

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ КАЗЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«МОСКОВСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ИМЕНИ В.Я. КИКОТЯ»

---

**А. А. Сумин, О. В. Химичева**

**ДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ  
В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ  
(АКТУАЛЬНЫЕ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ)**

Учебное пособие

Москва  
2017

**ББК 67.410.2**

**С89**

**Сумин, А. А.**

***Допустимость доказательств в уголовном процессе: актуальные теоретико-правовые проблемы*** : учебное пособие / А. А. Сумин, О. В. Химичева. – М. : Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2017. – 88 с. – ISBN 978-5-9694-0357-4.

В учебном пособии рассматриваются актуальные теоретико-правовые проблемы, связанные с содержанием уголовно-процессуальных понятий «доказательства», «свойства доказательств», «допустимость доказательств», а также с оценкой доказательств с точки зрения их допустимости в доказывании. На основе анализа научных публикаций, нормативных актов, опубликованной судебной практики Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Европейского Суда по правам человека выявлены не изученные в полной мере проблемы допустимости доказательств в уголовном процессе России, пробелы и противоречия правового регулирования оценки этого свойства доказательств. Проведен обобщенный анализ теоретико-правовых подходов к пониманию и регулированию вопросов допустимости доказательств в международном уголовном процессе и в уголовных процессах отдельных государств континентальной правовой семьи и семьи общего права с целью определения возможности использования полученных результатов в совершенствовании отечественного уголовно-процессуального закона.

Предназначено для поступающих в адъюнктуру, адъюнктов, работающих над подготовкой диссертационных исследований по рассмотренной и смежных с ней темами, а также для слушателей, обучающихся по программе подготовки магистров. Материал пособия может быть востребован курсантами выпускных курсов при подготовке дипломных работ, а также педагогическими работниками при разработке фондовых лекций, проведении семинарских занятий по соответствующим темам.

**ББК 67.410.2**

**Рецензенты:** заместитель начальника 2 отдела УОГЗ МВД России кандидат юридических наук **С. В. Эсаулов**; заместитель начальника отделения дознания отдела полиции Марьинский отдела МВД России по району Марьино г. Москвы кандидат юридических наук **А. В. Соболев**; заместитель начальника кафедры уголовного процесса Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя кандидат юридических наук, доцент **Д. В. Шаров**.

**ISBN 978-5-9694-0357-4**

© Московский университет МВД России  
имени В.Я. Кикотя, 2017

© Сумин А. А., 2017

© Химичева О. В., 2017

## Содержание

Введение .....	3
§ 1. Понятие допустимости доказательств .....	6
§ 2. Оценка допустимости доказательств .....	24
§ 3. Допустимость доказательств в международном уголовном процессе и в практике Европейского Суда по правам человека .....	52
§ 4. Вопросы допустимости доказательств в теории, пра- вовом регулировании и практике уголовного процесса неко- торых зарубежных стран .....	58
Заключение .....	82
Библиографический список .....	84
Приложение .....	87

## Введение

Теория доказательств и доказывания занимает важнейшее место в общей теории уголовно-процессуального права. Основываясь на оценке доказательств, следователь, дознаватель, орган дознания в досудебном производстве принимают решение об избрании и применении мер процессуального принуждения, об обвинении лица, виновность которого в совершении преступления сторона обвинения предполагается установленной, либо о прекращении уголовного преследования при выявлении реабилитирующих оснований. При производстве в судах первой и апелляционной инстанций суд на основе оценки доказательств принимает решение по существу дела и либо признает подсудимого виновным в совершении преступления и обвинительным приговором прекращает действие конституционного принципа презумпции невиновности либо оправдывает подсудимого.

Исключительно высокая значимость правовых последствий оценки доказательств дает основание утверждать, что доказательственное право представляет собой своего рода «стержень» уголовно-процессуального права.

Несмотря на эти обстоятельства, при подготовке специалистов в области предварительного расследования (дознавателей и следователей), которым в практической деятельности постоянно придется собирать, проверять и оценивать доказательства, на изучение темы

«Доказательства и доказывание» в рамках учебной дисциплины «Уголовно-процессуальное право (уголовный процесс)» отводится сравнительно небольшое количество учебного времени, необходимого для освоения теоретических основ, правового регулирования и основных вопросов практики применения предписаний уголовно-процессуального закона. Таким образом, выпускники университета обладают минимально достаточным объемом знаний в области теории доказательственного права. В свою очередь такая ситуация обуславливает явную недостаточность знаний в указанной подотрасли уголовно-процессуального права у адъюнктов и это не может не сказаться отрицательно на качестве проводимых ими научных исследований в области доказательственного права.

В связи с изложенными факторами возникла объективная необходимость подготовки учебного пособия, которое в определенной степени могло бы восполнить объем знаний доказательственного права по сравнению с объемом материала, изучаемого в рамках соответствующей учебной дисциплины.

Несмотря на наличие значительного числа научных публикаций по проблемам доказательственного права, большинство из них характеризуется обсуждением примерно одного и того же круга вопросов, зачастую имеющих слабую связь с запросами практических сотрудников органов внутренних дел. Редко такие публикации носят сравнительно-правовой характер, между тем именно в рамках сравнительного правоведения выявляются основные достоинства и недостатки отечественного правового регулирования институтов доказательств и доказывания, что несомненно создает научно обоснованную базу для разработки предложений по совершенствованию национального законодательства. Данное учебное пособие призвано частично компенсировать отмеченные недостатки.

**Целью** учебного пособия является формирование у адъюнктов целостного представления о современных теоретико-правовых и в определенной мере практических проблемах, связанных с понятием доказательств, содержанием такого свойства доказательств как их допустимость в доказывании по уголовным делам, и о возможных путях решения этих проблем.

Для достижения данной цели были поставлены и решены следующие **задачи**:

проанализированы базовые понятия институтов доказательственного права – «доказательства», «допустимость доказательств», «источники доказательств», «субъекты доказывания»;

выявлены нормативные противоречия, связанные с условиями признания доказательств как допустимых для использования в доказывании;

определены конкретные практические проблемы оценки доказательств с точки зрения их допустимости;

проведен сравнительно-правовой анализ правового регулирования вопросов оценки допустимости доказательств в России и в международном уголовном процессе, прецедентной практике Европейского Суда по правам человека, национальном уголовно-процессуальном праве некоторых государств континентальной правовой семьи и семьи общего права.

В результате изучения предлагаемого материала адъюнкт **должен:**

**знать** содержание теоретических и правовых категорий «доказательства», «свойства доказательств», «условия допустимости доказательств», «собираение доказательств», «оценка доказательств»; основы правового регулирования доказывания по уголовным делам; положения основных принципов и норм международного права и национального законодательства, относящихся к презумпции невиновности, состязательности сторон в судебном разбирательстве; решения Конституционного Суда Российской Федерации, судебную практику Верховного Суда Российской Федерации, Европейского Суда по правам человека по вопросам допустимости доказательств в уголовном процессе;

**уметь** выявлять проблемы, возникающие в практической следственной, прокурорско-надзорной и судебной деятельности при оценке допустимости доказательств, и разрешать их на основе изученной теоретической базы, правовых источников и действующей судебной практики;

**иметь представление** об основных положениях современной научной мысли по дискуссионным вопросам оценки допустимости доказательств в уголовном процессе; о тенденции развития уголовно-процессуального законодательства в части правового регулирования указанных вопросов; о теоретико-правовых подходах к решению проблем оценки допустимости доказательств в международном уголовном процессе и в национальных уголовных процессах государств различных правовых семей;

**владеть** навыками научно-исследовательской работы с теоретическими источниками, отечественными и зарубежными нормативными правовыми актами, относящимися к оценке допустимости доказательств в уголовном процессе.

## § 1. Понятие допустимости доказательств

Согласно принципу презумпции невиновности, закрепленному ч. 1 ст. 49 Конституции Российской Федерации<sup>1</sup> и ст. 14 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации<sup>2</sup>, обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном УПК России порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

Данный принцип, а также сформулированное в ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации положение о том, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона, объективно определяют необходимость соблюдения принципа законности, который в свою очередь формулирует правило о том, что нарушение норм УПК России судом, прокурором, следователем, органом дознания, начальником подразделения дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств (ч. 3 ст. 7 УПК России).

Прежде чем переходить к исследованию понятийного аппарата доказательственного права, необходимо обратить внимание, что в уголовно-процессуальном законе присутствуют многочисленные терминологические неточности, вследствие которых в теории допускается не совсем корректное толкование некоторых правовых норм, регулирующих институты доказательств и доказывания. Между тем еще в первой половине прошлого века известный ученый-процессуалист Н. Н. Полянский, отмечая значимость адекватной научной и правовой терминологии, писал, что «дать надлежащую форму, определяющую термин, – это иногда может иметь значение не меньшее, чем иное даже серьезное научное открытие»<sup>3</sup>. Правильно выбранный термин, во-первых, помогает корректно уяснить сущность явления, с

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации (с поправками, внесенными Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) : принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2014. – № 31, ст. 4398.

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в последующих редакциях) // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2001. – № 52 (ч. I), ст. 4921. Далее – УПК России.

<sup>3</sup> Полянский Н. Н. О терминологии советского закона // Проблемы социалистического права. – 1938. – № 5. – С. 132.

которым он связан; во-вторых, обеспечивает единообразное правоприменение тех норм, в которых термин используется.

В нормах УПК России отсутствует законодательное определение термина «допустимое доказательство». В то же время ст. 75 УПК России приводит понятие недопустимых доказательств. Таким образом, содержание термина «допустимые доказательства» может быть выведено теоретически и оно должно отражать элементы, противоположные установленным законом элементам, характеризующим недопустимые доказательства. Однако такой механически-упрощенный путь вряд ли даст возможность отразить необходимые существенные признаки допустимых доказательств. В связи с этим представляется целесообразным вначале более подробно проанализировать теоретико-правовые характеристики допустимых доказательств и уже исходя из полученных результатов формулировать позицию по вопросу о содержании и признаках такого свойства доказательств, как их допустимость.

Обращаясь к одному из базовых для уголовного судопроизводства терминов – «доказательства», нельзя не отметить далеко не безупречную его формулировку в уголовно-процессуальном законе.

Определяя доказательства как «любые сведения ...» (ч. 1 ст. 74 УПК России) и наделяя далее такие сведения определенными свойствами, законодатель явно упустил из виду, что изначально никакие сведения сами по себе доказательствами не являются. И, например, показания свидетеля нельзя называть доказательством до тех пор, пока не установлено, что они обладают свойствами относимости, достоверности и допустимости, а это можно выяснить не в процессе собирания сведений, а лишь после их проверки и оценки (в данном случае – показаний). В связи с этим, если буквально толковать термин «собрание» (получение) доказательств, можно сделать логический вывод, что в результате производства следственных, судебных или иных процессуальных действий дознаватель, следователь, прокурор, суд, либо (в порядке ст.ст. 53 и 86 УПК России) защитник, получают «любые сведения ...», которые а priori уже обладают всеми признаками доказательств.

Поэтому представляется, что более корректным было бы определение доказательств как «любых сведений, обладающих свойствами относимости, достоверности и допустимости...»<sup>1</sup>, а сам признак до-

---

<sup>1</sup> Придерживаясь данного мнения, авторы далее употребляют термин «доказательства» именно в таком понимании, за исключением случаев ссылок на нормативные акты и работы других ученых.

пустимости таких сведений следует рассматривать как соблюдение установленного уголовно-процессуальным законом порядка их собирания, хранения, исследования и проверки. И соответственно вести далее речь о проверке и оценке не доказательств, а указанных сведений; применительно же к доказательствам устанавливать оценку их лишь с точки зрения достаточности.

Отметим, что уголовно-процессуальное законодательство ряда государств отражает именно такую позицию по отношению к «точке перехода» сведений в доказательства. Например, ст. 112 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан<sup>1</sup>, ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Республики Туркменистан<sup>2</sup> называются «Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств»; ст. 105 Уголовно-процессуального кодекса Республики Армения<sup>3</sup> – «Материалы, не допустимые в качестве доказательств».

Интересно отметить также, что в некоторых зарубежных странах понятие «доказательства» вообще не имеют нормативного определения. Так, в Великобритании этот термин понимается в теории как обозначение источника информации, в силу которой он может способствовать формированию в сознании судей убеждения в существовании или отсутствии некоторого факта, т. е. влиять на судью или жюри, устанавливающего или оценивающего вероятность определенных фактов<sup>4</sup>. Другими словами, в уголовном процессе этой страны понятие «доказательство» отождествляется с источником информации, а не с ней самой.

Не содержит определения рассматриваемого понятия и федеральное законодательство США.

---

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V // Официальный сайт Министерства юстиции Республики Казахстан. URL: [https://tengrinews.kz/zakon/parlament\\_respubliki\\_kazahstan/ugolovnoe\\_pravo/id-K1400000231/](https://tengrinews.kz/zakon/parlament_respubliki_kazahstan/ugolovnoe_pravo/id-K1400000231/). В настоящее время кодекс действует в редакции от 9 апреля 2016 г. Далее – УПК Республики Казахстан.

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Туркменистан от 18 апреля 2009 г. // Ведомости Меджлиса Туркменистана. – 2009. – № 2, ст. 29. В настоящее время действует в редакции от 26 марта 2016 г. Далее – УПК Республики Туркменистан.

<sup>3</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения от 1 сентября 1998 г. № ЗР-248 // Официальный сайт Министерства юстиции Республики Армения. URL: <http://www.justice.am/legal/view/article/173>. В настоящее время действует в редакции от 9 июня 2015 г. Далее – УПК Республики Армения.

<sup>4</sup> Барабанов П. К. Уголовный процесс в Великобритании. М. : Спутник+, 2015. С. 429.

Определение «доказательства» нет в Уголовно-процессуальном кодексе Франции; оно присутствует лишь в теоретических источниках, например, Ж. Прадель рассматривает это понятие как убеждение в точности факта, о котором кто-либо утверждает<sup>1</sup>. Однако, несмотря на существенное различие подходов к пониманию «доказательства» в теории отечественного («любые сведения...», т. е. объективно-информационной сущности) и французского (убежденность, т. е. субъективно-обусловленное состояние) уголовного процесса, в конечном счете противопоставлять эти подходы вряд ли можно, поскольку российское определение доказательства тоже содержит указание на убежденность (правда, в несколько иной терминологии): «на основе которых суд ... устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств...».

А. А. Трефилов отмечает отсутствие нормативного определения доказательства в Уголовно-процессуальном кодексе Швейцарии<sup>2</sup>.

Изложенные обстоятельства свидетельствуют о том, что целый ряд зарубежных стран, имеющих продолжительную историю развития уголовно-процессуального права, не придают большого значения глубокой разработке проблемы научного и нормативного толкования термина «доказательства», удовлетворяясь его общим широким пониманием.

Возвращаясь к основному вопросу учебного пособия отметим, что ст. 75 «Недопустимые доказательства» УПК России раскрывает это понятие с двух позиций. Во-первых, она связывает недопустимость доказательств с получением их с нарушением требований «настоящего Кодекса» (ч. 1); во-вторых, формулирует конкретные ситуации, в которых даже при нарушении закона при получении доказательств последние всегда автоматически признаются недопустимыми (ч. 2). При этом представляется совершенно непонятным присутствие в ч. 2 ст. 75 УПК России пункта 3, текстуально повторяющим положение первого предложения ч. 1 данной правовой нормы.

В теории уголовно-процессуального права обычно выделяются следующие условия признания доказательств допустимыми: 1) надлежащий источник получения доказательств; 2) надлежащий субъект получения доказательств; 3) надлежащий порядок получения доказательств<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pradel J. Procédure pénale. 18th edn. Paris : Édition Cujas, 2015. P. 323.

<sup>2</sup> Трефилов А. А. Уголовный процесс зарубежных стран. М. : ООО «НИПКЦ-Восход-А», 2016. Т. 1. Уголовно-процессуальная компаративистика. Уголовный процесс Швейцарии. С. 239.

<sup>3</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 447–448.

Рассмотрим подробнее содержание каждого из перечисленных условий.

Утверждается, что сведения должны быть получены только из предусмотренных законом *источников*, а в некоторых случаях – из определенного вида источника (ст. 196 УПК РФ)<sup>1</sup>.

Вполне закономерно возникает вопрос о том, что же означает понятие «источник доказательств», если УПК России содержание данного термина не определяет?

В теории уголовно-процессуального права данное понятие раскрывается неоднозначно.

М. С. Строгович под средством доказывания (источником доказательств) понимал источник сведений о том или ином факте, при этом, исходя из двойственного понимания термина «доказательство», к средствам доказывания он относил также и обстоятельства, подлежащие доказыванию<sup>2</sup>. Аналогичной позиции придерживался А. И. Трусов<sup>3</sup>.

В. Д. Арсеньев считал, что «источником средств доказывания будет то, из чего исходят не только сведения о фактах, но и сигналы, с помощью которых такие сведения передаются»<sup>4</sup>.

В. Я. Дорохов характеризовал рассматриваемое понятие в зависимости от субъекта, получившего доказательство<sup>5</sup>.

По мнению Ф. Н. Фаткуллина, источник доказательства – это «процессуальная форма, посредством которой фактические данные, признаваемые доказательствами, вовлекаются в сферу процессуального доказывания, и носитель этой фактической информации»<sup>6</sup>.

В трудах современных ученых-процессуалистов также не просматривается единство по рассматриваемому вопросу.

В. И. Зажицкий предлагает источниками доказательств считать «живых лиц, которые занимают в уголовном судопроизводстве определенное процессуальное положение»<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 90.

<sup>2</sup> Строгович М. С. Уголовный процесс : учебник. М., 1946. С. 120.

<sup>3</sup> Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств. Краткий очерк. М. : Госюриздат, 1960. С. 38–39.

<sup>4</sup> Арсеньев В. Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М. : Юридическая литература, 1964. С. 115.

<sup>5</sup> Дорохов В. Я. Понятие источника доказательств // Актуальные проблемы доказывания в уголовном процессе. М. : ВНИИ МВД СССР, 1981. С. 8–12.

<sup>6</sup> Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976. С. 125.

<sup>7</sup> Зажицкий В. И. Доказывание и доказательства по УПК РФ: теоретико-правовой анализ. СПб. : Юридический центр Пресс, 2015. С. 217.

Ю. К. Орлов к источникам доказательств относит лиц, обладающих доказательственной информацией, предметы, сохраняющие на себе следы воздействия преступления, документы, составленные вне производства по уголовному делу и несущие в себе информацию, способную пролить свет на исследуемое событие<sup>1</sup>. С его мнением солидарна В. А. Лазарева<sup>2</sup>.

С. А. Шейфер вообще говорит о неоправданности термина «источник доказательств», предлагая считать, что «явления, обозначенные в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, следует именовать не источниками, а видами доказательств», а термин источник доказательств «можно сохранить в теории лишь для обозначения носителей доказательственной информации»<sup>3</sup>.

