областных, краевых судов и судов республик в составе Российской Федерации. Здесь следует уточнить, что проблемой является не сам факт судебных ошибок, связанных с оценкой допустимости доказательств. Проблема — причем, на наш взгляд, очень серьезная — состоит в том, что данные ошибки в большинстве случаев влекут за собой постановление незаконных и необоснованных судебных решений и их последующую отмену. А далее — затягивание сроков рассмотрения дел и, как следствие, нивелирование

* Балакшин Виктор Степанович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса Уральского государственного юридического университета. Balakshin Viktor Stepanovich — doctor of legal sciences, professor, professor of the Department of Criminal Procedure, Ural State Law Academy.

E-mail: balakschin.viktor@yandex.ru

© Балакшин В. С., 2014

воздействия на совершившего преступление назначенной меры наказания, которая за давность ее применения не может дать и не дает должного эффекта. Пресловутые разговоры о том, что институт допустимости (недопустимости) доказательств является гарантией того, чтобы исключить случаи привлечения к уголовной ответственности лиц, не причастных к совершению преступления, на современном этапе развития российского общества остаются по большей части лишь разговорами, ибо воспользоваться данной гарантией, как правило, могут только те, кто в состоянии нанять хорошего адвоката, заплатив ему «кругленькую» сумму. «Хороший» адвокат постарается и найдет, пользуясь несовершенством норм, регламентирующих названный институт, несколько вариантов, чтобы убедить суд признать одно или несколько доказательств недопустимыми, в крайнем случае, породить сомнения в их допустимости. А затем следует ставшая уже классической ситуация: признание и исключение доказательства как недопустимого; отказ в ходатайстве государственному обвинителю или потерпевшему огласить показания не явившегося свидетеля, которого запугали, предупредили и т. д.; постановление незаконного и необоснованного приговора; его отмена с возвращением уголовного дела на новое судебное рассмотрение. Не исключено и последующее направление дела прокурору для устранения нарушений уголовно-процессуального закона, препятствующих рассмотрению дела в суде. В итоге, затягивание времени рассмотрения дела — начиная с момента его возбуждения и до вступления судебного решения в законную силу — на многие месяцы, а нередко и годы. Конечно, простому смертному это не грозит: для него названный институт «летает в космическом пространстве», и на космолет, который бы позволил ему до него долететь и с ним состыковаться, средств у простого смертного попросту нет. К сожалению, конституционный принцип равенства всех перед законом и судом все больше и больше становится декларацией, а институт допустимости (недопустимости) доказательств в уголовном судопроизводстве как-то незаметно, но настойчиво и верно этому способствует. Названные обстоятельства, по мнению автора, — серьезный повод для того, чтобы ученые и практические работники обратились к данным проблемам с целью разобраться в сложившейся ситуации.

Причин указанных судебных ошибок несколько: от неправильного толкования свойства допустимости (недопустимости) доказательств до игнорирования того обстоятельства, что законодатель связывает признание доказательств недопустимыми не с любыми нарушениями уголовно-процессуального закона, как считают некоторые авторы, а, во всяком случае, с теми, которые допущены при их (доказательств) получении. Данный вывод со всей определенностью следует из ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, к нему же приводит анализ требований, содержащихся в ч. 3 ст. 7 и ст. 75 УПК РФ. Предпримем попытку глубже исследовать данный вопрос и сформулировать выводы, которые могли бы способствовать разрешению названных выше проблем.

Согласно ч. 1 ст. 75 УПК РФ недопустимыми являются доказательства, «полученные с нарушением требований настоящего Кодекса». Аналогичная формула содержится и в п. 3 ч. 2 данной статьи.

Жестко «привязывая» признание доказательств недопустимыми к нарушениям, которые допущены при их получении, законодатель при этом не дал толкования этому понятию, не раскрыл его содержания, ограничившись нормами, дающими толкование доказывания по уголовному делу (ст. 85), собрания и проверки доказательств (ст. 86, 87 УПК).

Между тем уяснение понятия и содержания такой категории, как «получение доказательств в уголовном судопроизводстве», без всякого

сомнения, имеет исключительное значение для правильной оценки доказательств с точки зрения их допустимости. И, напротив, неверное толкование указанной категории может влечь и зачастую влечет за собой ошибки в судебной и прокурорско-следственной практике. Более того, по данному ложному пути пошел, к сожалению, и законодатель. Наглядный пример тому — положения ч. 2 ст. 75 УПК РФ.

Так, согласно п. 1 ч. 2 указанной статьи показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде, относятся, как указано в данной норме, к недопустимым доказательствам. При этом в законе не уточняется, были допущены нарушения уголовно-процессуального закона при получении данных показаний или нет. Показания априори признаются недопустимыми доказательствами при наличии двух условий: а) они даны подозреваемым, обвиняемым в ходе досудебного производства в отсутствие защитника и б) названные участники судопроизводства не подтвердили их в дальнейшем в суде. Однако указанных двух условий для признания рассматриваемых доказательств недопустимыми недостаточно, необходимо еще одно, по мнению автора основополагающее, условие — наличие нарушений уголовно-процессуального закона, допущенных при получении показаний, т. е. при производстве допроса подозреваемого, обвиняемого. При этом следует иметь в виду, что допрос названных лиц в отсутствие защитника сам по себе не является нарушением, если его участие в деле в силу требований ст. 51 УПК РФ не является обязательным.

Таким образом, законодатель очень деликатно, но посягая на правила законодательной техники и законы логики, отошел от концептуального правила, предусмотренного не только в ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, но и в нормах-принципах уголовного судопроизводства. Напомним, что в силу принципа законности при производстве по уголовному делу признание доказательств недопустимыми влечет нарушение судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем норм Уголовно-процессуального кодекса, допущенное при их (доказательств) получении (ч. 3 ст. 7 УПК). Согласно ст. 17 УПК РФ («Свобода оценки доказательств») судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. Естественно, в этой ситуации, если суд, рассматривая уголовное дело, вынужден в случаях, указанных в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, автоматически признавать показания подозреваемых, обвиняемых недопустимыми и исключать их из процесса доказывания только потому, что указанные лица не подтвердили свои показания в суде, ни о какой оценке доказательств по внутреннему убеждению, основанному на совокупности всех имеющихся в деле доказательств, не может быть и речи. Заметим, что данное решение может быть принято и нередко принимается без проверки наличия или отсутствия того факта, имели ли место нарушения при допросах подозреваемых, обвиняемых на стадии предварительного расследования, заслушивания мнений сторон, придания этому решению соответствующей процессуальной формы. Аналогичное положение возникает при применении требований, содержащихся в п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Данный Кодекс содержит и другие варианты подобного обращения с доказательствами, о которых автор уже писал.

Сказанное, надеемся, свидетельствует о действительной необходимости глубже рассмотреть понятие «получение доказательств», уяснить

его суть и значение для института допустимости/недопустимости доказательств.

Термин «получение» происходит от глагола «получить», который используется в разных значениях. Одно из них, наиболее приемлемое к уголовно-процессуальному доказыванию, — «взять, приобрести вручаемое, предлагаемое, искомое».¹ Преломляя приведенное толкование указанного термина в плоскость уголовно-процессуального доказывания, можно сделать вывод, что «получение» доказательств предполагает деятельность, в ходе которой обнаруживаются, выявляются, устанавливаются сведения, имеющие значение для дела. Затем установленные сведения закрепляются (удостоверяются) в предусмотренном законом порядке в соответствующих источниках и приобщаются к уголовному делу. Иными словами, «получение» доказательств — это их собирание, закрепление и проверка, хотя сразу оговоримся, что перечисленные понятия являются во многом условными.

Дело в том, что в буквальном смысле выражение «получение доказательств» означает не что иное, как собирание, закрепление и проверку готовых, отвечающих всем требованиям закона доказательств. Между тем совершенно очевидно, что готовых доказательств ни в природе, ни тем более в уголовном судопроизводстве не существует. По образному выражению С. А. Шейфера, «собирание доказательств нельзя трактовать как завладение готовыми, уже существующими доказательствами, уподобляя эту деятельность действиям грибника, собирающего в лесу дары природы».² Поэтому следует говорить о том, что доказательства формируются в процессе собирания, закрепления и проверки фактических данных и их источников. Употребление же в ст. 75, 85, 86, 87 и других нормах УПК РФ понятий «получение» и «собирание» доказательств, на наш взгляд, надо рассматривать как прием законодательной техники, позволяющий акцентировать внимание на доступной для восприятия сути деятельности субъектов доказывания и ее конечной цели — получении и приобщении к уголовному делу именно доказательств. При этом, на наш взгляд, в понятие «получение доказательств» законодатель вложил более широкий смысл, нежели в понятие «собирание». На наш взгляд, «получение доказательств» — это урегулированная уголовно-процессуальным законом деятельность, осуществляемая с целью собирания, закрепления и проверки сведений о фактах и их источниках посредством производства следственных, иных процессуальных и судебных действий.

Содержание исследуемого понятия складывается из совокупности решений и действий, принимаемых и совершаемых в процессе собирания, закрепления и проверки доказательств. К таковым относятся:

- 1) принятие решения о производстве следственного, судебного или иного процессуального действия и его процессуальное оформление;
- 2) приготовление к производству процессуального действия;
- 3) само производство процессуального действия;
- 4) приобщение протокола или иного документа, оформленного по результатам процессуального действия, к материалам уголовного дела;
- 5) принятие решения о признании предмета, документа, иного объекта вещественным доказательством и приобщении его к материалам уголовного дела.

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., М., 1999. С. 557.

² Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 8.

Рассмотрим каждую из перечисленных составляющих.

1. Процесс принятия решения о производстве процессуального действия можно условно разделить на два этапа. Первый этап — изучение и анализ фактических данных на предмет наличия/отсутствия фактических оснований для производства процессуального действия. Второй этап — принятие решения и придание ему предусмотренной уголовно-процессуальным законом процессуальной формы.

На первом этапе орган или должностное лицо, уполномоченное проводить процессуальные действия по конкретному уголовному делу, на основе фактических данных определяет, имеются ли фактические основания для производства процессуального действия, и какого именно. От правильности оценки данных оснований во многом зависят законность и обоснованность принятого решения.