Авторы учебного пособия по актуальным проблемам уголовного процесса, с одной стороны, применительно к перечню условий признания доказательств допустимыми, используют термин «источники получения доказательств», но в то же время рассматривают и понятие «источники сведений, имеющих значение для дела», включая в их состав показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, эксперта, специалиста, предметы и документы и, в сущности, ставя знак смыслового равенства «источников сведений, имеющих значение для дела» и «источниками доказательств»<sup>4</sup>.

Коллектив ученых кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова исходит из той точки зрения, что понятие «сведение» отражает содержательную сторону доказательства (материальный аспект), а понятие «источник» – формальную сторону доказательства (формальный аспект). При этом доказательство существует только при наличии единства сведения и источника, т. е. оно требует обязательного одновременного присутствия как формальной, так и материальной (содержательной) сторон. На основе этих двух исходных положений делается вывод о том, что доказательствами по уголовному

---

<sup>1</sup> Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. М. : Юристъ, 2009. С. 40.

<sup>2</sup> Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2016. С. 169.

<sup>3</sup> Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М. : Норма, 2009. С. 67–69.

<sup>4</sup> Актуальные проблемы уголовно-процессуального права : учебное пособие / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2014. С. 86, 90.

делу признаются сведения (ч. 1 ст. 74 УПК России), полученные из строго определенных в законе источников (ч. 2 ст. 74 УПК России)<sup>1</sup>. Авторами указанного учебника, как и коллективом ученых Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина<sup>2</sup>, также фактически отождествляются понятия «источники доказательств» и «виды доказательств», поскольку после применения термина источник они указали ссылку на ч. 2 ст. 74 УПК России, перечисляющую виды доказательств.

Представляется, что отождествление источников доказательств и видов доказательств не вполне обосновано. Применительно к рассматриваемому вопросу термин «источник» означает «то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо» или «тот, кто дает какие-либо сведения, осведомляет о чем-либо»<sup>3</sup>; термин «вид» понимается как «классификационная единица в систематике, объединяющая разряд предметов, явлений и т. п. с одинаковыми признаками ...»<sup>4</sup>. Исходя из этого, можно сделать два вывода: 1) о несовпадении содержания понятий «источник доказательств» и «виды доказательств»; 2) в ч. 2 ст. 74 УПК России все же перечислены источники доказательств, а не их виды, поскольку вряд ли можно считать, что показания свидетеля, протокол следственного действия и вещественное доказательство имеют одинаковые признаки (не смешивать с наличием одинаковых свойств!). Безусловно, эти выводы также носят дискуссионный характер.

Не вдаваясь в полемику по вопросу о понятии «источники доказательств» и его соотношении с понятием «виды доказательств», представляется необходимым отметить неполную корректность указания в теории уголовно-процессуального права на надлежащий источник доказательства как на одно из условий его допустимости. Если ни уголовно-процессуальная теория, ни закон не определяют относительно однозначно содержание понятия «источник доказательств», то непонятно, каким образом можно установить, является ли неизвестно что (источник) надлежащим или не является. Кроме того, вряд ли можно рассматривать как имеющее универсальный характер пра-

---

<sup>1</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 443.

<sup>2</sup> Уголовный процесс: учебник / отв. ред. Л. А. Воскобитова. М. : Проспект, 2016. С. 143.

<sup>3</sup> Большой толковый словарь русского языка / гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб. : Норинт, 2004. С. 404.

<sup>4</sup> Там же. С. 129.

вило п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК России о «надлежащем источнике», поскольку прямо оно касается оценки допустимости только одного вида доказательств – показаний потерпевшего или свидетеля. Перечислив иные «виды-источники» доказательств, законодатель нигде далее не установил какую-либо связь между «ненадлежащим источником» и свойством допустимости доказательств.

Как отмечено ранее, в качестве второго условия допустимости доказательств рассматривается *надлежащий субъект их получения*. При этом так же, как и в случае с «источником доказательств», существует некоторая неопределенность в вопросе о том, является тот или иной субъект «надлежащим».

Конституционный принцип презумпции невиновности объективно обуславливает возникновение и существование отраслевого правила о возложении бремени доказывания на сторону обвинения и корреспондирующего этому правилу права, но не обязанности стороны защиты участвовать в доказывании. Соответственно, по смыслу ч. 1 ст. 86 УПК России к надлежащим субъектам получения доказательств (при условии допущения определенного тождества понятий «получение» и «собрание») следует относить дознавателя, следователя, прокурора<sup>1</sup>, поскольку в данной норме именно эти участники уголовного судопроизводства прямо названы как субъекты собирания доказательств.

Вместе с тем, следует отметить, что к числу субъектов доказывания уголовно-процессуальный закон относит и суд (суд имеет право собирать доказательства – ч. 1 ст. 86 УПК России, проверять их – ст. 87 УПК России, и, по смыслу ст. 88 УПК России, оценивать доказательства). Это в определенной степени противоречит положению суда как органа правосудия и принципу состязательности сторон, так как наделение суда правом собирать доказательства объективно ставит его каждый раз на сторону обвинения или защиты в зависимости от характера собираемых доказательств. Вместе с тем, необходимо отметить, что данная позиция носит дискуссионный характер.

Правом собирать доказательства обладает защитник (п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК России).

В литературе, однако, высказано мнение о том, что ч. 3 ст. 86 УПК России, наделяющая защитника правом собирать доказательства, со-

---

<sup>1</sup> В связи с включением законодателем данного участника уголовного судопроизводства в число субъектов собирания доказательств небезынтересно отметить, что тот же законодатель в УПК России не предоставил прокурору никаких прав совершать процессуальные действия по собиранию доказательств в досудебных стадиях.

держит в себе определенную долю условности, поскольку защитник не имеет права формировать доказательства, отвечающие требованиям допустимости<sup>1</sup>. Представляется, с учетом неопределенности уголовно-процессуального регулирования эта точка зрения дает повод для дискуссии. В обоснование такого мнения приведем следующие доводы.

Во-первых, ст. 86 УПК России вообще ничего не говорит о таком понятии, как «формирование» доказательств; она посвящена регулированию всего одного элемента доказывания – собиранию доказательств. Кроме того, ч. 2 этой статьи прямо называет защитника субъектом собирания доказательств, а ч. 3 перечисляет способы собирания.

Во-вторых, в принципе можно признать, что, поскольку собранные защитником доказательства должны представляться субъектам, указанным в ч. 1 ст. 86 УПК России (следователю, дознавателю, прокурору, суду), то именно эти участники обладают полномочиями по собиранию доказательств и, следовательно, какая-либо неопределенность отсутствует и защитника нет основания считать надлежащим самостоятельным субъектом доказывания. Однако, если признание того или иного участника уголовного судопроизводства «надлежащим» субъектом собирания доказательств относится к конечному их «получателю», дающему им окончательную оценку, то логичным было считать надлежащим субъектом только суд, поскольку дознаватель или следователь, получившие доказательства изначально, в конечном счете представляют эти доказательства суду и именно последний дает им окончательную оценку в приговоре. Если же признание участника уголовного судопроизводства «надлежащим» субъектом получения доказательств не зависит от места этого участника в цепочке их получения и дальнейшего представления, защитник также должен рассматриваться как «надлежащий» субъект. Данная позиция могла бы расцениваться как небесспорная, поскольку в случае признания защитника надлежащим субъектом собирания доказательств возникает вопрос о ненужности представления доказательств следователю и о фактическом осуществлении защитником параллельного расследования.

Однако проанализируем наши доводы более подробно. Защитник: имеет право: а) собирать доказательства (п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК России) и б) представлять доказательства (там же); при этом закон ни в одной норме не устанавливает обязанность защитника представлять доказа-

---

<sup>1</sup> Актуальные проблемы уголовно-процессуального права : учебное пособие / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2014. С. 90.

тельств для их проверки и оценки следователю или дознавателю. Собранные доказательства защитник вправе представить непосредственно суду (ст.ст. 53 и 244 УПК России).

Таким образом, исходя из того, каким образом данные вопросы законодатель урегулировал в настоящее время, следователь и защитник в принципе используют одну и ту же схему: собирают доказательства в пределах установленных законом их соответственно полномочий и прав и представляют их суду (следователь – после проверки собранных им доказательств на предмет их относимости, достоверности и допустимости, что обусловлено возложением на него бремени доказывания; защитник не обязан осуществлять такую проверку, поскольку сбор и представление доказательств – его право, а не обязанность, и в случае представления доказательств непосредственно в суд на последний возлагается обязанность их проверки и оценки). В реальных же условиях защитник осуществляет и проверку, и оценку доказательств, без чего невозможно выработать убедительную для суда позицию защиты.

Для более наглядного пояснения составлена сравнительная таблица участия в доказывании стороны обвинения и стороны защиты (см. приложение).

Таким образом, защитник может рассматриваться как полноценный (в сравнении со следователем) субъект, обладающий всей полнотой средств собирания доказательств, а не только названных в ч. 3 ст. 86 УПК России. Что касается так называемого «адвокатского» или «параллельного» расследования, то оно в настоящее время фактически существует. Как отмечалось ранее, уголовно-процессуальный закон прямо установил право защитника собирать доказательства, хотя, с нашей точки зрения, безосновательно ограничил способы собирания перечнем ч. 3 ст. 86 УПК России. Включение в Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в последующих редакциях) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»<sup>1</sup> ст. 6.1 «Адвокатский запрос» и корреспондирующей этой норме ст. 5.39 «Отказ в предоставлении информации» в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях<sup>2</sup> существенно приблизило возможности защитника по собиранию необходимых сведений к

---

<sup>1</sup> Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2002. – № 23, ст. 2102.

<sup>2</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в последующих редакциях) // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2002. – № 1 (1), ст. 1.

процессуальным возможностям следователя (дознавателя), поскольку согласно последней правовой норме неправомерный отказ в предоставлении информации, указанной в адвокатском запросе, несвоевременное ее предоставление либо предоставление заведомо недостоверной информации влечет административную ответственность (т. е. в целях обеспечения деятельности защитника установлено государственное принуждение).

Несколько более сложным является вопрос оценки допустимости в доказывании получаемых стороной защиты заключений т.н. «независимых» экспертиз, которые могут проводиться негосударственными экспертными учреждениями на договорной основе таких учреждений со стороной защиты. Формальная сложность состоит в нескольких моментах. Прежде всего, устанавливая вид (источник) доказательств – «заключение эксперта», ст. 74 УПК России и другие правовые нормы, регулирующие процессуальные институты доказательств и доказывания, не оговорили, что речь идет лишь о заключении эксперта, проводившего судебную экспертизу. Такое уточнение содержится только в главе 27 УПК России, которая относится лишь к следователю, дознавателю, органу дознания и суду, т. е. к государственным органам и должностным лицам. Таким образом, требование о производстве судебной (государственной)<sup>1</sup> экспертизы не обязательно для стороны защиты. Поэтому, оценивая данное обстоятельство в системной взаимосвязи с положением п. 11 ч. 2 ст. 53 УПК России, можно сделать вывод о возможности защиты обращаться в негосударственные экспертные учреждения для производства экспертизы и использовать полученное заключение в доказывании. Далее, для производства экспертизы, как правило, необходимо предоставление эксперту определенных материалов уголовного дела, в том числе вещественных доказательств, которые находятся в распоряжении стороны

---

<sup>1</sup> Государственный характер этой деятельности прямо отражен в определении понятия «судебная экспертиза», приведенного в ст. 9 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ (в последующих редакциях) «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»: «судебная экспертиза – процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу» // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2001. – № 23, ст. 2291.

обвинения, следовательно, с неизбежностью возникает вопрос о полноте проведенного экспертного исследования. Сложно оставить без внимания и тот факт, что ни защитник, ни руководитель негосударственного экспертного учреждения не являются лицами, уполномоченными перед производством экспертизы предупреждать эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения. Наконец, в настоящее время негосударственная экспертная деятельность не включена в перечень видов деятельности, подлежащих лицензированию<sup>1</sup>, что вполне объективно автоматически ставит под вопрос надлежащую профессиональную квалификации негосударственного эксперта. Исключение составляют лицензируемая деятельность по экспертизе промышленной безопасности и медицинская деятельность (соответственно пп. 49 и 46 ст. 12 Закона о лицензировании), последний вид деятельности включает и медицинскую экспертизу (п. 3 постановления Правительства Российской Федерации от 1 апреля 2012 г. № 291 (в ред. от 23 сентября 2016 г.) «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково»)»<sup>2</sup>). Поэтому, если заключение негосударственного экспертного учреждения будет представлено стороной защиты непосредственно суду, что законом прямо не запрещено, то суд неизбежно будет вынужден назначить первоначальную судебную экспертизу в государственном экспертном учреждении для проверки указанного заключения, а если судебная экспертиза уже проводилась в досудебных стадиях уголовного судопроизводства – дополнительную или повторную (в зависимости от конкретных выводов негосударственной экспертизы) судебную экспертизу. Однако это обстоятельство с теоретико-правовой точки зрения никак не колеблет рассматриваемую позицию о месте стороны защиты в доказывании по уголовному делу.

В завершение в обоснование фактического существования «адвокатского расследования» можно привести и довод о том, что ни уголовно-процессуальный, ни какой-либо иной закон не запрещают сто-

---

<sup>1</sup> Определен ст. 12 Федерального закона от 4 сентября 2011 г. № 99-ФЗ (в последующих редакциях) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2011. – № 19, ст. 2716. Далее – Закон о лицензировании.

<sup>2</sup> Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2012. – № 17, ст. 1965.

роне защиты заключать договоры с частными детективными структурами и использовать в доказывании представляемые этими структурами результаты; последние, безусловно, должны быть получены с соблюдением порядка, установленного Законом Российской Федерации от 11 марта 1992 г. № 2487-1 (в последующих редакциях) «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»<sup>1</sup>, и впоследствии проверены и оценены судом. Таким образом, речь идет лишь о процессуально усложненном (с нашей точки зрения – необоснованно усложненном) порядке проверки и оценки судом доказательственной информации, представляемой стороной защиты, но никак не о том, чтобы исключить защитника из числа надлежащих субъектов доказывания.

Обращаясь к вопросу о средствах собирания доказательств защитником, полагаем необходимым обратить внимание на следующие обстоятельства. Защита подозреваемого, обвиняемого, подсудимого является обязанностью защитника (это логически вытекает из ч. 7 ст. 49 УПК России) и в силу п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК России она может осуществляться «иными» (не предусмотренными п. 1-10 данной правовой нормы), не запрещенными законом средствами и способами защиты, в том числе посредством собирания доказательств, а ч. 1 ст. 248 УПК России прямо предусматривает право защитника участвовать в исследовании доказательств в ходе судебного разбирательства (в связи с этим еще раз обратим внимание на противоречие п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК России, допускающего защиту любыми, не запрещенными законом способами и средствами, и ч. 3 ст. 86 УПК России, устанавливающей только определенные средства собирания доказательств). Поскольку в нормах, регулирующих следственные действия, прямо указан субъект их производства (дознаватель, орган дознания, следователь), то можно считать<sup>2</sup>, что производство таких действий защитником подпадают под законодательный запрет; никакие иные запреты из других норм не вытекают. Поэтому, исходя из конституционно установленного права каждого на квалифицированную юридическую помощь и смысла основанного на этом праве положения п. 11 ч. 1

---

<sup>1</sup> Ведомости Совета народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 17, ст. 888.

<sup>2</sup> Вследствие ограниченности допустимого объема учебного пособия авторы не имеют возможности, применительно к рассматриваемому вопросу, осветить неоднозначную позицию ученых-правоведов о том, можно ли умолчание закона рассматривать как запрет.

ст. 53 УПК России, законодатель, введя закрытый перечень средств и способов собирания доказательств защитником, в сущности ограничил право подозреваемого, обвиняемого на защиту. В связи с изложенным представляется, что формулировка ч. 3 ст. 86 УПК России должна прямо указывать на право защитника собирать доказательства любыми средствами и способами, не запрещенными законом. Как следствие, допустимость собранных защитником доказательств должна оцениваться исключительно с точки зрения одного только этого критерия.

Теоретически, подозреваемый или обвиняемый в определенной степени тоже могут рассматриваться как полноценный субъект собирания (получения) доказательств. Положения п. 4 ст. 46 и п. 4 ч. 4 ст. 47 УПК России устанавливают право этих участников уголовного судопроизводства представлять доказательства. Но прежде, чем представить доказательства, их надо собрать, а такое право для названных участников уголовного судопроизводства установлено ч. 2 ст. 86 УПК России, следовательно, можно сделать вывод о том, что эти лица являются субъектами собирания доказательств. То обстоятельство, что согласно ч. 3 ст. 88 УПК России оценка доказательств с точки зрения их допустимости возложена на дознавателя, следователя, прокурора и суд никак не колеблет приведенную выше позицию, поскольку, как отмечено ранее, выводы названных участников уголовного судопроизводства по вопросу допустимости доказательств являются объектом окончательной судебной оценки (ч. 4 ст. 88 УПК России), как и том случае, когда доказательства, собранные защитником, представляются непосредственно суду.

Таким образом, вопрос о надлежащем субъекте собирания доказательств также решен в уголовно-процессуальном законе достаточно противоречиво, что дает повод для научной дискуссии и дальнейших исследований.

Наконец, третье условие допустимости доказательств – *соблюдение установленного законом порядка их получения*, относится к наиболее сложным по своему содержанию.

Часть 1 ст. 75 УПК России установила, что «доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса», являются недопустимыми. При этом необходимо обратить внимание на то, что закон: 1) ничего не говорит о характере нарушений; 2) не предоставляет участникам уголовного судопроизводства, включая суд, полномочия принимать решение о допустимости или недопустимости дока-

зательства в зависимости от характера нарушения и степени его влияния на права стороны обвинения или защиты; 3) не предусматривает возможность устранения нарушения, если оно носило «технический» характер (например, если протокол следственного действия по небрежности не подписал кто-либо из участников этого действия)<sup>1</sup>.

Такая ситуация вызвала многочисленные публикации, в которых ученые-процессуалисты предлагают признавать недопустимыми лишь те доказательства, которые получены с существенными нарушениями закона. В качестве критериев существенности нарушений отмечаются: степень влияния нарушения на достоверность доказательств; наличие или нарушение конституционных прав граждан, а также прав участников уголовного судопроизводства<sup>2</sup>.

Однако пока формулировка ч. 1 ст. 75 УПК России не дает правового основания при оценке допустимости доказательств руководствоваться какими-либо иными обстоятельствами или факторами, помимо точного соблюдения процессуальной формы.

Пункт 16 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8 (в редакциях постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 6 февраля 2007 г. № 5, от 16 апреля 2013 г. № 9, от 3 марта 2015 г. № 3) «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>3</sup> разъяснил, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении «были нарушены гарантированные Консти-

---

<sup>1</sup> На практике в подобных случаях технический дефект доказательства устраняется посредством допроса лица, не подписавшего протокол, о том, проводилось ли следственное действие, участвовало ли при этом данное лицо, правильно ли в протоколе отражен ход следственного действия и его результаты, о причине отсутствия подписи указанного лица в протоколе. Однако подобный способ устранения нарушения порядка производства следственного действия не основан на нормах УПК России.