Второй этап — это процессуальное оформление решения; придание ему предусмотренной законом формы в виде постановления, определения; получение, в предусмотренных законом случаях, согласия или санкции прокурора либо судебного решения. Следует отметить, что не только для совершения иных процессуальных действий, но даже для производства не всех следственных действий уголовно-процессуальный закон требует процессуально оформленного решения. Например, это обязательно для производства допросов свидетелей, проверки показаний на месте и некоторых других. Вместе с тем для производства всех без исключения процессуальных действий необходимы юридические основания. Это — зарегистрированные в установленном порядке заявления, сообщение о преступлении, постановление либо определение соответствующего органа или должностного лица, которое они должны вынести в порядке и в случаях, предусмотренных законом. Их можно классифицировать на две группы: основания общего характера и основания, необходимые для производства отдельного процессуального действия.

До возбуждения уголовного дела основанием общего характера являются заявление или сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, рапорт уполномоченного должностного лица, зарегистрированные в установленном порядке. После возбуждения — это постановление о возбуждении уголовного дела, отвечающее требованиям законности и обоснованности.

Ко второй группе оснований относятся постановление или определение уполномоченного органа или должностного лица, которые они должны вынести в случаях, предусмотренных законом, например, постановление следователя о назначении судебной экспертизы и т. д.

2. Подготовка к производству процессуального действия. Деятельность, осуществляемая с целью подготовить проведение процессуального действия, безусловно, существенно может различаться и различается в зависимости от того, какое действие и с чьим участием производится. Так, несложный допрос лица, своевременно явившегося к следователю, достигшего совершеннолетия, владеющего языком, на котором ведется судопроизводство, не требует, как правило, особой подготовки. В то же время проведение, например, допроса малолетнего потерпевшего или свидетеля уже в силу установленного УПК РФ порядка предполагает более тщательную подготовку.

Во-первых, в соответствии с ч. 1 ст. 191 УПК РФ допрос потерпевшего или свидетеля в возрасте до 14 лет должен проводиться с обязательным участием педагога. Последнее означает, что следователь в этом случае обязан обеспечить участие педагога, продумать, какого именно пригласить

для участия в допросе, удовлетворить ли ходатайство законного представителя об участии его в данном следственном действии. Если перечисленные требования будут нарушены, то полученное таким путем доказательство признается недопустимым.

Во-вторых, если потерпевший, свидетель являются малолетними либо отстают в возрастном развитии, то следователь обязан продумать вопрос об участии в допросе специалиста-психолога.

В-третьих, следует определиться с местом и временем допроса, а также решить другие вопросы, возникающие в связи с конкретными обстоятельствами уголовного дела.

Еще больше вопросов самого разного характера приходится решать следователю при подготовке к более сложным следственным действиям, которые в силу своей специфики предполагают участие нескольких лиц, привлечение и использование специалистов, криминалистической и другой техники и т. д. Аналогичным образом складывается ситуация в процессе судебного следствия, если возникает необходимость проведения, например, следственного эксперимента с выездом на место.

Таким образом, рассматриваемая составляющая получения доказательств имеет важное значение потому, что позволяет в ходе производства самого процессуального действия обеспечить соблюдение требований закона, регламентирующих порядок его производства, фиксацию хода и результатов, методы и способы их удостоверения.

Здесь следует оговориться, что по исследуемой проблематике очень много нерешенных вопросов. Получить ответы на все из них даже в рамках монографического исследования вряд ли возможно, тем более бесмысленно это делать в рамках журнальной статьи. Особенно данный вывод относится к получению доказательств посредством иных процессуальных действий, так как в уголовно-процессуальном законе не дается ни их понятия, ни полного перечня видов указанных действий, не урегулирован и порядок их производства. Поэтому в рамках данной публикации ограничимся попыткой исследовать наиболее существенные моменты, имеющие, на наш взгляд, в определенной степени концептуальное значение.

3. Непосредственное производство процессуального действия.

Непосредственное проведение процессуального действия — наиболее напряженный и ответственный момент получения доказательств, а точнее, получения сведений об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, и источников, в которых эти сведения отражаются. Здесь с определенной степенью условности можно также выделить несколько этапов: 1) подготовительный, 2) поисково-познавательный и 3) удостоверительный.

На *подготовительном* этапе следователь обязан осуществить необходимые мероприятия, направленные на обеспечение прав и законных интересов участников процессуального действия, создание процессуальных и организационно-технических условий для его (действия) проведения. Прежде всего, имеются в виду мероприятия, позволяющие максимально повысить эффективность выявления, обнаружения, отыскания и удостоверения сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела. В частности, следователь должен объявить участвующим в процессуальном действии лицам о том, какое действие будет произведено, разъяснить им права и обязанности, которыми они соответственно обладают и которые на них закон возлагает при проведении этого действия, предупредить об ответственности, если она предусмотрена в данном конкретном случае, выполнить иные подготовительные действия. Особое внимание следует

уделить разъяснению прав и обязанностей понятым, специалисту, переводчику, если они участвуют в процессуальном действии, а также подозреваемому, обвиняемому, подсудимому, потерпевшему, другим участникам. Очень важно обеспечить участие в процессуальном действии всех лиц, которые имеют на это право в соответствии с требованиями УПК РФ. Нарушение указанных положений в большинстве случаев влечет за собой признание полученного таким путем доказательства недопустимым. Такие решения принимались даже в период действия УПК РСФСР.