<sup>2</sup> См., например: Калиновский К. Б. Существенность уголовно-процессуальных нарушений при собирании доказательств // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс : материалы конференции / под ред. О. М. Латышева, В. П. Сальникова. СПб. : Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. Ч. 2. С. 11; Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс : учебник / под общ. ред. А. В. Смирнова. СПб. : Питер, 2004. С. 190; Шестакова С. Д. Допустимость доказательств в уголовном процессе России и США // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 100–102 и др.

<sup>3</sup> Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: [http://www.supcourt.ru/Show\\_pdf.php?Id=8598](http://www.supcourt.ru/Show_pdf.php?Id=8598) (дата обращения: 16.01.2017).

туцией Российской Федерации права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами». Однако легко заметить, что формулировка «если ... были нарушены ... установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления...» никак не решает проблему формального применения ч. 1 ст. 75 УПК России: как отмечено, такое нарушение могло носить формальный характер и быть устранимым. Кроме того, постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации не является источником уголовно-процессуального закона и поэтому недопустимо корректировать норму права таким способом.

В ряде зарубежных стран аналогичные вопросы находят свое разрешение именно в нормах уголовно-процессуальных законов, например, ч. 1 ст. 72 Уголовно-процессуального кодекса Республики Грузия<sup>1</sup> сформулирована следующим образом: «Доказательства, полученные с существенным нарушением настоящего Кодекса, и иные доказательства, законно полученные на основании таких доказательств, если они ухудшают правовое положение обвиняемого, являются недопустимыми и не имеют юридической силы». В Уголовно-процессуальный кодекс Португалии (Código de Processo Penal)<sup>2</sup> включена ст. 121 «Исправление ничтожности» («Sanação de nulidades»), регулирующая возможность исправления нарушений, допущенных при совершении процессуальных действий, в том числе направленных на получение доказательств. Представляется, что подобный подход мог бы быть воспринят и российским законодателем.

Кратко остановимся на положениях ч. 2 ст. 75 УПК России. Запрет использования в доказывании показаний потерпевшего или свидетеля, не могущего указать источник своей осведомленности о событии, по поводу которого произведен допрос (п. 2), в целом не вы-

---

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Грузия от 9 октября 2009 г. № 1772-Пс // Официальный сайт Тбилисского городского суда Республики Грузия. URL: [http://tcc.gov.ge/uploads/kanonebi/axali\\_sisxlis\\_samartlis\\_saproceso\\_kodeqsi.pdf](http://tcc.gov.ge/uploads/kanonebi/axali_sisxlis_samartlis_saproceso_kodeqsi.pdf) (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Официальный сайт Генеральной прокуратуры Португалии. URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo) (в ред. от 23 июня 2015 г.) (дата обращения: 16.01.2017). Далее – УПК Португалии.

зывает возражений<sup>1</sup>. В то же время правило п. 1 данной правовой нормы о том, что «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», по нашему мнению, сформулировано слишком категорично.

Если указанный участник уголовного судопроизводства отказался от защитника добровольно, не по причине невозможности оплаты его участия в деле или вследствие неправомерного воздействия стороны обвинения и в данной ситуации участие защитника не является обязательным в соответствии с законом, то при отсутствии подтвержденных в дальнейшем сведений о применении запрещенных способов предварительного расследования нет никаких убедительных оснований презюмировать дачу показаний не в условиях свободы воли и, следовательно, в приведенных условиях вряд ли можно считать, что сама по себе дача показаний в отсутствие защитника может расцениваться как абсолютное нарушение права подозреваемого, обвиняемого на защиту. В п. 11 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре»<sup>2</sup> сформулирована иная позиция: «Неподтверждение подсудимым показаний, данных им в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, в силу пункта 1 части 2 статьи 75 УПК РФ, влечет признание их недопустимым доказательством вне зависимости от причин, по которым подсудимый их не подтвердил», однако с учетом изложенных ранее доводов приведенную позицию вряд ли можно считать абсолютно бесспорной.

По мнению авторов, есть обоснованная выше предпосылка для корректировки п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК России. Что же касается п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК России, то, как отмечалось, текстуальное повторение первого предложения ч. 1 данной правовой нормы представляется дефектом законодательной техники.

### **Вывод:**

допустимость доказательств – есть неотъемлемое свойство доказательства, характеризующее его с точки зрения процессуальной

---

<sup>1</sup> Вместе с тем, по нашему мнению, вряд ли следует пренебрегать зарубежным правовым опытом установления в определенных случаях исключения из этого правила (Великобритания, США и др. страны).

<sup>2</sup> Российская газета. – 2016. – № 277.

формы, а именно надлежащего источника, надлежащего субъекта и уголовно-процессуального порядка собирания доказательств.

### **Проблемы:**

1) часть 1 ст. 74 УПК России неточно определяет сущность доказательств. Называя доказательствами любые сведения, на основе которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, законодатель автоматически наделяет все эти сведения свойствами доказательств (в том числе допустимостью), поскольку нельзя называть доказательством сведения, не обладающие хотя бы одним признаком доказательства: относимости, достоверности и допустимости;

2) вследствие отмеченной некорректности определения процессуальной категории «доказательства» термины «собрание доказательств», «проверка доказательств» делают ненужной оценку полученных сведений с точки зрения их относимости, достоверности и допустимости;

3) с учетом отмеченной некорректности определения процессуальной категории «доказательства» требуется научная разработка понятия «источники доказательств»;

4) нечеткость предписаний уголовно-процессуального закона не позволяет однозначно определить надлежащего субъекта собирания доказательств;

5) отсутствует научно обоснованный и отраженный в уголовно-процессуальных нормах механизм, позволяющий суду устранить, если это возможно, нарушение правила собирания доказательств, в случаях, когда такое нарушение не носит существенного характера (в связи с чем требуется также более тщательная разработка критериев существенности нарушения закона при собирании доказательств);

6) необходима законодательная переработка подхода к определению средств собирания доказательств стороной защиты;

7) требуется нормативно-правовое установление критериев нарушений УПК России, регулирующих собирание (получение) доказательств, при которых доказательства должны признаваться недопустимыми, а также ведение нормы, определяющих возможность и порядок исправления «некритичных» нарушений норм УПК России при собирании доказательств.

## § 2. Оценка допустимости доказательств

Правовая модель оценки допустимости доказательств носит настолько рамочный характер, что применение ее в практической следственной и прокурорско-надзорной деятельности, а также в судебных стадиях уголовного судопроизводства зачастую представляет значительную сложность. Пожалуй, как единственно бесспорную можно признать только признанную как мировым сообществом, так и Российской Федерацией позицию автоматического признания недопустимыми доказательств, полученных в результате применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения (ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод)<sup>1</sup>.

Современными учеными-процессуалистами отмечается ряд дискуссионных проблем, связанных с оценкой допустимости доказательств, среди которых наиболее часто обсуждаемыми являются три: 1) действие теории «плодов отравленного дерева»; 2) так называемая теория «асимметрии доказательств» и 3) использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности (далее – ОРД).

Напомним, что сущность первой теории состоит в признании недопустимости всех доказательств, в том числе полученных в полном соответствии с законом, если они были производны от доказательства, полученного с нарушением закона (недопустимого доказательства). Можно вполне согласиться с мнением ученых о том, что в настоящее время эта теория не является господствующей в уголовном судопроизводстве России<sup>2</sup>.

Вторая проблема состоит в признании или непризнании теории «асимметрии доказательств», согласно которой наступают противоположные юридические последствия в зависимости от того, обвинительный или оправдательный характер носило доказательство, признанное недопустимым (в первом случае это благоприятно для стороны защиты, во втором случае – неблагоприятно). По справедливому мнению ряда ученых<sup>3</sup>, формулировка ст. 75 УПК России («недопустимые доказательства ... не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоя-

---

<sup>1</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. // Бюллетень международных договоров. – 2001. – № 3.

<sup>2</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 452–453.

<sup>3</sup> Там же. С. 451.

тельств, предусмотренных статье 73 настоящего Кодекса») не закрепляет правило об «асимметрии доказательств» и не допускает исключений в правиле о запрете недопустимости доказательства в зависимости от его обвинительного или оправдательного характера.

Отметим, что нормативное правило об «асимметрии доказательств» прямо предусмотрено в некоторых зарубежных государствах. Так, ч. 3 ст. 105 УПК Республики Армения установила, что «материал, доказательственное значение которого подвержено утрате вследствие допущенного стороной обвинения нарушения требований уголовно-процессуального закона, может быть допущен в качестве доказательства по ходатайству стороны защиты. Такое доказательство допускается лишь в отношении соответствующего подозреваемого или обвиняемого». Представляется небезынтересным, что, например, в отличие от УПК России<sup>1</sup>, уголовно-процессуальный закон Республики Армения не только установил общее правило о бремени доказывания по уголовным делам, но и дополнил его положением о бремени доказывания в споре о допустимости доказательств: «Обязанность обоснования допустимости доказательства лежит на стороне, его получившей. Если при собирании доказательств были соблюдены все требования настоящего Кодекса, обязанность обоснования недопустимости доказательства несет сторона, оспаривающая его допустимость» (ч. 3 ст. 106 УПК Республики Армения).

Оценка сведений, имеющих значение для уголовного дела, собранных посредством следственных, судебных и иных процессуальных действий, как правило, на практике не вызывает особых трудностей, поскольку производство таких действий достаточно подробно регулируется нормами УПК России и допускаемые при этом нарушения в большинстве случаев обусловлены не дефектами закона, а виной конкретного правоприменителя или его недостаточной профессиональной квалификацией.

Например, по одному из уголовных дел, в связи с противоречивыми выводами трех экспертиз наркотических средств, следователем было назначено производство повторной экспертизы в целях устранения этих противоречий. Однако в нарушение ч. 2 ст. 207 УПК России в ее производстве принял участие эксперт, ранее уже дававший заключение по одной из перепроверяемых экспертиз. Следователь не обратил на это внимание; нарушение не было выявлено ни руководи-

---

<sup>1</sup> См.: ч. 4 ст. 235 УПК России; п. 12 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре».

телем следственного органа, ни прокурором, утвердившим обвинительное заключение, ни судами первой и апелляционной инстанции. Президиум Ростовского областного суда в кассационном постановлении от 14 апреля 2016 г. № 44-у-94 указал, что такое нарушение закона должно влечь признание заключения повторной экспертизы недопустимым доказательством<sup>1</sup>.

Другой пример: по уголовному делу по факту дорожно-транспортного происшествия, повлекшего по неосторожности смерть потерпевшего, суд первой инстанции положил в основу приговора протокол дополнительного осмотра места происшествия от 19 октября 2014 г. и основанное на нем заключение автотехнической экспертизы. Между тем в действительности следователем «вне места дорожно-транспортного происшествия фактически был проведен не осмотр места происшествия, а предусмотренный ст. 181 УПК РФ следственный эксперимент, что подтверждается составленным следователем протоколом, согласно которому в ходе данного следственного действия не обнаруживались и не фиксировались следы преступления, а была осуществлена проверка относящихся к делу данных, путем воспроизведения действий, имевших отношение к дорожно-транспортному происшествию». Постановлением судебной коллегии по уголовным делам Московского областного суда от 28 мая 2015 г. № 22-3266/15 доказательство «протокол дополнительного осмотра места происшествия» расценено как недопустимое в доказывании<sup>2</sup>.

Справедливости ради следует сказать, что нарушения закона при получении доказательств допускаются не только в досудебных, но и в судебных стадиях уголовного судопроизводства.

Так, в ходе судебного следствия в суде первой инстанции в качестве свидетеля был допрошен оперуполномоченный полиции Р. об обстоятельствах совершенного А. преступления, ставших известными Р. из пояснений опрошенного им же А. Показания указанного свидетеля учитывались судом первой инстанции в качестве доказательства вины А. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 162 УК России. Судебная коллегия по уголовным делам Приморского краевого суда в апелляционном определении от 4 июня 2015 г. № 22-3072/2015

---

<sup>1</sup> Сайт судебных актов Российской Федерации. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/sUVyNHgbt15N/> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Бюллетень судебной практики Московского областного суда за второй квартал 2015 г. // Официальный сайт Московского областного суда. URL: [http://www.mosoblsud.ru/ss\\_detale.php?id=148656](http://www.mosoblsud.ru/ss_detale.php?id=148656) (дата обращения: 16.01.2017).

указала, что «в соответствии с положениями ст. 56 УПК РФ, определяющей круг лиц, которые могут быть допрошены в качестве свидетелей, не исключается возможность допроса дознавателя, следователя, производивших предварительное расследование по уголовному делу, в качестве свидетелей об обстоятельствах производства отдельных следственных и иных процессуальных действий», но «показания такой категории свидетелей относительно сведений, о которых им стало известно из их бесед либо во время допроса подозреваемого (обвиняемого) или потерпевшего и свидетеля, не могут быть использованы в качестве доказательств виновности подсудимого» и признала полученное судом первой инстанции доказательство недопустимым<sup>1</sup>.

Говоря о третьей проблеме – использованию результатов ОРД в доказывании, необходимо отметить, что она обусловлена несколькими факторами: различием юридической природы результатов ОРД и доказательств, получаемых процессуальным путем, и субъектов получения таких результатов и доказательств; крайней некорректностью формулировки ст. 89 УПК России, регулирующей использование результатов ОРД в доказывании; рамочным характером правил осуществления оперативно-разыскных мероприятий (далее – ОРМ) в Федеральном законе от 12 августа 1995 г. (в последующих редакциях) № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>2</sup>, затрудняющим оценку законности проведения таких мероприятий и др.

Понятие «результаты ОРД» используется как в УПК России, так и в Законе об оперативно-разыскной деятельности, в связи с чем необходимо кратко рассмотреть вопрос о степени идентичности уголовно-процессуального и оперативно-разыскного содержания данной правовой категории. Такой анализ позволит, с одной стороны, более четко понять содержание термина, а с другой стороны, еще раз подчеркнуть тесную связь уголовного и оперативно-разыскного процессов, что диктует необходимость продолжения исследований на стыке соответствующих отраслей юридических наук, во всяком случае пока досудебное производство существует в его нынешнем виде.

В уголовно-процессуальном законе (п. 36<sup>1</sup> ст. 5 УПК России) результаты ОРД определяются как «сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности,

---

<sup>1</sup> Сайт судебных актов Российской Федерации. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/vjRdNZhjJidr/> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1995. – № 33, ст. 3349. Далее – Закон об оперативно-разыскной деятельности.

о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следователя или суда».

Закон об оперативно-розыскной деятельности не содержит определения данного термина. В теории уголовно-процессуального права и в теории ОРД под такими результатами понимаются «данные (сведения, информация), полученные при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, указанных в ст. 6, а также от конфиденентов и зафиксированные в делах оперативного учета»<sup>1</sup>; «добытая оперативная информация, фигурирующая в процессе доказывания как информация, ориентирующая субъектов доказывания в решении тех или иных задач»<sup>2</sup>, либо их сущность рассматривается с точки зрения уголовно-процессуального определения<sup>3</sup>.

Существует понятие результатов ОРД в «широком смысле» и они в этом случае понимаются как «сведения, полученные в ходе ее осуществления: о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления; о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда; о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации; о данных, необходимых для принятия решений о допуске к видам деятельности, указанным в ч. 2 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности; о результатах фактического использования оперативно-розыскных сведений»<sup>4</sup>.

В. И. Зажицкий определяет результаты ОРД как «полученные путем проведения оперативно-розыскных мероприятий в рамках конкретного дела оперативного учета достаточно полные и проверенные сведения, которые надлежащим образом задокументированы, служат

---

<sup>1</sup> Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. А. Ю. Шумилов. М. : Вердикт-1М, 1997. С. 109.

<sup>2</sup> Белкин А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М. : Норма, 2007. С. 176.

<sup>3</sup> Оперативно-розыскная деятельность : учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова, А. Ю. Шумилова. М. : ИНФРА-М, 2004. С. 558–564.

<sup>4</sup> Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека / вступ. ст. В. Д. Зорькина. М. : Норма, 2006. С. 230.

средствами решения задач оперативно-розыскной деятельности и в силу этого могут быть использованы в интересах уголовного судопроизводства по основным направлениям, указанным в законе ..., но без разглашения информации составляющей государственную тайну»<sup>1</sup>. Примечательно, что В. И. Зажицкий является практически единственным ученым, включившим в свое время в определение понятия «результаты ОРД» очень важный аспект – требование их надлежащей проверки, хотя из контекста видно, что это требование этот автор относит лишь к этапу ОРД.

Исходя из приведенных формулировок законодательства, результаты ОРД сами по себе вряд ли могут быть признаны доказательствами в уголовно-процессуальном понимании. В то же время необходимо иметь в виду, что ОРД в сущности является процессуальной (не уголовно-процессуальной!) в широком смысле слова, поскольку ее осуществление имеет не произвольный характер, а регламентируется Законом об оперативно-розыскной деятельности (определено само понятие ОРД, ее задачи, принципы, правовая основа, установлен перечень, основания и условия проведения ОРМ, сформулированы гарантии прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД, установлены перечень органов, осуществляющих эту деятельность, их права и обязанности, указаны направления и общий порядок использования результатов ОРД, предусмотрено осуществление прокурорского надзора и ведомственного контроля). Хотя организация, тактика и методы осуществления ОРД определяются прошедшими государственную регистрацию ведомственными и межведомственными нормативными актами, преимущественно содержащими сведения, составляющие государственную тайну, это обстоятельство никак не противоречит процессуальному характеру ОРД. Кроме того, до настоящего времени в научной литературе так и не нашлось убедительного объяснения тому обстоятельству, что, если по определению уголовно-процессуального закона «доказательства – *любые сведения*, на основе которых ...» (ч. 1 ст. 74 УПК России), то почему к этим сведениям не могут быть отнесены результаты ОРД, которые в свою очередь опять же уголовно-процессуальный закон определил как «*сведения*, полученные ...» (п. 36<sup>1</sup> ст. 5 УПК России), тем более, что органы, осуществляющие ОРД, по прямому указанию п. 1 ч. 1

---

<sup>1</sup> Зажицкий В. И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. С. 144.

ст. 40 УПК России являются органами дознания. Вероятно, единственной причиной является получение сведений непроцессуальным путем, но ведь доказательства далеко не всегда являются результатом процессуальной деятельности (например, результаты (заключение) Счетной палаты Российской Федерации о нецелевом расходовании бюджетных средств может быть сформировано вне всякой связи с уголовным процессом и лишь в дальнейшем послужить поводом для возбуждения уголовного дела, и это обстоятельство никак не препятствует использованию указанных результатов (после проверки относимости, достоверности и допустимости такого документа) как одно из доказательств).

Характеризуя соотношение результатов ОРД и доказательств по уголовному делу, Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 24 ноября 2005 г. № 448-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Каланчева Вадима Анатольевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>1</sup> указал на то, что результаты ОРМ являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований названного закона, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно – на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона<sup>2</sup>. Вместе с тем, данную правовую позицию нельзя с бесспорностью признать безупречной с учетом доводов, приведенных в предыдущем абзаце того обстоятельства, что как сведения, собранные следователем, так и сведения, полученные в результате ОРД, подлежат процессуальной проверке, вследствие чего она приобретает дискуссионный характер.