Так, Президиум Верховного Суда РФ отменил приговор и кассационное определение в отношении П. по ч. 1 ст. 222 УК РФ и прекратил производство по делу за отсутствием в его действиях состава преступления, указав следующее: «...органы следствия, имея реальную возможность обеспечить присутствие П. при производстве обыска и предоставив ему возможность добровольно выдать оружие, не сделали этого, чем существенно нарушили требования ст. 169, 170 УПК РСФСР, а также лишили осужденного права воспользоваться положениями закона, изложенными в примечании к ст. 222 УК РФ, согласно которым лицо, добровольно выдавшее оружие, освобождается от уголовной ответственности».³

Как уже отмечалось, сложнее обстоит дело с проведением иных процессуальных действий. Отсутствие их перечня, урегулированного законом порядка производства, фиксации и удостоверения хода и результатов ставит немало вопросов перед практическими работниками. В итоге они вынуждены принимать решения, основанные либо на сформировавшейся десятилетиями и признававшейся легитимной практике, либо на профессиональной интуиции, что не застраховывает от ошибок и совершенно не гарантирует от признания полученных таким путем доказательств недопустимыми со всеми вытекающими из этого последствиями.

На *поисково-познавательном* этапе дознаватель, следователь, судья, другие участвующие в процессуальном действии лица предпринимая действия, основанные на требованиях уголовно-процессуального закона, целью которых является получение сведений об обстоятельствах, имеющих значение для расследуемого или рассматриваемого в суде дела. Здесь, в зависимости от характера и сущности процессуального действия, с помощью органов чувств, различного рода приборов и т. п., обобщенно говоря, осуществляются поиск, анализ, фильтрация (в хорошем процессуальном смысле), отбор и фиксация в предусмотренных законом источниках сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, ибо, по образному выражению А. Ф. Черданцева, в этой деятельности перед следователем сплошной поток жизни и он «...факты не “собирает”, а выделает, “вырезает”».⁴

Удостоверительный этап включает в себя оформление того процессуального документа, который УПК РФ предусмотрел для конкретного процессуального действия, применение фото-, киносъемки, аудио-, видеозаписи, изготовление слепков и т. д., упаковку, опечатывание, удостоверение подписями следователя, понятых и других участников процессуального действия изъятых и упакованных предметов, других объектов. Несмотря на то что указанные действия носят в большей степени технический характер, именно в процессе их совершения, как свидетельствуют

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12. С. 20.

⁴ Черданцев А. Ф. Юридические конструкции, их роль в науке и практике // Правоведение. 1972. № 2. С. 14.

результаты обобщения правоприменительной практики, органами расследования допускается достаточно много нарушений, влекущих признание доказательств недопустимыми, причем не только тех, которые получены непосредственно в ходе данного действия, но и других, полученных с использованием, например, изъятых с нарушением установленного порядка предметов, документов, образцов для сравнительного исследования и т. п.

По делу Л., осужденного Ярославским областным судом, Президиум Верховного Суда РФ отменил приговор и кассационное определение и прекратил дело в связи с недоказанностью участия осужденного в совершении преступления. Основной причиной для такого решения явилось признание не имеющими юридической силы заключений трасологической, химической и биологической экспертиз, выводы которых были основаны на результатах исследования объектов, изъятых в ходе осмотра места происшествия, выемки и других процессуальных действий с нарушением требований уголовного-процессуального закона.⁵ Такие и им подобные случаи не единичны.⁶

Другим типичным нарушением, которое допускается на данном этапе производства процессуального действия, является ненадлежащее удостоверение его (действия) хода и результатов лицами, которые участвовали или должны были в нем участвовать в соответствии с УПК. Это — отсутствие в протоколах следственных действий подписи понятых, специалистов, других участников либо учинение вместо них фиктивных подписей, что, к сожалению, еще имеет место в практике.

4. Приобщение протокола и других материалов, полученных в ходе процессуального действия, к уголовному делу имеет важное процессуальное значение. Можно очень эффективно произвести самое сложное следственное действие, придать ходу и результатам соответствующую процессуальную форму, надлежащим образом их удостоверить, однако, образно говоря, не донести полученное до уголовного дела. Разумеется, говорить в этом случае о наличии в деле доказательств в их уголовно-процессуальном смысле нет достаточных оснований. Ибо доказательством в уголовном судопроизводстве могут быть те предусмотренные законом источники с содержащимися в них сведениями об обстоятельствах, имеющих значение для дела, которые надлежащим образом приобщены и находятся в материалах уголовного дела или при них, кроме специально оговоренных в законе случаев (ст. 82 УПК). Причем к материалам того дела, в связи с расследованием которого производилось процессуальное действие.

Вместе с тем следует заметить, что рассматриваемый момент несколько сложнее, нежели может показаться на первый взгляд. Обусловлено это опять же тем, что уголовно-процессуальное доказательство — сложная юридическая конструкция. В ее структуре имеются три взаимосвязанных, взаимообусловленных элемента: сведения о фактах, источники, в которых они (сведения) содержатся, а также способы и порядок собирания, закрепления и проверки сведений о фактах и их источников.⁷ Однако обозначенную конструкцию ни в коем случае нельзя отождествлять с источником.

⁵ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1992. № 8. С. 8–9.

⁶ См., напр.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1986. № 5. С. 11; 1988. № 2. С. 30; Бюллетень Верховного Суда РФ. 1991. № 2. С. 6; 1998. № 8. С. 7; 2005. № 2. С. 25–26.