Обычно использование результатов ОРД в доказывании осуществляется посредством проверки фактических данных, представленных

---

<sup>1</sup> Справочно-правовая система «Консультант-Плюс» : URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_58067](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_58067) (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Поэтому правильным будет считать, что результаты ОРД в доказывании именно *используются*. Применение некоторыми авторами монографий, комментариев и учебных пособий терминологии «введение результатов ОРД в уголовный процесс», «трансформация результатов ОРД в доказательства» искажают действительную сущность использования названных результатов в досудебных стадиях уголовного судопроизводства.

как указанные результаты, путем производства следственных или иных процессуальных действий<sup>1</sup>.

В вопросе о соотношении результатов ОРД и доказательств по уголовному делу интересную позицию занимают некоторые судьи Верховного Суда Российской Федерации. Она состоит в том, что «проявляется явное отождествление сведений, которые являются результатами оперативно-разыскных мероприятий, проводимых в рамках оперативно-разыскной деятельности, и доказательственных сведений, которые могут составлять в дальнейшем доказательства по уголовному делу, после закрепления их надлежащим процессуальным путем»<sup>2</sup>. В п. 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации» указывается: «результаты оперативно-разыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством». Это положение имеет и теоретическое основание, поскольку, как отмечалось ранее, речь идет в сущности о познании одних и тех же фактических обстоятельств, но различными правовыми средствами.

Здесь же следует обратить внимание на один аспект, редко обсуждаемый учеными при рассмотрении вопроса о соотношении результатов ОРД и доказательств в их уголовно-процессуальном понимании. Согласно прямому указанию закона дознаватель и следователь вправе давать органу дознания обязательное для последнего письменное по-

---

<sup>1</sup> См.: Сумин А. А. Использование результатов оперативно-разыскной деятельности в досудебных стадиях уголовного судопроизводства (актуальные проблемы теории и практики) : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В.Я Кикотя, 2015. В приложении № 3 к указанному учебному пособию приведена таблица, в которой отражено, какими документами оформляются результаты ОРМ для представления их следователю и какие виды доказательств могут быть сформированы на основе этих результатов.

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальное право : учебник / под ред. В. М. Лебедева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2014. С. 326.

ручение о проведении ОРМ как в стадии возбуждения уголовного дела (ч. 1 ст. 144 УПК России), так и в стадии предварительного расследования (п. 4 ч. 2 ст. 38; п. 1<sup>1</sup> ч. 3 ст. 41 УПК России). Орган дознания, исполняющий такое письменное поручение, является в соответствии с главой 6 УПК России участником уголовного судопроизводства со стороны обвинения. Письменное поручение следователя (дознателя) как действие, предусмотренное УПК России, следует рассматривать как процессуальный документ. И тогда возникают вопросы, ответы на которые четко не даются в уголовно-процессуальной литературе: 1) если «любые сведения...», полученные (собранные) следователем сами по себе еще невозможно рассматривать как доказательства, так как не еще установлено обладание этими сведениями свойствами доказательства, то какое принципиальное значение имеет источник этих сведений (пока еще не доказательств!); 2) если результаты ОРД есть следствие выполнения имеющего процессуальное значение и обязательный для исполнения характер письменного поручения следователя органом дознания, то так ли уж далеко эти результаты отстоят от сведений, собираемых самим следователем, например, путем направления запроса в какой-либо орган или учреждение для получения необходимых сведений? И продолжая вторую часть вопроса, можно сформулировать и еще один: 3) не является ли в определенной степени искусственно созданной грань между выполнением органом дознания поручения о производстве ОРМ и поручения о производстве следственных или иных процессуальных действий (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК России)<sup>1</sup>, ведь результаты и ОРД, и следственных действий подлежат процессуальной проверке? Но если даже встать на позицию процессуальной значимости источника, то исходя из приведенного выше обоснования с неизбежностью следует вывод о том, что источник результатов ОРД процессуально легитимен, поскольку это орган дознания – участник уголовного судопроизводства. По нашему мнению, данные вопросы, имеющие дискуссионный характер, представляют достаточно интересный предмет научных исследований.

Следует отметить, что к выводу о диалектическом единстве познавательной направленности предварительного расследования как

---

<sup>1</sup> В контексте излагаемых доводов небезынтересно отметить, что процессуальные полномочия следователя давать органу дознания поручения о производстве ОРМ или следственных действий законодателем включены в один и тот же пункт правовой нормы.

процессуальной деятельности и негласной деятельности полиции по раскрытию преступлений и участия в их дальнейшем расследовании и, как следствие, к постепенному стиранию правовых границ между указанной деятельностью и уголовным процессом, приходят в зарубежных государствах, ряд из которых являются своеобразными «законодателями моды» уголовно-процессуального права. Это проявляется в двух основных направлениях развития зарубежного законодательства.

Один путь состоит во введении в национальные уголовно-процессуальные кодексы правовых норм, которые в России пока еще рассматриваются как нормы исключительно оперативно-разыскного регулирования.

Так, § 110a–110c Уголовно-процессуального кодекса ФРГ<sup>1</sup> регулируют институт участия в предварительном расследовании штатных негласных сотрудников полиции; § 100c УПК ФРГ предусматривает «меры, применяемые без ведома лиц, которых они касаются»; при этом речь идет не только о порядке санкционирования таких мер, но и о правилах их реализации и дальнейшем использовании полученных результатов. Например, ч. 5 § 100c указывает, что информация, полученная в результате применения меры «прослушивание переговоров» внутри жилого помещения<sup>2</sup> «может использоваться, только если интерес в отношении расследования фактических обстоятельств дела или установления места нахождения другого обвиняемого в том же уголовном производстве соразмерен значению доверительных отношений, лежащих в основе запрета». Параграфом 110h регулируется использование иных негласных мер: производство съемки (кино-, видео-, фото-); использование «иных технических средств, предназначенных для наблюдения».

Глава 4 Уголовно-процессуального кодекса Итальянской Республики<sup>3</sup> «Перехват переговоров и сообщений» регулирует основания, порядок производства таких действий и использование их результатов в доказывании. Так, ч. 1 ст. 266 УПК Италии придает указанным результатам по сути процессуальный характер.

---

<sup>1</sup> Strafprozeßordnung // Официальный сайт правовой информации правительства ФРГ. URL: <https://dejure.org/gesetze/StPO>. Далее – УПК ФРГ.

<sup>2</sup> Эту меру не следует отождествлять с самостоятельной мерой, предусмотренной § 100g «Получение информации о связи в рамках телекоммуникации»

<sup>3</sup> Codice di procedura penale // Gazzetta Ufficiale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92. В настоящее время кодекс действует в редакции от 1 апреля 2015 г. Далее – УПК Италии.

В Уголовно-процессуальный кодекс Франции<sup>1</sup> нет прямого указания на порядок использования результатов негласных полицейских мер расследования, однако положение ст. 427 УПК Франции о свободе оценки доказательств сформировало поддержанную Кассационным судом Франции судебную практику использования в доказывании таких результатов, если соответствующие мероприятия проводились в надлежащем порядке, а те из них, которые ограничивали конституционные права личности, осуществлялись на законном решении следственного судьи или, в определенных случаях – судьи по свободам и задержанию. Производство же целого ряда мероприятий, которые в России традиционно относятся к ОРМ, детально регулируется нормами УПК Франции (например, ст.ст. 706-95–706-95-10 о перехвате информации на телематических каналах связи, ст.ст. 706-81–706-87 о внедрении сотрудников полиции в организованные преступные группы, 706-80 о негласном наблюдении и т. д.).

В Великобритании п. 1.5 Закона о следственных полномочиях (Regulation of Investigatory Powers Act 2000)<sup>2</sup> прямо предусматривает, что, если какие-либо положения кодекса представляются уместными для любого суда или трибунала (if any provision of the code appears relevant to any court or tribunal), результаты, полученные при применении относящихся к этому закону кодексов практики, допускаются как доказательства в уголовном и гражданском судопроизводстве; к данному закону относятся, в частности, кодекс практики о скрытом наблюдении и вмешательстве в частную жизнь<sup>3</sup>, регулирующий порядок тайного наблюдения (в том числе перехват телекоммуникационной информации), включая использование специальных технических средств.

В Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии<sup>4</sup> введена вступившая в силу с 1 января 2013 г. глава 3.1 «Оперативно-розыскные мероприя-

---

<sup>1</sup> Code de procédure pénale (CPP) // Официальный сайт правовой информации Министерства юстиции Франции. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>. Далее – УПК Франции.

<sup>2</sup> Официальный сайт правовой информации правительства Великобритании. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>.

<sup>3</sup> Covert Surveillance and Property Interference: Code of Practice. Pursuant to Section 71 of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000. – London : The Stationery Office, 2014.

<sup>4</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии от 12 марта 2003 г. (в ред. от 1 сентября 2016 г. // Kriminaalmenetluse seadustik // Сайт Государственного бюллетеня Эстонской Республики «Riigi Teataja». URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/120052016007>. Далее – УПК Эстонии.

тия», при этом ч. 4 ст. 126.1 УПК этого государства прямо установила, что «информация, полученная путем оперативно-розыскного мероприятия, является доказательством, если при ходатайстве о выдаче разрешения на производство оперативно-розыскного мероприятия, его выдаче и совершении оперативно-розыскного мероприятия соблюдены требования закона» (следует признать, что приведенная формулировка гораздо удачнее положения, сформулированного в ст. 89 УПК России).

Другой путь состоит во введении в уголовно-процессуальный закон не отдельных положений, регулирующих, в сущности, возможность относительно несложного порядка использования результатов тайной полицейской деятельности в доказывании по уголовным делам, а в установлении правового института так называемого тайного (негласного, специального и др.) следствия. По такому пути активно пошли некоторые государства, формирующие после распада СССР национальное уголовно-процессуальное законодательство с учетом современных тенденций стран континентальной правовой семьи. Например, Закон об уголовном судопроизводстве (*Kriminālprocesa likuma*) Латвийской Республики<sup>1</sup> содержит институт «специальных следственных действий» (*speciālās izmeklēšanas darbības*); аналогичный правовой институт введен и ст. 232 УПК Республики Казахстан.

В научной и учебной литературе обозначена проблема «проверяемости» результатов ОРД, которая обусловлена неясностью обстоятельств их получения и невозможностью исследования этих вопросов путем следственных и судебных действий<sup>2</sup>. Однако механизм проверки и оценки указанных результатов вытекает из положений ст. 89 УПК России: эти результаты проверяются посредством производства следственных и иных процессуальных действий в порядке, установленном ст. 87 УПК России, а затем оцениваются в соответствии с требованиями ст. 88 УПК России, и, следовательно, названные результаты вряд ли могут характеризоваться как непроверяемые.

Анализ отечественной судебной практики показывает, что стороной защиты в качестве обоснования ходатайств об исключении доказательств, сформированных на основе результатов ОРД, выступают:

---

<sup>1</sup> *Latvijas Vēstnesis*, 11.05.2005. № 74 (3232). В настоящее время действует в редакции от 3 мая 2015 г.

<sup>2</sup> Актуальные проблемы уголовно-процессуального права : учебное пособие / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2014. С. 103–104.

- нарушение установленного порядка производства ОРМ и использованием специальных технических средств;
- проведение ОРМ вопреки установленным законом целям ОРД или в тех случаях, когда имелась реальная возможность собирания доказательств уголовно-процессуальными средствами;
- нарушения уголовно-процессуального закона при проверке результатов ОРД.

Говоря о первом из указанных оснований ходатайств об исключении доказательств как недопустимых, следует указать, прежде всего, известное обстоятельство: Закон об оперативно-разыскной деятельности формулирует лишь задачи и принципы этой деятельности (ст.ст. 2, 3), основания и условия проведения ОРМ (ст.ст. 7–8.1), основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ (ст. 9), а также регулирует действия оперативных подразделений по соблюдению прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД (ст. 5). Таким образом, предметом ходатайства стороны защиты могут выступать лишь несоблюдение предписаний указанных правовых норм. На практике же сторона защиты, зачастую пользуясь собственной осведомленностью или «консультациями» лиц, обладающих знаниями ведомственного правового регулирования организации и тактики ОРМ, ставит вопрос о признании недопустимыми доказательств по мотиву нарушения именно нормативных актов ведомственного характера. Представляется, что обоснование ходатайства только такими доводами, вряд ли следует обсуждать по существу. Здесь можно провести полную аналогию с оценкой допустимости доказательств, полученных в результате следственных действий: уголовно-процессуальный закон требует безусловного соблюдения порядка получения доказательств, установленных самим этим законом, а нарушение подзаконных или ведомственных нормативных актов, определяющих организацию предварительного расследования, тактику следственных действий или методику расследования отдельных видов преступлений, ст. 75 УПК России не рассматривает как основание для признания доказательств недопустимыми<sup>1</sup>. Так, например, если ОРМ (его часть),

---

<sup>1</sup> Такой точки зрения придерживаются не все ученые, некоторые из них полагают, что нарушение любого закона или подзаконного нормативного акта, примененного при собирании доказательств, влечет недопустимость всех последующих доказательств, основанных на первоначальных. Однако ч. 1 ст. 75 УПК России связывает возможную недопустимость доказательств с нарушением требований именно «настоящего Кодекса».

проведение которого ведомственный нормативный акт рекомендует осуществлять в присутствии незаинтересованных лиц (ксерокопирование денег, которые будут составлять предмет взятки, осмотр и передача «взятодателю» скрытно носимого звукозаписывающего устройства и т. п.) фактически реализовано без участия указанных, то вряд ли можно считать невыполнение ведомственного нормативного акта о тактике проведения мероприятия нарушением, влекущим невозможность использования полученного результата в доказывании при условии соблюдения ранее указанных норм Закона об оперативно-розыскной деятельности.

В последнее время судебная практика заняла прочную позицию признания недопустимым для использования в доказывании по уголовному делу результатов ОРМ, проведение которых «не соответствовало целям ОРД». Такие ситуации чаще всего возникают при неоднократном производстве ОРМ одного и того же вида в отношении одного и того же лица; это характерно прежде всего при выявлении преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков.

В связи с данной позицией судебной практики представляется необходимым подробнее проанализировать ее правовую легитимность.

Верховный Суд Российской Федерации в Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 июня 2012 г.)<sup>1</sup> указал, в частности, следующее: «Судам следует учитывать, что проведение повторного оперативно-розыскного мероприятия, также очередной проверочной закупки у одного и того же лица, должно быть обосновано и мотивировано, в том числе новыми основаниями и целями, и с обязательным вынесением нового мотивированного постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Целями повторного оперативно-розыскного мероприятия, также и проверочной закупки, могут являться пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее соучастников, выявление преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установление каналов поступления наркотиков, выявление производства при наличии оперативно-значимой информации по данным фактам. Кроме того, это могут быть случаи, когда в результате проведенного оперативно-розыскного мероприятия не

---

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2012. – № 10.

были достигнуты цели мероприятия (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии). ... Суд, установив при рассмотрении уголовного дела отсутствие новых оснований для проведения повторного оперативно-розыскного мероприятия, должен признать доказательства, полученные в результате такого мероприятия, недопустимыми, поскольку согласно положениям закона оперативно-розыскное мероприятие должно проводиться с целью выявления и пресечения преступной деятельности».

Аналогичная позиция была и высказана позднее в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре».

Однако такую позицию вряд ли можно рассматривать как бесспорную:

во-первых, ст. 1 Закона об оперативно-разыскной деятельности установила цели этой деятельности рамочно: защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Повторное (неоднократное) проведение ОРМ само по себе никак не свидетельствует о том, что предыдущие или последнее по времени ОРМ того же вида были направлены не на достижение указанных в законе целей ОРД, а на какие-либо иные;

во-вторых, Закон об оперативно-разыскной деятельности не запрещает повторное производство ОРМ одного и того же вида в отношении одного и того же лица по одним и тем же основаниям;

в-третьих, по смыслу ст. 11 Закона оперативно-разыскной деятельности, оценка степени готовности результатов ОРД для представления их дознавателю или следователю относится к исключительной компетенции органа, осуществляющего эту деятельность; данный вывод основан на положении названной правовой нормы о том, что представление таких результатов осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами. В свою очередь п. 1 Инструкции о порядке представления результатов оперативного розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд<sup>1</sup>, являющейся именно таким нормативным актом, ус-

---

<sup>1</sup> Приложение к приказу МВД России, Минобороны России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН, России ФСКН России, СК России от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 // Российская газета. – 2013. – № 282.

тановил, что результаты ОРД представляются «при наличии в них достаточных данных, указывающих на признаки преступления». Таким образом, суд в судебных стадиях не должен входить в обсуждение вопроса об обоснованности решения начальника оперативного подразделения о том, в какой момент (в том числе после какого числа однотипных ОРМ) результаты ОРД должны быть представлены следователю (дознавателю) для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Представляется, что для обсуждения этих вопросов в судебных стадиях нет и надлежащей правовой основы, поскольку обоснованность (не законность, а именно обоснованность) решений начальника оперативного органа не входит в круг обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Кроме того, постановление начальника органа, осуществляющего ОРД, о представлении результатов этой деятельности следователю или дознавателю, не является «видом-источником» доказательств, так как не подпадает ни под один из пунктов перечня доказательств, установленного ч. 2 ст. 74 УПК России.

Определенная дискуссионность заложена в положении, выраженном в абзаце втором п. 9 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре»: «В случае признания полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательств недопустимыми они не могут быть восполнены путем допроса сотрудников органов, осуществлявших оперативно-розыскные мероприятия». По смыслу приведенной формулировки устанавливается правило о недопустимости восполнения одних доказательств другими доказательствами, что, по нашему мнению, никак не согласуется с принципом свободы оценки доказательств.

Однако, следуя позиции Верховного Суда Российской Федерации, нижестоящие суды стали обосновывать решения об исключении результатов ОРД из доказывания следующими формулировками: «сотрудники, вопреки задачам оперативно-розыскной деятельности, указанным в статье 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», направленным на выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих или совершивших, не только не пресекли преступные действия виновных, но и вновь ... провели в отношении уже известного правоохранительным органам участника преступной группы ... аналогичное оперативно-розыскное мероприятие...» (по-

становление Президиума Свердловского областного суда от 23 марта 2016 г. № 44-У-60/2016<sup>1</sup>); «после проведения «проверочной закупки», в ходе которой нашла подтверждение полученная оперативная информация и выявлен сбыт С. наркотического средства, сотрудники правоохранительных органов не пресекли действия С., а вновь провели аналогичное оперативно-розыскное мероприятие в отношении того же лица, по одному и тому же адресу, с участием того же закупщика» (постановление Приморского краевого суда от 11 марта 2016 г. № 44У-43/2016<sup>2</sup>) и т. д.