⁷ Подробнее см.: Балакшин В. С. 1) Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания. Екатеринбург, 2004. С. 109–125; 2) Допустимость доказательств: понятие, правовая природа, алгоритм оценки. Екатеринбург, 2013. С. 162–185.

В источнике могут содержаться сведения, которые в совокупности с самим источником, будучи полученными с соблюдением установленных способов и порядка, необходимо признавать доказательственными, а другие, напротив, нет.

Так, в теории и практике доказывания возник вопрос о том, будет ли означать утрату вещественного доказательства факт нарушения упаковки предмета, имевшихся на ней печатей и удостоверительных подписей, который, например, имел место после осмотра места происшествия. Такое обстоятельство невозможно исключить, оно может произойти по разным причинам. Отдельные авторы, не вдаваясь в детали проблемы, высказывают мнение о том, что в подобных случаях вещественное доказательство следует признавать недопустимым, включая и данные протокола осмотра о его обнаружении и изъятии. Свое мнение они мотивируют тем, что нет гарантии того, что изъятый предмет или документ не подменили, не видоизменили и т. д. А последнее, как известно, может явиться одной из причин признания причастным к совершению преступления лица, в действительности его не совершавшего.

Торопиться отвечать однозначно на данный вопрос, между тем, не следует. В данной ситуации важно определиться с вопросом о том, какой момент является моментом окончания получения доказательства. Иначе говоря, с какого времени, либо какого обстоятельства получение доказательства следует считать завершенным, чтобы ими ограничить оценку решений и действий с точки зрения соответствия их требованиям уголовно-процессуального закона? Это необходимо для того, чтобы отграничить нарушения, допущенные при получении доказательств, и, следовательно, могущие повлечь признание их недопустимыми, от нарушений, допущенных за рамками процедуры получения, а значит, не влекущими признания доказательств таковыми. Рассмотрим данную проблему на конкретном примере.

Допустим, по делу проведен осмотр места происшествия. Фиксация хода и результатов данного следственного действия с оформлением протокола, приложений, их удостоверение могут быть осуществлены сразу после выполнения всех действий, связанных непосредственно с осмотром, но могут и растянуться на несколько дней. Многое, разумеется, зависит от объема осмотра, его продолжительности, состава участников и других обстоятельств. Из личного опыта, а не из литературы, автору хорошо известны ситуации, когда оформление протокола, составление приложений в виде таблиц, схем и т. д. после проведенного сложного следственного осмотра, эксперимента, некоторых других действий занимают несколько дней. Здесь попутно следует заметить, что требование, содержащееся в ч. 1 ст. 166 УПК РФ, в силу которого протокол должен быть составлен в ходе следственного действия или непосредственно после его окончания, явно идеализировано. Можно ли считать в подобных случаях получение доказательств законченным в момент объявления следователем об окончании проводившегося следственного действия и разъяснения его участникам, что протокол и другие процессуальные документы будут оформлены и представлены для ознакомления и удостоверения в течение ближайших 4–5 дней? Вряд ли. Отсюда вывод, что использование временного критерия для определения момента окончания получения доказательств достаточно сомнительно. Данный момент следует определять применительно к моменту полного завершения всей предусмотренной для данного процессуального действия деятельности. Имеется в виду деятельность, связанная не только с выявлением, обнаружением, анализом, предъявлением

участвующим лицам и т. п. фактических данных, их носителей, фиксации их на кино-, фото-, видеопленку и т. д. при непосредственном выполнении процессуального действия, но и с оформлением всех предусмотренных законом процессуальных документов, включая надлежащее удостоверение.

Что касается получения доказательств в ходе судебного разбирательства, то здесь момент окончания напрямую зависит, по существу, от момента вступления в законную силу протокола судебного заседания, т. е. после рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания либо истечения срока на их принесение (ч. 6 ст. 259 УПК).

Кроме того, при решении обозначенного вопроса необходимо учитывать и существенность нарушений упаковки, состояние на ней печатей и подписей. Если нельзя исключить возможность подмены предмета, изменения его состояния и других параметров, лежащих в основе формирования фактических данных, имеющих значение для дела, то необходимо решать вопрос о признании такого вещественного доказательства недопустимым. Безусловно, если ему уже был придан статус такового.

Подводя итог сказанному, сделаем следующие выводы. В случае, если протокол осмотра, в ходе которого изъяты предмет, документ, имеющие признаки вещественного доказательства, оформлен непосредственно на месте производства следственного действия, а названные обстоятельства наступили при транспортировке, передаче другому следователю и т. д., то сведения о факте обнаружения этих предмета, документа, состоянии, об их параметрах, состоянии, изъятии и т. п. не утратят своего доказательственного значения. В данном случае надо вести речь о недопустимости доказательств, полученных с использованием этого предмета, документа, например заключения экспертизы, и о наличии неустранимых сомнений в достоверности указанного вещественного доказательства. Если же протокол и предусмотренные законом приложения были оформлены спустя какое-то время, то исключать возможность признания указанных сведений (о факте обнаружения предмета, его наличии, размерах, состоянии и т. д.) не имеющими юридической силы нельзя. Разумеется, со всеми вытекающими из этого последствиями, ибо невозможно дать гарантии того, что до места составления протокола был доставлен, описан и затем приобщен к делу в качестве вещественного доказательства именно изъятый в ходе осмотра места происшествия предмет, документ.