Если следовать логике этих судебных решений, органы, осуществляющие ОРД, должны в каждом случае обнаружения признаков преступления сразу же пресекать преступную деятельность разрабатываемых лиц. Вместе с тем, если велась оперативная разработка, когда в самом ее начале устанавливаются признаки преступления, например, разработка заказчика совершения убийства по найму, то неоднократное проведение однотипных ОРМ в отношении одного и того же лица и по одному и тому же эпизоду преступной деятельности (обычно это происходит из-за желания «закрепить» сведения о такой деятельности и доведения ее до захвата заказчика «с поличным»), суды уже почему-то не руководствуются логикой о «несоответствии многократных однотипных ОРМ целям ОРД» и почему-то не ставят вопрос о невыполнении правоохранительными органами обязанности пресечь преступление на раннем этапе его подготовки. В подтверждение вывода о том, что судами стала вырабатываться практика не основанного на законе вторжения судов в оценку степени готовности результатов ОРД к представлению их следователю (органу дознания, дознавателю) можно привести формулировку кассационного определения президиума Приморского краевого суда от 14 января 2016 г. № 22-278/2016: «если в результате проведенного оперативно-розыскного мероприятия выявлено преступление и получены доста-

---

<sup>1</sup> Сайт «Судебные и нормативные акты Российской Федерации». URL: [http://sudact.ru/regular/doc/arFeQIYjff1v/?regular-txt=&regular-case\\_doc=44-%D0%A3-60%2F2016&regular-doc\\_type=&regular-date\\_from=23.03.2016&regular-date\\_to=23.03.2016&regular-workflow\\_stage=&regular-area=&regular-court=&regular-judge=&\\_=1484551504024](http://sudact.ru/regular/doc/arFeQIYjff1v/?regular-txt=&regular-case_doc=44-%D0%A3-60%2F2016&regular-doc_type=&regular-date_from=23.03.2016&regular-date_to=23.03.2016&regular-workflow_stage=&regular-area=&regular-court=&regular-judge=&_=1484551504024) (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Сайт «Судебные и нормативные акты Российской Федерации». URL: [http://sudact.ru/regular/doc/MBrbHO23u9UD/?regular-txt=&regular-case\\_doc=44%D0%A3-43%2F2016&regular-doc\\_type=&regular-date\\_from=11.03.2016&regular-date\\_to=11.03.2016&regular-workflow\\_stage=&regular-area=&regular-court=&regular-judge=&\\_=1484551625127](http://sudact.ru/regular/doc/MBrbHO23u9UD/?regular-txt=&regular-case_doc=44%D0%A3-43%2F2016&regular-doc_type=&regular-date_from=11.03.2016&regular-date_to=11.03.2016&regular-workflow_stage=&regular-area=&regular-court=&regular-judge=&_=1484551625127) (дата обращения: 16.01.2017).

точные данные для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, правоохранительные органы обязаны пресечь дальнейшую преступную деятельность лица и привлечь его к уголовной ответственности. Дальнейшая оперативно-розыскная деятельность допустима лишь при условии ее соответствия задачам, перечисленным в ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>1</sup>. Другими словами, судами на практике зачастую применяются «двойные стандарты» в отношении толкования указанного закона, что вряд ли можно признать правомерным еще и потому, что Верховному Суду Российской Федерации и нижестоящим судам общей юрисдикции предоставлено лишь право применения закона при осуществлении правосудия, но не толкования закона.

Иногда стороной защиты выдвигаются не вытекающие из положений Закона об оперативно-розыскной деятельности и указанной выше Инструкции требования о признании доказательств, полученных на основе результатов ОРД, по мотиву непредставления следователю или суду носителей информации или технических средств видео- аудиозаписи, использованных при проведении ОРМ.

В таких ситуациях следует ориентироваться на вполне обоснованную позицию, сформулированную в кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 31 января 2013 г. № 32-О13-2. По этому делу стороной защиты было заявлено ходатайство об исключении аудиозаписи, полученной в результате ОРМ, и заключения технической экспертизы на предмет установления наличия или отсутствия признаков монтажа в этой записи, по тому основанию, что вместе с результатами ОРМ не был представлен используемый в ходе его осуществления диктофон, что, по мнению защиты, исключило возможность проверки в ходе экспертного исследования признаков монтажа. Суд сделал вывод о том, что «непредставление ... следствию и суду диктофона, при помощи которого им производились аудиозаписи разговоров..., не свидетельствует о незаконности проведения аудиозаписей и не влечет их недопустимость»<sup>2</sup>. По нашему мнению, если носители информации, полученной при осуществлении ОРМ, или технические средства записи не являлись необходимыми для производства технической или

---

<sup>1</sup> Сайт правовой информации «Росправосудие». URL: <https://rospravosudie.com/court-primorskij-kraevoj-sud-primorskij-kraj-s/act-502734576/>.

<sup>2</sup> Справочно-правовая система «Консультант-Плюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc; base=ARB;n=322072> (дата обращения: 16.01.2017).

фоноскопической экспертизы, представление указанных предметов не является обязательным (при отсутствии требования эксперта их представить) и их отсутствие не может служить основанием для признания доказательств недопустимыми.

С рассмотренной ситуацией тесно связан вопрос о том, можно ли оценивать как допустимое доказательство заключение фоноскопической экспертизы, если для сравнения представлялись условно-свободные образцы голосов. Имеются в виду ситуации, когда аудиозапись разговора получена в результате ОРМ, а впоследствии подозреваемый или обвиняемый отказался от получения от него образца голоса.

В этом случае можно полностью согласиться с позицией, сформулированной в п. 7.4 упоминаемого ранее Обзора Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2012 г. Высший судебный орган считает, что «в случаях, когда возникает необходимость в получении образцов голосов подозреваемых, обвиняемых, отказавших в даче образцов для сравнительного исследования, следователь может использовать имеющиеся в материалах уголовного дела так называемые свободные (например, имеется аудио-, видеозапись лица до его задержания, приобщенная к материалам дела в качестве вещественного доказательства) или условно свободные (например, полученные во время проведения следственных действий, таких как проверка показаний на месте, очная ставка, допрос, фиксировавшихся с помощью аудио-, видеозаписи) образцы голоса. Если образец голоса подозреваемого, обвиняемого получен в ходе проводимого оперативно-розыскного мероприятия до передачи уголовного дела следователю, оперативно-розыскным органам следует установить (идентифицировать) и документально зафиксировать принадлежность голоса данному лицу». Аналогичная позиция высказана в кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 10 апреля 2012 г. № 25-О12-4<sup>1</sup>.

Полагаем целесообразным отметить здесь же следующий пример из судебной практики. В апелляционном определении судебной коллегии по уголовным делам Ульяновского областного суда от 1 июля

---

<sup>1</sup> Справочно-правовая система «Консультант-Плюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=295473&dst=0&mb=LAW&div=ARB&BASENODE=28847970%2d2772692271&SORTTYPE=0&rnd=211977.839113610&SEM=%2d&opt=1&7=%7c2960313> (дата обращения: 16.01.2017).

2013 г. № 22-1865/2013 высказана вполне обоснованная, с нашей точки зрения, позиция о том, что: «не может служить основанием для признания доказательств недопустимыми отсутствие в деле сведений о том, каким образом непосредственно производились аудиозаписи и видеозапись, кем, на какие устройства с помощью каких устройств производились перезапись, а также непредоставление суду документов, представленных в обоснование ходатайства о получении разрешения на проведение оперативно-розыскного мероприятия в отношении ... руководителю Ульяновского областного суда, так как сохранение в тайне этих сведений соответствует требованиям закона. ... Технические средства для получения акустической и видеоинформации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности не раскрываются, так как входят в перечень «виды специальных технических средств» утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации № 770 от 1 июля 1996 года»<sup>1</sup>.

Поскольку признание доказательств недопустимыми часто связывается с нарушением права подозреваемого (обвиняемого) на защиту, необходимо обратиться к непростой и достаточно спорной ситуации, когда до возбуждения уголовного дела разрабатываемое лицо задерживается при реализации ОРМ, и прибывший к месту задержания следователь с целью производства осмотра места происшествия (а зачастую и сами оперативные сотрудники, участвовавшие в ОРМ) также опрашивает это лицо в отсутствие защитника. Вопрос состоит в определении возможности использовать полученное объяснение как допустимое доказательство (иной документ).

Рассмотрим ситуацию, когда непосредственно сразу после момента фактического задержания (до составления протокола задержания подозреваемого) объяснение получают оперативные сотрудники, участвовавшие в ОРМ. В этом случае возникает правовая неопределенность. С одной стороны, если состоялся момент фактического задержания, это прямо свидетельствует о наличии у органа дознания убеждения о том, что имеются достаточные данные, указывающие на признаки преступления, ведь сотрудники оперативного подразделения после доставления задержанного в орган дознания или к следователю

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Ульяновского областного суда. URL: [http://uloblsud.ru/index.php?option=com\\_content&task=view&id=192&Itemid=63&idCard=39783](http://uloblsud.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=63&idCard=39783). Доступ 16 января 2017 г. Указанное в судебном решении постановление Правительства Российской Федерации в настоящее время действует в редакции от 15 июля 2002 г.

обязаны будут в своих рапортах указать основание своих действий: в связи с подозрением в совершении какого именно преступления произвели задержание и доставку лица. Следовательно, можно сделать вывод о том, что моментом фактического задержания реально<sup>1</sup> иницируется начало стадии возбуждения уголовного дела (данный вывод, безусловно, не бесспорен) и получение объяснения от лица, в отношении которого состоялось фактическое задержание, должно в этом случае подчиняться положениям ч. 1<sup>1</sup> ст. 144 УПК России, включающим требование о разъяснении участникам проверки сообщения о преступлении права пользоваться услугами адвоката, и в случае заявления о желании воспользоваться такой помощью орган дознания (в лице оперативных сотрудников, участвовавших в ОРМ) обязан обеспечить реализацию этого права. С другой стороны, несмотря на то, что момент фактического задержания предусмотрен в п. 15 ст. 5 УПК России и, следовательно, есть основание считать его иным процессуальным действием<sup>2</sup> (в соответствии с п. 32 ст. 5 УПК России – «иное действие, предусмотренное настоящим Кодексом»), действия оперативных сотрудников можно расценивать как продолжение ими ОРД, но в этом случае получение объяснения представляет собой самостоятельное ОРМ «опрос» (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закона об оперативно-разыскной деятельности), не требующее участия адвоката (защитника).

С участием или не участием защитника в стадии возбуждения уголовного дела часто связан вопрос об оценке допустимости полученных в этой стадии доказательств. В связи с этим вопрос о реализации права на защиту кратко освещается далее.

Конституционный Суд Российской Федерации последовательно высказался о том, что:

– право на обращение за помощью к защитнику не связывается с формальным признанием лица подозреваемым или обвиняемым (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности по-

---

<sup>1</sup> Юридически эта стадия в рассматриваемой ситуации будет иницирована последующими рапортами об обнаружении признаков преступления.

<sup>2</sup> Хотя слово «момент» обычно рассматривается как некое статичное положение того или иного явления, в данном случае речь идет именно о действии, поскольку в п. 15 ст. 5 УПК России указывается на *производимое* фактическое лишение свободы передвижения лица, а производить можно действие, а не статическое положение.

ложений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова»);

– не соответствуют Конституции Российской Федерации, «ее статьям 17 (часть 1), 21 (часть 1), 22 (часть 1), 48 и 55 (часть 3), положения части первой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, которые – по их буквальному смыслу – предоставляют лицу, подозреваемому в совершении преступления, право пользоваться помощью защитника лишь с момента объявления ему протокола задержания либо постановления о применении до предъявления обвинения меры пресечения в виде заключения под стражу и, следовательно, ограничивают право каждого на досудебных стадиях уголовного судопроизводства пользоваться помощью адвоката (защитника) во всех случаях, когда его права и свободы существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами, связанными с уголовным преследованием». Оценивая все изложенные обстоятельства в их взаимосвязи, можно достаточно обоснованно предположить, что лицо, задержанное при производстве оперативно-розыскного мероприятия, имеет право пользоваться защитником»;

– «конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным, когда уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются его свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения.... Данное право гарантируется любому лицу, в отношении которого осуществляется деятельность, направленная на выявление фактов и обстоятельств, уличающих его в подготовке или совершении преступления, а значит, лицу, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия в связи с подозрением его в причастности к подготовке или совершению преступления, должна предоставляться возможность воспользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката (защитника), если таковая, как это следует из правовой позиции, выраженной Конституционным Судом Российской Федерации в определении от 14 июля 1998 года № 86-О, не исключается необходимостью обеспечения режима секретности, соблюдения требований оперативности и конспиративности» (определение от 21 мая 2015 г. № 1182-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гурьянова Ар-

тема Владимировича на нарушение его конституционных прав Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Вместе с тем, тот же Конституционный Суд Российской Федерации считает, что требование об обеспечении права на помощь адвоката (защитника) не может быть распространено на случаи проведения в отношении лица ОРМ «проверочная закупка» в силу того, что «указанное мероприятие носит характер безотлагательного и внезапного действия, подготавливаемого в условиях секретности, что исключает как предоставление лицу, в отношении которого проводится проверочная закупка, возможности свободно выбрать себе адвоката (защитника), так и привлечение адвоката к участию в оперативно-розыскном мероприятии органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» (определение от 24 февраля 2005 г. № 4-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мотякова Тимофея Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», статей 8, 41 и 47 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах»). Этот судебный орган отметил также, что «в силу того, что ОРМ, включая сбор образцов для сравнительного исследования, предполагают безотлагательный и внезапный характер совершаемых в их рамках действий, подготовка которых осуществляется в условиях секретности, на лиц, в отношении которых эти действия проводятся, не может быть распространено требование об обеспечении права на помощь адвоката (защитника) как путем предоставления ему возможности свободно выбрать себе адвоката (защитника), так и путем привлечения органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, адвоката по назначению для участия в оперативно-розыскном мероприятии» (определение от 19 апреля 2007 г. № 342-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жерноклеева Павла Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Видимо, основываясь на данных решениях, в кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2009 г. № 19-О09-5 указывается, что «непредставление защитника лицам, непосредственно задержанным после совершения преступления при проведении неотложных оперативно-розыскных мероприятий, не

может расцениваться как нарушение права на защиту»<sup>1</sup>, но при этом какое-либо обоснование такого вывода, в том числе ссылки на решения Конституционного Суда Российской Федерации, в судебном документе не приведены.

Анализируя приведенные решения Конституционного Суда Российской Федерации, можно заметить, что в своей сущности они относятся лишь к невозможности обеспечения правовой помощи (участия адвоката) *при производстве ОРМ*. К моменту фактического задержания лица как завершению ОРМ эта позиция вряд ли может применяться, тем более, что сам этот момент вообще не предусмотрен Законом об оперативно-разыскной деятельности<sup>2</sup> и, следовательно, находится за пределами правового регулирования данным Законом.

Таким образом, указанное выше кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации вряд ли можно оценить как обоснованное, поскольку оно противоречит положениям проанализированного ранее постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П. Кроме того, во-первых, ч. 1 ст. 48 Конституции Российской Федерации не ставит право каждого на получение квалифицированной юридической помощи в зависимость от какой-либо жизненной ситуации, в том числе от того, нуждается ли личность в такой помощи вследствие ограничения его конституционных прав при осуществлении государством того или иного вида правоохранительной деятельности (ОРД или уголовного судопроизводства). Во-вторых, по смыслу ч. 1 ст. 1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» квалифицированная юридическая помощь, являющаяся адвокатской деятельностью, оказывается лишь лицом, имеющим

---

<sup>1</sup> Справочно-правовая система «Консультант-Плюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=85731&dst=0&mb=LAW&div=ARB&BASENODE=28847970%2d2772692271&SORTTYPE=0&rnd=211977.103096361&SEM=%2d&opt=1&7=%7c2654376> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Некоторые аспекты правового смысла момента фактического задержания были рассмотрены в данном пособии ранее. Здесь к ним можно добавить то, что Закон об оперативно-разыскной деятельности в своих нормах вообще не упоминает о задержании лица по подозрению в совершении преступления, следовательно, момент фактического задержания не может рассматриваться как элемент ОРМ.

статус адвоката. Защита по уголовным делам как разновидность квалифицированной юридической помощи также осуществляется лицом, имеющим статус адвоката. В-третьих, задержание лица при реализации ОРД следует рассматривать как момент фактического задержания по подозрению в совершении преступления; рассматривать это задержание как какое-либо иное (административное и др.) невозможно, поскольку согласно ст. 1 Закона об оперативно-розыскной деятельности целями этой деятельности, как уже отмечалось, являются защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно подчеркивал, что не допускается производство ОРМ, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших<sup>1</sup>. Таким образом, если гражданин лишается свободы передвижения в процессе ОРМ, то оно всегда заведомо связано с подозрением в подготовке или покушения на совершение преступления либо в его совершении и по смыслу решений Конституционного Суда Российской Федерации любое лицо, конституционные права которого ограничены, имеет право на квалифицированную юридическую помощь безотносительно тому, признано ли формально это лицо подозреваемым или обвиняемым.

На основании изложенного следует вывод о том, что получение оперативными сотрудниками объяснения лица с момента его фактического задержания по подозрению в совершении преступления до момента составления протокола задержания должно производиться в присутствии адвоката (защитника), если об участии последнего заявлена просьба задержанного. Аналогичный вывод следует и из определения Конституционного Суда Российской Федерации от 15 ноября

---

<sup>1</sup> См.: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 6 марта 2001 г. № 58-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Потапова Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»; от 21 октября 2008 г. № 640-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шкутяка Данилы Ярославовича на нарушение его конституционных прав пунктом 14 части первой статьи 6, частью четвертой статьи 13 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статьей 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

2007 г. № 924-О-О «По жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>1</sup>.

Приведенный вывод не изменится, когда получение объяснения в указанный временной диапазон осуществляет следователь (дознатель), прибывший к месту фактического задержания, если к этому времени уголовное дело еще не возбуждено.

В плане оценки допустимости доказательств, полученных на основе результатов ОРД, существуют еще две проблемы. Одна из них связана с разграничением законного производства ОРМ и ОРМ, представляющих собой провокацию преступления. Чаще всего конкретные ситуации, требующие указанного разграничения, возникают при производстве таких ОРМ, как «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент».

В неоднократно упомянутом ранее Обзоре Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2012 г. на основе решений Европейского Суда по правам человека по делам «Худобин против Российской Федерации», «Ваньян против Российской Федерации», «Банникова против Российской Федерации», «Тейшера де Кастро против Португалии» приведены основные критерии разграничения правомерной ОРД и действий, носящих провокационный характер:

- сотрудники полиции не должны прямо или косвенно склонять лицо к совершению преступления;
- документироваться должны действия, которые разрабатываемое лицо совершает в условиях свободы воли и выбора варианта своего поведения;
- объективные обстоятельства свидетельствуют, что преступление было бы совершено и без всякого вмешательства сотрудников полиции или лиц, привлекаемых к негласному сотрудничеству с этими органами.

Как правило, при соблюдении требований Закона об оперативно-розыскной деятельности при производстве ОРМ и надлежащем обосновании их производства суды признают допустимость полученных результатов ОРД в доказывании. Чаще проблемы возникают при ана-

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision16993.pdf> (дата обращения: 16.01.2017).