5. Принятие решения о признании предмета, документа иного объекта вещественным доказательством и приобщении его к материалам уголовного дела. Значение названного этапа с процессуальной точки зрения трудно переоценить. Здесь, по сути, решается вопрос не только о статусе предмета, документа, иного объекта, но и о соответствии его как источника сведений об обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, и самих сведений требованиям уголовно-процессуального закона с точки зрения допустимости, относимости и достоверности.

Таким образом, получение доказательств — это, в конечном счете, деятельность соответствующих органов, должностных и других лиц, участвующих в производстве тех или иных процессуальных действий. Данная деятельность должна осуществляться в строгом соответствии с требованиями закона, устанавливающими соответственно состав участников конкретного процессуального действия, процессуальный статус каждого из этих лиц, включая права, обязанности и ответственность. Предпримем попытку исследовать основные вопросы обозначенной составляющей получения доказательств.

Одним из них, представляется, является вопрос о том, кто может и должен получать доказательства, исходя из гносеологического и процессуального содержания уголовного-процессуального доказывания.

Если получение доказательств, как указано выше, — это собирание, закрепление и проверка сведений о фактах и их источников, то, исследуя обозначенную проблему, необходимо именно из этого и исходить, т. е. определить, кто из участников уголовного судопроизводства в соответствии с Уголовно-процессуальным законом вправе заниматься названными видами деятельности. Подобная методика, по нашему мнению, хотя и не дает полностью достоверных выводов, однако помогает построить тот недостающий мостик, использование которого позволит к ним максимально приблизиться.

Согласно ст. 86 УПК РФ собирание доказательств осуществляется, во-первых, дознавателем, следователем, прокурором, судом; во-вторых, — подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, их представителями; в-третьих — защитником. В силу требований ст. 87 УПК РФ проверка доказательств, в том числе путем получения иных доказательств, производится дознавателем, следователем, прокурором, судом.

Таким образом, исходя из приведенных требований закона, субъектами получения доказательств являются дознаватель, следователь, прокурор, суд, подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, представители последних четырех участников, а также защитники.

Между тем, как нам представляется, сказанное будет упрощенным подходом к решению проблемы, ибо при анализе не учтена вся совокупность норм, регламентирующих данный вопрос, как целостная система. И прежде всего нормы, определяющие понятие, сущность и структуру уголовно-процессуального доказывания.

Большинство авторов понимают под уголовно-процессуальным доказыванием деятельность следователя, дознавателя, органов дознания, прокурора, суда, осуществляемую при участии иных участников уголовного судопроизводства в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке, направленную на собирание, закрепление, проверку и оценку доказательств с целью установления обстоятельств, имеющих значение для дела, а также обоснования выводов и процессуальных решений.⁸

Предлагаемое определение базируется на законе предусмотренной формуле, гносеологической природе доказывания. Единственное, что, в отличие от требований закона, включено в определение, — это указание на закрепление доказательств. По нашему мнению, выделение в структуре доказывания данного элемента диктуется необходимостью соблюдения требований закона при фиксации хода и результатов процессуальных действий.

Согласно ст. 85 УПК РФ доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу. Следовательно, для получения научно обоснованного ответа на поставленный вопрос необходимо определить,

⁸ См., напр.: *Зинатуллин З. З.* Уголовно-процессуальное доказывание. Ижевск, 2003. С. 25; *Доля Е. А.* Доказательства и доказывание // Уголовный процесс / под ред. В. П. Божьева. М., 2004. С. 149; *Алиев Т. Т., Громов Н. А., Макаров Л. В.* Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2002. С. 9.

что включают в себя такие понятия, как собирание, закрепление и проверка доказательств, а еще точнее — сведений о фактах и их источников.

Понятие «собирание доказательств» следует формулировать исходя из требований ст. 86 УПК РФ. Анализ данной статьи дает основание для следующих выводов. Собирание доказательств дознавателем, следователем, прокурором и судом производится посредством следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ. Все другие участники процесса, перечисленные в ч. 2 и 3 указанной статьи, названными способами собирать доказательства не вправе. По большому счету, они этого и не смогли бы сделать, если бы даже предприняли такую попытку, ибо не обладают соответствующими властными полномочиями. В связи с этим закономерно возникает вопрос о том, какими же все-таки способами могут и вправе подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители собирать письменные документы и предметы. Другими словами, какие конкретно действия перечисленных участников законодатель имел в виду, употребляя в этой норме выражение «вправе собирать»? На какие именно правовые акты необходимо им ссылаться, какие документы предъявлять в подтверждение данного права и как процессуально оформлять факт и результаты такого «собирания» документов и предметов с целью их последующего представления органам расследования или суду для приобщения к уголовному делу? Ответа на данные вопросы закон не содержит.

Иначе говоря, предоставив названным участникам уголовного судопроизводства такое право, по существу право получать доказательства, законодатель не урегулировал ни способы их получения, ни порядок производства, ни порядок, ни способы фиксации факта и результатов таких действий. Не предусмотрел и порядок представления полученных доказательств органам расследования и суду, а также ответственности, во всяком случае процессуальной, за допущенные при производстве этих действий нарушения действующего законодательства.

Такую позицию законодателя, не сложно объяснить. Более того, она закономерна, ибо невозможно совместить несовместимое. Уголовный процесс, независимо от его модели, имеет существенные отличия от гражданского и арбитражного процессов, в основе которых лежит принцип диспозитивности. В уголовном судопроизводстве присутствуют такие элементы, которых нет и не может быть в судопроизводстве гражданском и арбитражном. Прежде всего, имеются в виду объекты посягательства: ценности, ряд из которых после их нарушения вообще невозможно восстановить (жизнь, здоровье, имущество и т. д.). Кроме того, в уголовном судопроизводстве допускается с целью защиты больших ценностей вынужденное ограничение граждан в основополагающих правах (право на свободу, право на тайну переписки, неприкосновенности жилища и т. д.), включая и применение процессуальных мер принуждения. Присутствие в уголовном процессе публичной составляющей, безусловно, — мера вынужденная, но необходимая, поскольку только она позволяет решать задачи, поставленные обществом перед уголовным процессом. В то же время указанные особенности обязывают общество и государство законодательно, кадрово, организационно-технически и т. д. максимально оптимально организовывать уголовный процесс. Цель такой организации — установить обстоятельства происшедшего события в полном соответствии с действительностью, ибо это главное условие постановления законного и обоснованного судебного решения, ограничения прав лиц, заподозренных в причастности к совершению преступления, признания их виновными

и назначения справедливого наказания. Частное лицо в силу целого ряда причин не может и не должно заниматься данной деятельностью. Поэтому человечество не избрало другого варианта, как возложить обязанность устанавливать обстоятельства общественно опасного деяния на государство в лице его органов и должностных лиц, предоставляя соответственно им необходимые для выполнения указанных обязанностей властные полномочия, в том числе по получению и оценке доказательств. Они меньше всего заинтересованы в исходе дела. А точнее, заинтересованы только в том, чтобы установить объективную истину. Во всяком случае, так должно быть. И, напротив, лица, причастные к совершению преступления или пострадавшие от преступных посягательств, имеют прямой интерес в исходе дела, вследствие чего наделение их властными полномочиями по получению доказательств не выдерживает критики ни с точки зрения логики доказывания, ни с точки зрения элементарного здравого смысла.

В этой ситуации законодатель не нашел ничего лучшего, как поступить описанным выше образом, породив очень непростую проблему. Суть ее в том, что перечисленные участники уголовного судопроизводства, с одной стороны, вправе собирать доказательства, а с другой — не имеют такой возможности, кроме той, которой может воспользоваться любой гражданин, вообще не вовлеченный в уголовно-процессуальные отношения по конкретному уголовному делу (например, попросить характеристику по месту работы, взять справку о составе семьи и т. д.). Обоснованность такого положения, как уже было отмечено, даже концептуально не может вызывать возражений.

Следовательно, перечисленные участники процесса не вправе рассчитывать на то, чтобы они были признаны субъектами получения доказательств. Оптимально то, что указанные лица являются участниками процесса доказывания, однако доказательств в их уголовно-процессуальном смысле не получают. Документы и предметы, которые они представляют органам расследования и суду, сами по себе доказательствами по вышеуказанным причинам не являются. Особенно это касается предметов, которые как объекты материального мира без их взаимосвязи с местом обнаружения, данными о внешних и внутренних признаках, свойствах и т. д., зачастую не несут той информации, которая используется в качестве фактических данных при установлении обстоятельств, имеющих значение для дела. Только после процессуального закрепления факта представления предмета, его осмотра, нередко проведения соответствующих судебных экспертиз и решения органов дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда о приобщении к делу в качестве вещественного доказательства он приобретает указанный статус. При таком положении дел, разумеется, бессмысленно говорить о собирании и представлении доказательств перечисленными участниками уголовного судопроизводства.

Не без оснований данные выводы можно распространить и на право собирать доказательства, предоставленное защитнику. Опуская аргументацию, отметим, что ч. 3 ст. 86 УПК РФ по ряду положений откровенно некорректна. Законодатель, предусматривая данные правомочия защитника, явно поторопился. Говоря словами А. В. Горбачева, он (законодатель) «не гарантировал твердо и однозначно полномочие защитника, предусмотренное п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Была сделана лишь первая, робкая попытка на пути установления действительного состязания».⁹ Но, как нам

⁹ Горбачев А. В. Новое право защитника по уголовному делу // Мат-лы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. М., 2002. С. 95.

представляется, попытка, которая породила больше вопросов, чем ответов. Данное негативное положение представляется логичным и по другой причине.