лизе характера разговоров разрабатываемого лица с оперативным работником или с лицом, оказывающим негласное содействие, когда сторона защиты пытается установить наличие в таких разговорах элементов угрозы, психологического давления (например, длительного уговора, побуждение корыстной заинтересованности и др.) для принятия определенного решения, использование обмана и т. п. и затем истолковать это как признаки провокации. Поскольку с уголовно-процессуальной точки зрения такие действия защиты в принципе не запрещены законом, рекомендации о действиях, направленных на предупреждение или нейтрализацию пограничной (законность – провокация) ситуации, могут быть даны в рамках научных и учебных разработках по теории ОРД и криминалистике и в данном учебном пособии не затрагиваются.

Второй проблемой, представляющей теоретико-правовой интерес, является оценка допустимости такого доказательства, как показания свидетеля, когда последним выступает лицо, негласно сотрудничающее с органами, осуществляющими ОРД, которое, осуществляя по заданию оперативного подразделения разработку подозреваемого или обвиняемого, находящегося в условиях лишения свободы, входит к нему в доверие и получает сведения об обстоятельствах совершения преступления подозреваемым или обвиняемым.

Эта проблема состоит в двух непростых аспектах:

1) в правовом, заключающемся в возможности использования в доказывании показаний свидетеля, хотя и могущего указать источник своей осведомленности, но все же по своей сути являющимися пересказом чужих слов;

2) в психологическом, поскольку вряд ли можно считать, что в условиях содержания под стражей, особенно длительного, сообщенные подозреваемым или обвиняемым сведения давались в условиях полной свободы воли. Опубликованная судебная практика по данному вопросу отсутствует, правовая норма, определяющая правовое положение свидетеля (ст. 56 УПК России), не устанавливает никаких особенностей в оценке показаний такого свидетеля с точки зрения их допустимости. Объем и назначение данного учебного пособия не дают возможности проведения подробного анализа данной ситуации, особенно по второму ее аспекту, требующему специального междисциплинарного исследования.

**Выводы:**

1) теория «о плодах отравленного дерева», состоящая в признании недопустимости всех доказательств, в том числе полученных в полном соответствии с законом, если они были производны от доказательства, полученного с нарушением закона (недопустимого доказательства), не получила распространения в отечественном уголовном судопроизводстве;

2) уголовно-процессуальный закон не предусматривает «асимметрии доказательств», согласно которой наступают противоположные юридические последствия в зависимости от того, обвинительный или оправдательный характер носило доказательство, признанное недопустимым;

3) использование результатов ОРД в доказывании осуществляется посредством проверки фактических данных, представленных как указанные результаты, путем производства следственных или иных процессуальных действий;

4) тождественность предмета доказывания по уголовному делу и предмета познания методами ОРД при осуществлении оперативного сопровождения предварительного расследования, общность содержательного понимания доказательств и результатов ОРД как «сведений» создает предпосылку к изменению формулировки ст. 89 УПК России.

**Проблемы:**

1) Верховным Судом Российской Федерации, Конституционным Судом Российской Федерации и учеными высказаны различные позиции о соотношения результатов ОРД и уголовно-процессуальных доказательств: от фактического отождествления до противопоставления информации, получаемой при осуществлении ОРМ, и сведений, получаемых при производстве следственных действий;

2) стороной защиты в качестве обоснования ходатайств об исключении доказательств, сформированных на основе результатов ОРД, выступают: нарушение установленного порядка производства ОРМ и использованием специальных технических средств; проведение ОРМ вопреки установленным законом целям ОРД или в тех случаях, когда имелась реальная возможность собирания доказательств уголовно-процессуальными средствами; нарушения уголовно-процессуального закона при проверке результатов ОРД;

3) проблема разграничения законной ОРД и провокации преступления разрешена лишь в общих чертах и требует дальнейшего исследования именно в уголовно-процессуальных аспектах.

### **§ 3. Допустимость доказательств в международном уголовном процессе и в практике Европейского Суда по правам человека**

Международная уголовная юстиция в лице Международного уголовного суда и трибуналов, создаваемых Организацией Объединенных Наций в связи с событиями в тех или иных странах (Сьерра-Леоне, бывшей Югославии, Косово и др.), с принятия Устава Нюрнбергского трибунала придерживается правила, согласно которому международный суд устанавливает и применяет возможно более быструю и не осложненную формальностями процедуру и допускает любые доказательства, которые, по его мнению, имеют доказательную силу.

По мнению известного итальянского ученого в области международного публичного права Антонио Кассесе (A. Cassese), возникновение этого правила было обусловлено двумя основными факторами: во-первых, международное уголовное правосудие всегда осуществляется профессиональными юристами, чаще всего занимающими в своих государствах посты судей или прокуроров и вследствие этого обладающими необходимыми знаниями и опытом для того, чтобы объективно оценить доказательную ценность каждого свидетельства; во-вторых, особенности международной уголовной юстиции требуют, чтобы суды были гибкими и руководствовались прежде всего потребностью гарантировать справедливое судебное разбирательство<sup>1</sup>.

Впоследствии это правило нашло нормативное отражение в ч. 4 и 7 ст. 69 «Доказательства» Римского статута Международного уголовного суда: «Суд может в соответствии с Правилами процедуры и доказывания вынести решение об относимости или допустимости любых доказательств, принимая при этом во внимание, наряду с прочим, их силу, а также вред, который такие доказательства могут причинить проведению справедливого судебного разбирательства или справедливой оценке показаний свидетеля. ... Доказательства, которые получены в результате нарушения положений настоящего Статута или международно признанных прав человека, не являются допустимыми, если: а) нарушение порождает серьезные сомнения в достоверности доказательств; или б) допуск доказательств был бы

---

<sup>1</sup> Cassese A. *Diritto internazionale*. Vol. 1. – I lineamenti, Bologna, Il Mulino, 2003. P. 422.

несовместим с добросовестным проведением разбирательства и наносил бы ему серьезный ущерб»<sup>1</sup>.

В свою очередь ч. 2 Правила 63 «Общие положения, касающиеся доказательств» Правил процедуры и доказывания Международного уголовного суда<sup>2</sup> установила, что: «Палата в соответствии с дискреционными полномочиями ... правомочна беспрепятственно оценивать все представленные доказательства, чтобы определить их относимость или допустимость»; в Правиле 64 определена процедура, связанная с оценкой относимости и допустимости доказательств.

В уставах трибуналов, созданных по конкретным государствам, содержатся еще более детальные правила, относящиеся к допустимым доказательствам. Так, пункт «D» правила 89 «Общие положения» Правил процедуры и доказывания Международного трибунала по бывшей Югославии установил, что Палата может исключить доказательство, если его доказательная ценность существенно перевешивается потребностью гарантировать справедливый суд («A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial»)<sup>3</sup>.

С. Дмитриевский в связи с этим отмечает, что «Прецедентное право Международного трибунала по бывшей Югославии (в делах Элисича, Кунараца, Квачки, Делалича и др.) устанавливает, что суды должны исключить доказательство, которое получено в нарушение фундаментальных принципов права, например, в случае нарушений фундаментальных гарантий прав человека (типа свидетельства, полученного под пытками)»<sup>4</sup>. Представляет интерес, что на основе прецедентного права Международного военного трибунала в Нюрнберге в последующих международных трибуналах стали, в принципе, допускаться как доказательства показания свидетелей, данные под присягой вне судебного заседания, что не характерно для состязательного уголовного процесса.

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Организации Объединенных Наций. URL: [http://www.un.org/ru/law/icc/rome\\_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf) (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Rules of Procedure and Evidence. Официальный сайт Международного уголовного суда. URL: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>3</sup> Официальный сайт Международного трибунала по бывшей Югославии. URL: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT032Rev50\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf) (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>4</sup> Международное уголовное право // Библиотека Вестника международного уголовного правосудия. М., 2012.

Следует отметить, что в международной уголовной юстиции проблема признания допустимости доказательств по уголовным делам обострилась в связи с созданием так называемых «гибридных трибуналов» и дальнейшей модернизации полномочий как Международного уголовного суда, так временных трибуналов.

Гарольд Кох (H. Koh) в статье «Международная уголовная юстиция версии 5.0»<sup>1</sup> поясняет, что такого рода трибуналы (по Сьерра-Леоне, Камбодже и Ливану) создавались в связи с невозможностью в связи с внутрисударственной ситуацией воспользоваться национальной судебной системой для наведения конституционного порядка.

«Гибридность» состоит в том, что: 1) составы трибуналов каждый раз имели международный характер; 2) трибуналы функционировали не на нейтральной территории, а в государствах, по проблемам которых они были созданы; 3) трибуналы руководствовались своими уставами и национальным уголовным и уголовно-процессуальным законодательством. Первое и третье обстоятельства обусловили сложности в оценке допустимости доказательств.

Рассматривая далее переход международной уголовной юстиции к «версии 4.0», а в отдаленной перспективе – к «версии 5.0», Г. Кох отмечает, что наличие в мире нескольких правовых систем и различия национальных законов о доказательствах даже в пределах одной правовой системы, объективно обуславливают обострение проблем оценки допустимости доказательств<sup>2</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод, что в соответствии с достаточно широко понимаемым принципом свободы оценки доказательств международное уголовное правосудие характеризуется достаточно гибким подходом к оценке допустимости доказательств, что обусловлено необходимостью принимать во внимание лишь наиболее существенные нарушения прав и свобод личности.

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) при рассмотрении им жалоб по конкретным делам сформулировал позицию о том, что установление конкретных оснований для признания доказательств недопустимыми относится к национальной компетенции государств.

---

<sup>1</sup> Koh Harold H. International Criminal Justice 5.0 // Официальный сайт Государственного департамента США. URL: <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/200957.htm> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Koh Harold H. International Criminal Justice 5.0 // Официальный сайт Государственного департамента США. URL: <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/200957.htm> (дата обращения: 16.01.2017).

При решении вопроса о допустимости доказательств этот суд находит необходимым учитывать предоставление обвиняемому возможности оспаривать достоверность этих доказательств и возражать против их использования; соразмерять общественный интерес в расследовании конкретного преступления и интересы обвиняемого по исключительно законному собиранию доказательств обвинения; учитывать их доказательственную ценность, а также то, в какой мере обстоятельства их собирания ставят под сомнение их достоверность (постановления Европейского Суда по правам человека от 11 июля 2006 г. по делу «Ялло против ФРГ»<sup>1</sup>, от 10 марта 2009 г. по делу «Быков против Российской Федерации»<sup>2</sup>, от 1 июня 2010 г. по делу «Гэфген против ФРГ»<sup>3</sup>).

Вместе с тем, ЕСПЧ рассматривает как автоматически недопустимые доказательства, полученные с нарушением ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод о запрете пыток, ни бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. Однако необходимо отметить, что в последнее время в некоторых государствах стал подниматься вопрос о признании возможности в исключительных ситуациях признания допустимыми доказательства, полученные с нарушением ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Так, в ходе состоявшегося 3–4 мая 2012 г. II Конгресса международной организации адвокатов по уголовным делам в Института криминологии и правосудия (Бордо, Франция), профессор Кристиан Яагер (Jaëger) представил следующую информацию, интерпретирующую упомянутое ранее решение ЕСПЧ по делу Гэфген против ФРГ. В июне 2010 г. в ФРГ был похищен 11-летний ребенок. Полиция задержала одного из предполагаемых похитителей и, не зная, что к этому времени ребенок был уже убит, заместитель начальника полиции и уполномоченный инспектор угрожали задержанным пыткой, если подозреваемый не укажет местонахождение ребенка. Впоследствии в суде стороной защиты был поставлен вопрос о признании недопус-

---

<sup>1</sup> Case of Jalloh v. Germany (application no. 54810/00 11 July 2006) // Официальный сайт ЕСПЧ. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1018815&Site=COE&direct=true> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>2</sup> Case of Bykov v. Russia (application no. 4378/02 14 October 2010) // Официальный сайт ЕСПЧ. URL: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2003-024271.pdf> (дата обращения: 16.01.2017).

<sup>3</sup> Case of Gäfgen v. Germany (application no. 22978/05 30 June 2008) // Официальный сайт ЕСПЧ. URL: [http://www.redress.org/ECHR\\_judgment\\_Gafgen\\_v\\_Germany\\_June\\_2008.pdf](http://www.redress.org/ECHR_judgment_Gafgen_v_Germany_June_2008.pdf) (дата обращения: 16.01.2017).

тими показаний подозреваемых, полученных под угрозой пытки. Национальный суд, отметив, что полученное под угрозой пытки доказательство не должно использоваться, все же не исключил доказательство, поскольку в судебном заседании подозреваемый, будучи предупрежден о праве хранить молчание, подтвердил показание, ранее данное им в полиции и в итоге суд приговорил обоих похитителей к пожизненному заключению<sup>1</sup>.

Однако ЕСПЧ в своем решении занял позицию о том, что даже в случае, когда не только насилие, но и даже угроза его применения, в приведенной ситуации ни морально, ни юридически не оправдано. По мнению докладчика, само по себе наличие диаметрально противоположных позиций национального суда и ЕСПЧ свидетельствует о постепенном формировании пока что находящейся в зачаточном состоянии позиции о принципиальной возможности отступления от ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, когда речь идет о получении показаний, потенциально дающих возможность спасти жизнь человека или многих людей.

Профессор университета в Марракеше Анас Тальби (Talbi) со своей стороны отметил, что «с точки зрения бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, прецедентное право Марокко не придерживается четко позиции ЕСПЧ» («il regrette qu'en matière de traitements inhumains et dégradants, la jurisprudence marocaine n'ait pas pris de position aussi claire que la CEDH»)<sup>2</sup>. Хотя Марокко не является участником Конвенции о защите прав человека и основных свобод, отклонение этого государства от принятого в подавляющем числе стран мира следования запрету пыток, как и указанный ранее пример события в ФРГ, свидетельствуют о формировании неоднозначных подходов к абсолютной недопустимости доказательств, полученных с нарушением основных прав личности, когда речь идет о спасении жизни других людей. Данная проблема не является чисто уголовно-процессуальной и требует глубокого междисциплинарного научного исследования.

---

<sup>1</sup> La prevue pénale. Problèmes contemporains en droit compare // II congrès du Comité international des pénalistes francophones organize par l'Institut de sciences criminelles et de la Justice (ISCJ). Jeudi 3 et vendredi 4 Mai 2012. Bordeaux : ISCJ, 2012. P. 5–6.

<sup>2</sup> La prevue pénale. Problèmes contemporains en droit compare // II congrès du Comité international des pénalistes francophones organize par l'Institut de sciences criminelles et de la Justice (ISCJ). Jeudi 3 et vendredi 4 Mai 2012. Bordeaux : ISCJ, 2012. P. 11–12.

Зарубежные юристы поднимают ряд проблем, возникающих в национальных уголовных процессах при расследовании и судебном рассмотрении уголовных дел о транснациональных преступлениях, когда собирание доказательств осуществляется на территории различных государств.

Л. Б. Винтер отмечает, что эти проблемы обусловлены тем, что каждое государство имеет собственные национальные особенности в процессуальном порядке собирания и оценки доказательств, в том числе и с точки зрения допустимости; эти правила могут в значительной мере не совпадать с правилами конечного получателя этих доказательств<sup>1</sup>. Напоминая далее позицию ЕСПЧ о том, что вопросы регулирования оценки допустимости доказательств находятся в компетенции национального права и судебной практики, Л. Б. Винтер все же высказывает мнение о необходимости установления признаваемых бы всеми государствами – членами Евросоюза рамочных критериев допустимости (недопустимости) доказательств. Например, она считает, в частности, что использование незаконно полученных доказательств не исключается в принципе (*the use of unlawfully obtained evidence is not excluded as a matter of principle*). При этом автор делает оговорку о том, что в таком случае должен быть исследован «путь доказательств» (*the way the evidence*) и оценена в условиях справедливого судебного разбирательства их роль в контексте установления обстоятельств дела<sup>2</sup>. Следует согласиться, что Л. Б. Винтер затронула интересные и в определенной степени актуальные и для российского уголовного процесса, которые, к сожалению, не могут быть достаточно подробно проанализированы в рамках данного учебного пособия.

#### **Выводы:**

1) международное уголовное правосудие характеризуется достаточно гибким подходом к оценке допустимости доказательств, что обусловлено необходимостью принимать во внимание лишь наиболее существенные нарушения прав и свобод личности;

2) Европейский Суд по правам человека признает абсолютно недопустимыми доказательства, полученные с нарушением ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В отношении других критериев допустимости доказательств, ЕСПЧ формулирует их

---

<sup>1</sup> Lorena B. Winter. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law // Utrecht Law Review*. Vol. 9, Issue 4 (September), 2013. P. 128.

<sup>2</sup> Там же. С. 130.

рамочно, оставляя конкретизацию на усмотрение национальных законодателей, и предоставляет достаточно широкую возможность судебного усмотрения в оценке допустимости доказательств.

**Проблема:**

некоторые подходы ЕСПЧ к оценке допустимости доказательств, полученных на основе результатов негласной полицейской деятельности, противоречат теоретико-правовым подходам к использованию результатов ОРД в доказывании по уголовным делам в России.

**§ 4. Вопросы допустимости доказательств в теории, правовом регулировании и практике уголовного процесса некоторых зарубежных стран**

Представляет несомненный интерес обращение к основным теоретическим положениям, правовому регулированию и судебной практике государств семей общего и континентального (романо-германского) права, связанным с оценкой допустимости доказательств в уголовном процессе.

Однако, прежде чем анализировать данные вопросы в рамках национального уголовно-процессуального права, необходимо отметить некоторые специфические положения, присущие (безусловно, в различной степени) доказательственному праву большинства стран.

Во-первых, уголовно-процессуальные законы многих государств регулируют процессуальную форму получения доказательств лишь в отношении субъектов предварительного расследования, при этом, в отличие от ч. 3 ст. 86 УПК России, не определяя исчерпывающего перечня способа собирания доказательств адвокатом-защитником. Законодатели таких стран исходят из презумпции запрета получения доказательств стороной защиты посредством совершения действий, которые в силу прямого указания уголовно-процессуального закона входят в исключительную компетенцию органа или должностного лица, осуществляющего предварительное расследование (полиции, следователя, следственного судьи) и из общего запрета получения доказательств в нарушение ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (для государств – участников Конвенции) или аналогичной ей ст. 5 Всеобщей декларации прав и свобод человека<sup>1</sup> (для

---

<sup>1</sup> Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 10 декабря 1948 г. // Официальный сайт ООН. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/declhr.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml) (дата обращения: 16.01.2017).

других государств). Любые способы собирания доказательств стороной защиты, не входящие в противоречие с этими концептуальными положениями, в общем признаются допустимыми. Таким образом, возможности стороны защиты по способам получения доказательств значительно шире, нежели в России.

Во-вторых, за исключением относительно небольшого числа государств (США и др.), иностранные уголовно-процессуальные доктрины, а вслед за ними законодательство и судебная практика, исходят из необходимости достижения максимально возможного баланса между обеспечением прав и свобод личности в уголовном процессе, с одной стороны, а с другой стороны, достижения «истины» или «интересов правосудия» (при различии терминологии речь идет в сущности об одном и том же), что в сочетании с принципом свободы оценки доказательств позволяет суду достаточно широкие возможности при оценке допустимости доказательств опираться более на «внутреннее убеждение», нежели формально следовать нормативным положениям.

В-третьих, уголовно-процессуальное право государств континентальной правовой семьи и семьи общего права автоматически признают недопустимыми доказательства, полученные вследствие применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, а также с нарушением права на защиту или привилегии против самоговора. В связи с этим вопросы признания доказательств недопустимыми по перечисленным основаниям детально не анализируются.

Кратко рассмотрим основные теоретико-правовые положения, относящиеся к оценке недопустимости доказательств в некоторых конкретных государствах. Наиболее подробный материал касается уголовно-процессуального законодательства Итальянской Республики, Королевства Испании и Французской Республики, в котором, по нашему мнению, прослеживаются наиболее интересные нормы, касающиеся вопросов допустимости доказательств в уголовном процессе.

#### **А. Государства континентальной правовой семьи**

*Федеративная Республика Германия.* В УПК ФРГ отражен институт запретов доказывания (*Beweisverbote*), под которым принято понимать совокупность уголовно-процессуальных норм, устанавливающих определенные границы использования доказательств в процессе доказывания. Запреты доказывания классифицируются на три группы: 1) запреты предмета доказывания; 2) запреты средств дока-

звания и 3) запреты методов доказывания. Первая группа запретов связана с преюдицией и погашенными судимостями. Вторая группа запретов связана с особым правовым статусом или наличием правового иммунитета лица, в отношении которого проведено следственное или судебное действие. К третьей группе относятся запреты, вытекающие из положений ст. 136а УПК ФРГ о запрещенных методах допроса.

В отличие от ст. 9 УПК России, названная норма УПК ФРГ не ограничивается общим указанием на недопустимость унижения человеческого достоинства, создания опасности для жизни и здоровья человека, применения насилия, пыток и другого жестокого или унижающего человеческого достоинство обращения, а содержит достаточно детальный перечень запрещаемых действий (интересно, наряду с запретом пыток, физического или психического воздействия, прямо упоминается о недопустимости обмана, обещания не предусмотренных законом льгот, введения допрашиваемого в состояние гипноза и др.). К этой же группе недопустимых доказательств относятся такие, которые получены: с нарушением правил, специально установленных для производства отдельных следственных действий (например, требующих предварительного судебного разрешения или последующей безотлагательной судебной проверки); провокации со стороны полиции или иного правоохранительного органа; фальсификации доказательств.

Абсолютно недопустимыми закон считает доказательства, полученные с нарушением права обвиняемого на защиту (§ 168с, 168d УПК ФРГ). В уголовном процессе ФРГ в подходах к оценке доказательств как недопустимых просматривается определенная общность с подходами российского УПК. Вместе с тем, имеются особенности в процедуре исключения недопустимых доказательств. Так, если решение об исключении доказательств по УПК России может иметь место как в досудебном производстве и в стадии подготовки к судебному заседанию, так и в стадии судебного разбирательства в суде первой инстанции, в ФРГ исключение недопустимых доказательств возможно только в процессе судебного разбирательства в суде первой инстанции.

Несмотря на скрупулезную детализацию в УПК ФРГ правил собирания доказательств, до Верховного Суда ФРГ зачастую доходят интересные уголовные дела, подобные которым практически невозможно встретить в публикуемой судебной практике Верховного Суда

Российской Федерации, и по таким ситуациям высший судебный орган ФРГ принимает отличающиеся своей оригинальностью решения. Иллюстрацией сказанного может служить решение от 22 декабря 2011 г. № 2 StR 509/10 <sup>1</sup>.

Судом первой инстанции был осужден гр-н S. и двое его сообщников за убийство жены S. В процессе расследования преступления проводилось прослушивание разговоров в машине S. на основании судебного ордера, выданного в порядке § 100F УПК ФРГ. Среди прочего были записаны монологи S., из которых следовало, что у него было намерение убить свою жену и что впоследствии было сделано группой с его участием. Вынося обвинительный приговор, суд первой инстанции допустил в качестве доказательства аудиозаписи указанных монологов. Суд апелляционной инстанции не нашел оснований к отмене или изменению приговора. Уголовная палата Верховного Суда ФРГ (Bundesgerichtshof) при рассмотрении в ревизионном порядке жалобы стороны защиты высказала следующие суждения: 1) законность тайного мониторинга разговоров в личном автомобиле S. несомненна; 2) находясь в своем автомобиле S. и ведя размышления вслух, S. мог считать себя защищенным от внешнего вмешательства; 3) такие мысли вслух не являются разговором с иными лицами и представляют собой элемент внутреннего мира личности, конституционно защищаемого. На основании этих суждений суд сделал вывод, что даже при законном проведении мониторинга переговоров данный монолог был недопустимым для использования в доказывании. С высокой степенью уверенности можно сказать, что в России такие аудиозаписи были бы признаны допустимыми в доказывании, поскольку порядок их получения соответствовал закону, а прослушивание в целях раскрытия преступления соответствует задачам ОРД.

В аспекте темы настоящего учебного пособия представляется целесообразным отметить присутствие в УПК ФРГ правовых норм, регулирующих основания, условия и порядок производства автоматического сравнения и передачи личных данных (§ 98a); контроля телекоммуникаций (§ 100a); контроля и записи переговоров в жилище (§ 100c)<sup>2</sup>. Все эти меры осуществляются без ведома лиц, права которых они затрагивают. Поскольку эти меры прямо предусмотрены

---

<sup>1</sup> Сайт судебной информации ФРГ по уголовным делам «HRR-Strafrecht.de». URL: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/10/2-509-10.pdf>.

<sup>2</sup> Эти меры являются аналогами ОРМ, предусмотренных пп. 7, 9 – 11 ст. 6 Закона об оперативно-разыскной деятельности.

УПК ФРГ, то при условии соблюдения требований указанных правовых норм, получаемые результаты приобретают статус процессуальных доказательств. Таким образом, в уголовном процессе не возникает целый ряд проблем, подобных имеющимся в уголовном процессе России при использовании результатов ОРД в доказывании по уголовным делам.

*Французская Республика.* УПК Франции содержит самое общее положение, касающееся исключения недопустимых доказательств. Статья 427 этого кодекса устанавливает: «За исключением случаев, когда закон предусматривает иное, преступление может быть доказано любым видом доказательств, которые судья оценивает в соответствии с его внутренней убежденностью». Обобщающее положение, подобное ч. 1 ст. 75 УПК России, в УПК Франции отсутствует. В вопросах допустимости доказательств суды ориентируются на позиции ЕСПЧ, о чем прямо говорится в исследовании Кассационного суда Франции 2004 г.<sup>1</sup> Хотя право Франции, в том числе и уголовно-процессуальное, не характеризуется как прецедентное, однако национальная судебная практика оценки допустимости доказательств по уголовным делам в значительной степени основана на толковании Кассационным судом Франции ситуаций по конкретным уголовным делам применительно к критериям ЕСПЧ, приводимым в его текущей судебной практике, а в последнее время – также в соответствующем руководстве ЕСПЧ<sup>2</sup>. Таким образом, в случаях отсутствия прямой оговорки в законе о недопустимости того или иного доказательства в случае нарушения правил его получения, у судьи остается определенная возможность личного усмотрения при решении вопроса об исключении доказательств в законе.

Для французского уголовного процесса характерен так называемый принцип лояльности (*principe de loyauté*)<sup>3</sup> в получении доказательств. Данный принцип, если раскрывать его в самом обобщенном виде, состоит в запрете использования официальными лицами (судебной

---

<sup>1</sup> La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) // Официальный сайт Кассационного суда Французской Республики. URL: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2004\\_173/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_176/tudes\\_diverses\\_179/travers\\_quelques\\_6401.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/travers_quelques_6401.html).

<sup>2</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria. The 3-th ed. // Council of Europe. – Strasbourg, 2014.

<sup>3</sup> В работах некоторых отечественных ученых данный термин переводится как «принцип порядочности».

полицией<sup>1)</sup> различного рода уловок при собирании ими доказательств. Теория французского уголовного процесса отграничивает его от принципа законности (*le principe de légalité*). Принцип законности рассматривается как требующий соблюдения юридических правил, в то время как принцип лояльности «относится к правилам поведения, которого должны придерживаться государственные органы при поиске доказательств» (*renvoie à une norme de comportement devant être adoptée par les autorités publiques dans la recherche des preuves*)<sup>2</sup>.

Хотя принцип лояльности доказательств прямо не предусмотрен УПК Франции и основан на прецедентной судебной практике, 6 марта 2015 г. Кассационный суд Франции на пленарном собрании подтвердил «необходимость для сотрудников полиции, действующего на основании своих полномочий по предварительному расследованию, осуществлять свои следственные методы с соблюдением принципа лояльности доказательств и права подозреваемого не способствовать компрометации самого себя»<sup>3</sup>, что обусловило в случае признания этим судебным органом факта нарушения рассматриваемого принципа принимать решения о недопустимости доказательств. Кассационная практика знает значительное число отмененных приговоров и апелляционных решений нижестоящих судов в связи с несоблюдением принципа лояльности, что характеризует этот принцип как имеющий обязательный юридический характер.

Теория французского уголовно-процессуального права, поддержанная текущей судебной практикой, признает два основных вида недопустимости (недействительности) доказательств: текстуальную (*nullites textuelles*) и существенную (*nullites substantielles*).

К первому виду относятся те случаи, когда порядок проведения следственного действия, направленного на собирание доказательств, прямо предусмотрен законом с одновременным предупреждением

---

<sup>1</sup> «Police judiciaire». Собирательный термин, означающий во французском уголовно-процессуальном праве совокупность государственных органов и должностных лиц, уполномоченных в пределах установленной для них законом компетенции, осуществлять предварительное расследование. Перечень должностных органов и лиц, входящих в судебную полицию, содержится в ст. 12 УПК Франции.

<sup>2</sup> Ollard R. Quand le principe de la loyauté de la preuve déploie ses effets en procédure pénale // *Lexbook – Revues, La lettre juridique n° 607 du 2 avril 2015*. P. 2.

<sup>3</sup> Touillier M. La volonté des enquêteurs de « tout voir et tout savoir » en garde à vue à l'épreuve des droits fondamentaux du suspect: Loyauté des preuves et droit de ne pas s'auto-incriminer (Art. 6 CEDH et Art. préliminaire CPP) // *La Revue des Droits de l'Homme, Mai, 2015*. URL: <https://revdh.revues.org/1091>.

правоприменителя о необходимости соблюдения установленного порядка под страхом недействительности доказательств (например, ст. 59 УПК Франции о правилах производства обыска в определенных местах). Таким образом, вполне очевидно, что к этому виду могут быть отнесены доказательства, полученные только судебной полицией или следственным судьей с нарушением принципов законности и лояльности.

Второй вид образуют доказательства, в отношении которых закон прямо не содержит указанное выше предупреждение правоприменителю, но «важность его положений делает неприемлемым отказ от исполнения нормативных предписаний» («ses dispositions rend inacceptable le non-respect de ces dernieres») <sup>1</sup>. В таком случае нарушение предписаний о процессуальной форме получения доказательств оценивается судом опять же исходя из принципа лояльности и, кроме того, на основе общих требований ст.ст. 171 и 802 УПК Франции, – степени существенности нарушения прав другой стороны.

Необходимо при этом отметить, что решением Конституционного совета Франции от 2 марта 2004 г. № 2004-492 по существу допущено расширение оснований признания доказательств допустимыми: в случаях совершения при отягчающих обстоятельствах преступлений организованными преступными группами, допущенные в процессе собирания доказательств нарушения «могут быть освобождены от ничтожности» («puissent etre exonerés de nullité») <sup>2</sup>. Позже соответствующие положения вошли в ст. 706-73 УПК Франции.

*Итальянская Республика.* В отличие от многих государств континентальной правовой семьи, уголовно-процессуальная доктрина Италии наиболее последовательно придерживается точки зрения о том, что формирование доказательственной базы по уголовному делу должно происходить преимущественно в суде. Вследствие этого результаты предварительного расследования обычно рассматриваются судом не как доказательства, а как информация и суд оценивает только те доказательства, которые предъявлены и исследованы в судебном заседании. Исключение составляют случаи, когда речь идет о вещественных доказательствах, полученных в процессе предвари-

---

<sup>1</sup> Luciani Fabrice R. La nullité des actes de procédure (Les exceptions de procédure) // Сайт юристов Франции «LegaVox». URL: <http://www.legavox.fr/blog/fabrice-r-luciani/nullite-actes-procedure-exceptions-procedure-16896.htm#.V3OKfk3WhgU>.

<sup>2</sup> Décision № 2004-492 DC du 2 mars 2004 // Journal officiel du 10 mars 2004, texte № 4 Recueil.

тельного расследования либо о таких результатах расследования, которые невозможно проверить повторным проведением в суде определенного процессуального действия (например, показания свидетеля, умершего к моменту судебного разбирательства, обыск, прослушивание телефонных переговоров и др.).

Вопросы признания доказательств недопустимыми регулируются в Книге третьей УПК Италии.

Статьи 178–180 УПК Италии выделяют группу обстоятельств, при наличии которых полученные доказательства признаются абсолютно недопустимыми (*nullità assoluta*). К ним относятся: 1) рассмотрение уголовного дела судьями, не обладающими надлежащими полномочиями или незаконным составом суда; 2) инициатива прокурора о начале уголовного преследования, осуществленная с нарушением порядка, установленного УПК Италии; 3) судебное разбирательство в отсутствие обвиняемого и/или его защитника, если участие этих участников уголовного судопроизводства является обязательным по закону; 4) влияние обвиняемого или связанных с ним лиц (включая адвоката, осуществляющего защиту), на условия формирования показаний потерпевшего<sup>1</sup>. Признаются абсолютно недопустимыми доказательства, полученные в условиях нарушения права на защиту в стадии предварительного расследования (если следственная информация вводится в судебное разбирательство в рассмотренном ранее порядке). Например, нарушение установленного ст. 364 УПК Италии порядка обеспечения обвиняемого защитником влечет признание полученных в ходе расследования результатов недопустимыми доказательствами в суде, на что прямо указывается в ч. 6 данной правовой нормы.

Уголовно-процессуальному праву Италии свойственно деление доказательств на типичные<sup>2</sup> (*prova «tipici»*) и на нетипичные (*prova «atipiche»*)<sup>3</sup>. Основания, условия и порядок получения (собираания) типичных доказательств урегулированы нормами УПК Италии, при этом в каждой такой правовой норме содержится оговорка о недействительности доказательства в случае несоблюдения требований закона.

---

<sup>1</sup> Под последним обстоятельством имеется в виду активное воздействие (угрозы, подкуп и т. п.).

<sup>2</sup> Данный термин более правильным было бы перевести не буквально, а как доказательства, полученные в установленном законом порядке.

<sup>3</sup> Такой термин используется в итальянской научной и учебной литературе. Статья 189 УПК Италии прибегает к более емкому наименованию «доказательства, не регулируемые законом» (*prove non disciplinate dalla legge*).

К типичным доказательствам относятся такие, собрание которых отнесено законом к исключительной компетенции должностных лиц, осуществляющих предварительное расследования: 1) показания (заявления) свидетеля (*la testimonianza*) – ст.ст. 194–207 УПК Италии; 2) показания (заявления) сторон (*l'esame delle parti*) – ст.ст. 208–210 УПК Италии; 3) очная ставка (*i confronti*<sup>1</sup>) – ст.ст. 211–212 УПК Италии; 4) опознание предметов (*le ricognizioni*) – ст.ст. 213–217 УПК Италии; 5) судебный эксперимент (*gli esperimenti giudiziari*) – ст.ст. 218–219 УПК Италии; 6) заключение экспертизы (*la perizia*) – ст.ст. 220–223 УПК Италии; 7) вещественное доказательство (*i documenti, la prova documentale*) – ст.ст. 234–243 УПК Италии. При этом необходимо отметить, что в силу указанного ранее подхода к оценке результатов предварительного расследования как информации, а не как доказательств, уголовное дело, содержащее процессуальные документы, отражающие результаты следственных действий, не передаются суду (судье), а находится у прокурора и доступно для стороны защиты. Сторонам разрешается использовать для доказывания информацию, полученную при предварительном расследовании, только в случае возникновения необходимости поставить под сомнения достоверность показаний свидетеля, даваемых суду. В ином случае принять во внимание показания, которые были даны на предварительном расследовании, суд может в целях оценки степени доверия к свидетелю, однако при этом указанные показания не могут расцениваться как доказательство<sup>2</sup> и ложиться в обоснование приговора. Поэтому вопросы исключения «типичных» доказательств на практике возникают достаточно редко и, как правило, лишь в отношении не повторимых в судебном разбирательстве процессуальных действий. В любом случае при введении в процесс доказывания результатов предварительного расследования суд должен посредством процедуры перекрестного допроса лиц, проводивших эти действия или участвовавших в их проведении, установить допустимость использования этих результатов. Здесь следует отметить, что те следственные действия, которые предусмотрены УПК Италии, имеют очень высокую степень регулирования оснований и условий их проведения. Так, производство такого следственного действия, как допрос, прямо рег-

---

<sup>1</sup> В дословном переводе слово «*i confronti*» означает «сравнение».

<sup>2</sup> Nappi A. Guida al codice di procedura penale. 10a ed. Milano: Grifantini, 2007. P. 189.

ламентировано многочисленными правовыми нормами (ст.ст. 194–207 УПК Италии).

Вторую группу составляют доказательства (нетипичные), которые могут быть получены в результате действий, не имеющих четкой правовой регламентации в УПК Италии или вообще из непредусмотренных им источников (например, такими доказательствами могут быть фактические данные, полученные в результате деятельности административных органов). В отличие от типичных доказательств, нетипичные могут быть получены не только должностными лицами, ведущими предварительное расследование, но и стороной защиты. В отношении оценки приемлемости этих доказательств в уголовном процессе суды руководствуются положениями ст. 189 УПК Италии. Эта норма предоставляет суду право ввести в процесс доказывания не предусмотренное в УПК Италии доказательство, «если оно считается подходящим для определения фактов и не ставит под угрозу моральную свободу человека» (*se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona*). Содержание «моральной свободы» раскрывается в ст. 188 УПК Италии, согласно которой «не могут использоваться, даже с согласия заинтересованного лица, способы или методы, способные воздействовать на свободу самоопределения или изменение способности вспоминать и оценивать факты»<sup>1</sup>.

Решая вопрос о допустимости «нетипичных» доказательств, судьи обычно руководствуются четырьмя критериями<sup>2</sup>:

- доказательства должны быть существенными, т. е. должны продемонстрировать существование исследуемого события (факта);
- действие, в результате которого получено доказательство, прямо не запрещено законом;
- доказательство не должно быть избыточным;
- доказательство должно быть достоверным.