Во-первых, защитник в уголовном процессе не является должностным лицом. Он не отвечает перед государством в лице его органов за нарушения требований уголовно-процессуального закона, которые может допустить при получении доказательств, если это не будет связано с совершением действий, запрещенных административным либо уголовным законом. Во-вторых, законодатель, предоставив защитнику право собирать доказательства, по непонятным причинам освободил его от обязанностей доказывания. Иначе говоря, по действующему УПК РФ защитник по своему усмотрению решает, участвовать ли ему в доказывании по уголовному делу или не участвовать, собирать ли сведения, предметы, документы для использования их в процессе доказывания или не утруждать себя этим, а полностью положить на дознавателя, следователя, прокурора, которые обязаны это делать. Причем не только доказательств, уличающих его подзащитного в совершении преступления, но и доказательств, которые оправдывают либо смягчают вину. В связи с этим представляется очень актуальным замечание, сделанное Е. Г. Тарло. «Создается весьма странная, — пишет он, — ситуация: процесс подчинен принципу состязательности, стороны процесса имеют равные права по представлению доказательств и участию в их исследовании (ст. 244 УПК РФ), при этом одна сторона имеет обязанности по участию в состязании, а другая их лишена».¹⁰ Из сказанного следует вывод, что если на защитника не возложена обязанность участвовать в доказывании, не установлена процессуальная ответственность за нарушения, которые им могут быть допущены при получении доказательств, если он не вправе производить процессуальные действия с целью закрепления ставших ему известными сведений и т. д., то как участник уголовного судопроизводства он не может быть признан субъектом собирания доказательств. Такая ситуация позволяет отдельным авторам занять, мягко говоря, очень интересную позицию относительно полномочий защитника и других участников со стороны защиты, допущенных ими нарушений при получении «доказательств» и их процессуальных последствий.

Так, В. А. Лазарева, не допуская каких-либо сомнений, считает, что «деятельность стороны защиты, а равно других неофициальных участников процесса по собиранию доказательств не подчинена правовой регламентации, в связи с чем на них не распространяется требование соблюдения каких-либо процессуальных норм и правил. Представляемые ими в соответствии со ст. 86 УПК предметы и документы получены в свободной от процессуальных предписаний форме, они заведомо не соответствуют и не могут соответствовать предъявляемым к процедуре следственных действий требованиям». И далее, разъясняя свою позицию, автор пишет: «Вводя такое регулирование отношений, связанных с представлением доказательств, допуская собирание и представление доказательств стороной защиты, законодатель мог руководствоваться лишь одним из двух соображений. Либо все представляемые стороной защиты предметы и документы заранее признаются допустимыми (*допускаемыми*) доказательствами, либо требование допустимости к доказательствам защиты не предъявляется вовсе».¹¹

¹⁰ Тарло Е. Г. Профессиональное представительство в суде. М., 2004. С. 94.

¹¹ Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе. Учеб.-практ. пособие. 4-е изд. М., 2013. С. 174.

Формулируя названный вывод, указанный автор явно упростил ситуацию.

Под закреплением доказательств следует понимать фиксацию в установленном порядке сведений о фактах в предусмотренных законом источниках, придание им и самим источникам надлежащей уголовно-процессуальной формы и приобщение к конкретному уголовному делу.

Порядок фиксации сведений о фактах, перечень источников, в которых они отражаются, соответствующую уголовно-процессуальную форму действующий уголовно-процессуальный закон предусматривает в случаях, когда производятся следственные и судебные действия. Практически вообще не урегулирован данный вопрос в отношении иных процессуальных действий, целью проведения которых является получение фактических данных, их источников и приобщение последних к уголовному делу. Вместе с тем, с учетом сказанного ранее, можно заключить, что в конечном счете в ходе иных процессуальных действий закрепление доказательств в уголовно-процессуальном смысле осуществляется субъектами доказывания, т. е. органами дознания, дознавателем, следователем, прокурором и судом. При участии, безусловно, иных участников уголовного судопроизводства. Следует положительно отнестись к действиям законодателя, который, наконец, прислушался к авторам, предлагавшим установить четкий перечень следственных и иных процессуальных действий, которые могут осуществляться при проверке заявлений и сообщений о совершенных или готовящихся преступлениях. Согласно ч. 1 ст. 144 УПК РФ в редакции ФЗ № 23-ФЗ от 4 марта 2013 г. при проверке сообщения о преступлении дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Что касается вопроса о субъектах проверки доказательств, то ответ на него содержится в ст. 87 УПК РФ, которая предусматривает, что проверка доказательств производится дознавателем, следователем, прокурором и судом.

Таким образом, субъектами получения доказательств являются органы и должностные лица, на которых закон возлагает бремя доказывания обстоятельств, составляющих предмет доказывания, т. е. органы дознания, дознаватель, следователь, прокурор, суд. На них согласно уголовно-процессуальному закону возлагается и ответственность за обеспечение допустимости доказательств. Таковым, по нашему мнению, должен быть вывод по затронутой проблеме, основанный на результатах концептуально-логического исследования.

Учитывая изложенное, данное выше определение понятия «получение доказательств» необходимо дополнить указанием на то, что собрание, закрепление, проверка сведений о фактах и их источников осуществляется органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором, судом, действующими в пределах своей компетенции.

Кроме того, принимая во внимание то огромное значение, которое имеет исследуемая категория для правильной оценки доказательств

с точки зрения допустимости, имеется необходимость, на наш взгляд, дать ее толкование в ст. 5 УПК РФ, дополнив ее п. 24.1 следующего содержания: «24.1) получение доказательств — собирание, закрепление и проверка сведений о фактах и их источников, осуществляемые органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором и судом, при участии иных участников уголовного судопроизводства, посредством следственных, судебных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом. Доказательство признается полученным и отвечающим требованиям допустимости с момента оформления протокола следственного действия в соответствии с требованиями статей 166, 167 настоящего Кодекса, приобщения к нему в установленном порядке изъятых предметов, документов, объектов и иных средств фиксации либо приобщения к уголовному делу предметов, документов, собранных посредством производства иных процессуальных действий».