Сторона, ходатайствующая об использовании в доказывании «нетипичного» доказательства, должна сообщить об основаниях, условиях и методах получения такого доказательства, противоположная сторона вправе задать необходимые вопросы, после чего суд прини-

---

<sup>1</sup> Дословно: «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

<sup>2</sup> Tonine P. Manuale di procedura penale. 13-ed. Milanj : Giuffrè Editore, 2012. P. 229–230.

мает решение о допустимости или недопустимости доказательства. При этом действует общий запрет ст. 191 УПК Италии на использование доказательств, полученных с нарушением запретов. Речь идет не только об уголовно-процессуальных запретах, а о нарушении правил получения информации, регулируемых иными законами (например, налоговыми, таможенными и др.).

В отношении как «типичных», так и «нетипичных» доказательств действуют положения ст. 195 УПК Италии, считающей недопустимыми показания о фактах, полученные со слов другого лица (исключение составляет смерть или психическое расстройство<sup>1</sup> «первоисточника» информации). При ссылке одной из сторон на следственные материалы, они могут быть признаны недопустимыми для доказывания как по ходатайству противоположной стороны. Суду дано право оценивать допустимость доказательств и без ходатайства стороны, по собственной инициативе. Исключение доказательства как недопустимого может иметь место на любом этапе судебного разбирательства (ч. 2 ст. 191 УПК Италии).

Поскольку Италия ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, в уголовном процессе этого государства абсолютно недопустимыми признаются доказательства, полученные с применением пыток, психического насилия, а также провокации совершения преступления.

*Королевство Испания.* В отличие, например, от Конституции США и даже конституций государств, во многом заимствовавших испанское законодательство<sup>2</sup>, Конституция Испании не содержит никаких указаний, прямо запрещающих использование доказательств, полученных с нарушением закона. Не вытекает вывод о недопустимости использования доказательств, полученных с нарушением закона, и из формулировки в ч. 2 ст. 24 Конституции Испании, устанавливающей право граждан на презумпцию невиновности, однако далее конституционные нормы не раскрывают содержание данного принципа.

---

<sup>1</sup> Речь идет о случае, когда психическое расстройство «первоисточника», делающее невозможным повторение своего сообщения им самим, наступило до судебного разбирательства или в ходе него, но до того, как он сделал свое сообщение другому лицу, которое впоследствии и дает показания «с чужих слов».

<sup>2</sup> Так, положения, в той или иной степени запрещающие использование доказательств, полученных с нарушением закона, содержатся в ст. 5 Конституции Бразилии, ст. 24 Конституции Гватемалы, ст. 58 Конституции Гондураса, ст. 24.14 Конституции Эквадора.

Между тем испанские ученые прямо рассматривают допустимость доказательств как важную гарантию принципа презумпции невиновности<sup>1</sup>.

В Испании уголовно-процессуальный кодекс (*Código procesal penal*)<sup>2</sup>, в отличие от УПК России, вообще не содержит отдельного раздела, посвященного институтам доказательств и доказывания. Реальной правовой основой, регулирующей подход к оценке доказательств как недопустимых, являются отдельные нормы органического<sup>3</sup> Закона о судебной власти от 1 июля 1985 г. № 6/1985 (*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*)<sup>4</sup>.

В настоящее время в уголовном процессе Испании господствует концепция, согласно которой доказательство признается недопустимым, когда следствием допущенного нарушения явилось нарушение основных (конституционных) прав личности. Эта концепция основана на правовых положениях абз. 1 ст. 7 Закона о судебной власти о том, что «права и свободы, признанные во второй главе раздела I Конституции, являются обязательными во всей своей полноте для всех судей и судов и гарантируются в рамках эффективной защиты их» и абз. 1 ст. 11 того же закона, установившего: «не имеют никакой силы доказательства прямо или косвенно полученные путем нарушения основных прав и свобод». Необходимо также отметить, что нормы УПК Испании, регулирующие порядок собирания доказательств, как правило, не содержат оговорок о том, что их несоблюдение может повлечь недействительность доказательств. Конечно, это обстоятельство нельзя расценивать как то, что соответствующие нормы

---

<sup>1</sup> См., напр.: García J.M.-G. El proceso penal Español y la prueba ilícita // *Revista de Derecho*. Vol. XVIII. – № 2. Diciembre, 2005. P. 188.

<sup>2</sup> Сайт Государственного агентства «Официальный государственный бюллетень». URL: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040\\_Codigo\\_de\\_Legislacion\\_Procesal](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal). Далее – УПК Испании.

<sup>3</sup> Согласно ст. 81.1 Конституции Испании, по ряду вопросов, в том числе касающихся конституционных прав граждан, принимаются так называемые органические законы, отличающиеся от обычных законов процедурой принятия (ст. 81.2 Конституции Испании). Основным отличием является то, что если для принятия решения по обычному законопроекту требуется большинство голосов *присутствующих* депутатов, то при голосовании по органическому закону необходимо обеспечить больше половины или половину плюс 1 голос от *общего числа* депутатов законодательного органа.

<sup>4</sup> BOE de 02 de Julio de 1985. В настоящее время действует в редакции от 6 декабря 2015 г.

УПК Испании носят рекомендательный характер, однако учитывая отмеченное ранее отсутствие в нем специальной нормы, регулирующей признание доказательств недопустимыми, порождает существенную правовую неопределенность в данном вопросе.

В таких условиях сложилась ситуация, при которой концептуальный подход к признанию доказательств недопустимыми определяется не столько законом, сколько судебной практикой, что не характерно для государств континентальной правовой семьи. Эта практика в целом основывается на положениях ранее проанализированных норм Закона о судебной власти, а также на судебной практике ЕСПЧ. В Испании в принципе допускается в определенных пределах возможность использования доказательств, полученных с нарушением установленного законом порядка, при условии, если при этом обеспечено право обвиняемого на справедливое судебное разбирательство, гарантированное ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Необходимо отметить, что формально в Испании воспринята из права США доктрина «плодов отравленного дерева».

Одним из базовых в системе судебной практики является решения Конституционного Суда Испании от 29 ноября 1984 г. № 114/1984<sup>1</sup>, ставшее хрестоматийным для учебников и монографий по уголовному процессу. Высший судебный орган в этом решении сформулировал позицию о том, что «вопрос о допустимости доказательств, полученных незаконным путем, всегда возникает на стыке интересов в связи с необходимостью выбора между установлением истины в процессе и гарантиями субъективных прав граждан» и что доказательства, полученные с нарушением закона, следует рассматривать как недопустимые для использования в тех случаях, когда допущенные нарушения «нарушили основные права, указанные в разделе 1 главы 2, которые подлежат конституционной защите в соответствии со ст. 14 Конституции». Хотя данное решение принималось по гражданскому делу (речь в нем идет об оценке допустимости в доказывании негласно записанных без судебной санкции телефонных переговоров)<sup>2</sup>, обобщенная позиция Конституционного Суда Испании была воспринята и судами, рассматривающими уголовные дела. В основу судеб-

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Конституционного Суда Испании. URL: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/367>.

<sup>2</sup> Существенное значение имело то обстоятельство, что телефонные переговоры были записаны не должностным лицом органов расследования, а иным лицом – редактором частной газеты «Информация» в г. Аликанте.

ных решений закладывается, в частности, такой критерий: если нормы УПК Испании или иного закона предусмотрели правила получения (собираения) доказательств и этими правилами в сущности гарантируют конституционно защищаемые права личности (неприкосновенность жилища, тайну почтовой, телефонной, телеграфной и иной телекоммуникационной связи и т. д.), то нарушение таких правил соответствующими государственными органами или их должностными лицами влечет признание доказательств недопустимыми в любом случае. Если речь идет о нарушении правил, не повлекших вторжение государства в конституционно защищаемые права и свободы личности или вторжение в эти права имело место со стороны частных лиц, вопрос о допустимости полученных доказательств суд разрешает после исследования всех обстоятельств, при которых такие доказательства были получены.

Формирование именно такой судебной практики дало основание ученым отметить как недостаток ст. 11 Закона о судебной власти отсутствие в ней определения «субъективных условий недействительности»<sup>1</sup> (*de condiciones subjetivas determinantes de la ilicitud*). Таким образом, судебная практика входит в определенное противоречие с законом, поскольку с точки зрения указанной правовой нормы критерии признания доказательств недействительными одинаковы независимо от того, было ли нарушение закона допущено государственным органом (его должностным лицом) или же субъектом вторжения в конституционно охраняемые права и свободы личности имели место со стороны частного физического или юридического лица. Однако законодатель до настоящего времени не воспринял позицию Конституционного Суда Испании и ст. 11 Закона о судебной власти продолжает оставаться в прежней редакции.

На основе указанного решения Верховный Суд Испании сформулировал тезис о том, что «не все доказательства, полученные из незаконного источника доказательств, также является незаконным, но только при определенных условиях» (*no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo en determinadas condiciones*)<sup>2</sup>. Однако и в такой концепции незыблемым остается ус-

---

<sup>1</sup> García J.M.-G. El proceso penal Español y la prueba ilícita // Revista de Derecho. Vol. XVIII, 2005. P. 204.

<sup>2</sup> García J.M.-G. El proceso penal Español y la prueba ilícita // Revista de Derecho. Vol. XVIII, 2005. P. 210.

ловие о недопустимости при получении (собрании) доказательств нарушений или ограничений конституционно защищаемых прав и свобод личности.

УПК Испании и судебная практика рассматривают доказательства как недопустимые, если они были получены с нарушением права на защиту (в это понятие включается также получение показаний без предварительного предупреждения о праве не свидетельствовать против самого себя).

*Республика Португалия.* Часть 1 ст. 124 УПК Португалии определяет, что предметом доказательств являются «все юридически значимые факты наличия или отсутствия преступления, уголовной ответственности или отсутствия уголовной ответственности обвиняемого, и значимые для определения наказания или применимого меры безопасности». При этом ст. 125 того же кодекса установила, что «Допустимы доказательства, не запрещенные законом» («São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei»). Статья 127 УПК Португалии формулирует правило оценки доказательств: «если законом не предусмотрено иное, доказательство оценивается в соответствии с правилами опыта и свободного суждения компетентного органа».

Поскольку ст. 126 УПК Португалии установила прямой перечень запрещенных доказательств, судебная практика этого государства занимает позицию, согласно которой только перечисленные в этой норме доказательства и способы их получения всегда признаются недопустимыми. В отношении доказательств, полученных без нарушения ст. 126 УПК Португалии, суды принимают решение о их допустимости (если стороной заявлено соответствующее ходатайство или по собственной инициативе) после исследования в условиях состязательности характера допущенного нарушения закона и степени его влияния на справедливость правосудия. Рассматриваемая правовая норма признает запрещенными доказательства, полученные:

1) с помощью пыток, принуждения, нарушения физической неприкосновенности или морального воздействия на людей;

2) с нарушением физической или моральной неприкосновенности лиц даже с их согласия, а именно, путем:

а) нарушения свободы воли или применения жестокого обращения, причинения травмы, введения любым способом в гипнотическое состояние, а также использования обмана;

б) нарушения любыми средствами объема памяти («da capacidade de memória») или мышления;

в) применения силы за пределами случаев и пределов, разрешенных законом;

г) угрозы юридически неприемлемой меры, а также с ограничением или запретом получения предусмотренных законом выгод;

е) обещания юридически недопустимого преимущества.

Данная правовая норма (ч. 3) устанавливает, что «за исключением случаев, предусмотренных законом, также являются недействительными и не могут быть использованы доказательства, полученные с путем вмешательства в частную жизнь, нарушения неприкосновенности жилища, таны переписки или телекоммуникаций без согласия владельца».

При этом представляется интересным отметить, что данное правило судебная практика не рассматривает как абсолютное. В одном из комментариев УПК Португалии указывается, что «надо различать: недействительность запрещенных доказательств, нарушающих право на физическую неприкосновенность и мораль, предусмотренных ч. 1 и 2 ст. 126 Уголовно-процессуального кодекса, которые являются неисправимыми, и недействительность запрещенных доказательств, влияющих на право на неприкосновенность частной жизни в соответствии с ч. 3 ст. 126, которая (недействительность – А.С., О.Х.) устраняется согласием правообладателя. Согласие может быть дано ... постфактум»<sup>1</sup>. Иными словами, судебная практика считает, что если согласие на ограничение определенных прав личности (не всех!) было получено уже после такого ограничения и получения интересующих следствие сведений, эти сведения допустимы в доказывании. Аналогичная позиция приводится и в научных трудах<sup>2</sup>.

Интересно, что ч. 4 ст. 126 УПК Португалии установила неизвестное уголовно-процессуальному закону правило: «если использование методов получения доказательств, предусмотренных в настоящей статье, представляют собой уголовное преступление, это может быть использовано в доказывании единственно против агентов-нарушителей».

Все доказательства (или действия, в результате которых доказательства были получены), в отношении которых возникает вопрос о недопустимости в связи с нарушением закона, разделяются на 2 вида: «непоправимые доказательства» («Nulidades insanáveis») и доказа-

---

<sup>1</sup> Pinto de Albuquerque P. Comentário do Código de Processo Penal. Lisboa : UCE, 2007. P. 329.

<sup>2</sup> Henriques Simas Santos-Leal. Código de Processo Penal Anotado -3.<sup>a</sup> edição. Vol. I. Lisboa 2008, P. 832.

тельства (или действия), недействительность которых может быть оспорена («Nulidades dependentes de arguição»). К «непоправимым доказательствам» ст. 119 УПК Португалии относят те, которые были получены:

а) незаконным составом суда;

б) в отсутствие прокурора, когда его присутствие в соответствии со ст. 48 УПК Португалии было обязательно при производстве процессуальных действий;

в) в отсутствие обвиняемого или его защитника, когда закон требует их присутствия;

г) не проведение следствие или дознания, когда оно требовалось в соответствии с законом<sup>1</sup>;

д) с нарушением правил юрисдикции суда;

е) в ходе применения специальных судебных процедур в непредусмотренных законом случаях.

Все иные случаи, когда доказательства были получены с нарушением закона, но не подпадающие под перечни ст.ст. 119 и 126 УПК Португалии, могут явиться предметом обжалования в отношении допустимости. Детально соответствующая процедура установлена ст.ст. 120 и 121 УПК Португалии.

В завершении рассмотрения вопросов допустимости доказательств в Португалии полагаем интересным привести еще одну норму, неизвестную российскому уголовно-процессуальному закону. Часть 3 ст. 122 УПК Португалии: «Объявив ничтожество судья берет на себя все действия, которые еще можно спасти от влияния этого». Данную формулировку португальские суды рассматривают как запрет действия доктрины «плодов отравленного дерева»: признание доказательства недопустимым не влечет обязанность признания недействительными связанных с ним других доказательств; судья должен оценить эти связанные доказательства с точки зрения собственной допустимости каждого из них (т. е. определить их допустимость изолированно от связи с недопустимым доказательством). Такое понимание этой нормы приведено в решении Конституционного Суда Португалии от 24 марта 2004 г. № 198/04<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Например, если после проведения полицией проверки прокурор принял решение о предъявлении перед судом обвинения и последующем проведении следствия следственным судьей, такое следствие проведено не было.

<sup>2</sup> Официальный сайт Конституционного Суда Португалии. URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040198.html> (дата обращения: 16.01.2017).

*Швейцарская Конфедерация.* Правовое регулирование нормами уголовно-процессуального законодательства вопросов оценки доказательств, в том числе и с точки зрения их допустимости, основывается на Конвенции о защите прав человека и основных свобод, прецедентной практике ЕСПЧ и положениях Союзной конституции Швейцарской Конфедерации (в частности, ст. 7 «Человеческое достоинство», ст. 9 «Защита от произвола и соблюдение добросовестности», ст. 29 «Общие процессуальные гарантии», ст. 30 «Судебное производство», ст. 32 «Уголовный процесс», ч. 1 которой формулирует принцип презумпции невиновности).

Уголовно-процессуальный кодекс Швейцарии<sup>1</sup> можно отнести к одному из наиболее лояльных в отношении возможности использования доказательств, полученных с нарушением закона. Статья 139 УПК Швейцарии, определяющая общие принципы институтов доказательств и доказывания, сформулировала положение о том, что для установления истины органы уголовного правосудия должны использовать все юридически допустимые доказательства, которые имеют отношение к делу и соответствуют последним научными разработкам. В этой же норме формулируется свойственное уголовному процессу США правило о недопустимости доказательств, не относящихся к уголовному делу. УПК этого государства содержит безусловное признание недопустимыми доказательств, полученных с применением принуждения, насилия, угроз, обещаний, обмана и методов, которые могут поставить под угрозу способность заинтересованного лица думать или свободно принимать решения (ч. 1 ст. 140 УПК Швейцарии). При этом уточняется, что такие методы остаются незаконными, даже если заинтересованное лицо соглашается на их использование, хотя крайне сложно представить ситуацию, при которой вменяемое лицо могло бы в принципе согласиться на применение к нему указанных методов.

Часть 1 ст. 141 УПК Швейцарии автоматически исключает также при любых условиях возможность использования доказательств, полученных с нарушениями закона, если он прямо предусмотрел последствием такого нарушения недействительность доказательств. Однако в то же самое время ч. 2 этой же правовой нормы установила: «Доказательства, которые органы уголовного судопроизводства по-

---

<sup>1</sup> Schweizerische Strafprozessordnung // Официальный портал правительства Швейцарии «Das Portal der Schweizer Regierung». URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (дата обращения: 16.01.2017). Далее – УПК Швейцарии.

лучили уголовно-наказуемым способом или с нарушением предписаний о действительности, не могут использоваться за исключением случая, когда это необходимо для расследования тяжких преступных деяний» («ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich»).

Представляющим интерес является положение ч. 3 ст. 141 УПК Швейцарии о том, что доказательство, полученное в нарушение административных правил, допустимо. Поскольку негласная деятельность полиции, направленная на раскрытие преступлений, рассматривается в Швейцарии как разновидность административной деятельности, в уголовном процессе этого государства фактически отсутствуют рассмотренные во втором параграфе настоящего учебного пособия проблемы, характерные для России проблемы использования результатов оперативно-разыскной деятельности в доказывании по уголовным делам.

Доктрина «плодов отравленного дерева» нашла прямое закрепление в ч. 4 ст. 141 УПК Швейцарии. Вместе с тем, теория «асимметрии доказательств» в федеральном уголовно-процессуальном законодательстве этой страны отражения не нашла, однако она присутствует в некоторых кантональных УПК<sup>1</sup>.

В отличие от российского законодательства, не предусматривающего возможности изъятия из уголовного дела доказательств, признанных недопустимыми, ч. 5 ст. 141 УПК Швейцарии требует изъятия таких доказательств сразу после принятия об этом решения судьей. На время судебного разбирательства изъятые процессуальные и другие документы, а также предметы сохраняются в соответствующем суде, а по вступлении приговора в законную силу уничтожаются.

### **Б. Государства семьи общего права.**

*Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.* Доказательственное право Великобритании основывается на множестве нормативных актов разного правового статуса и на прецедентном праве, кроме того, указанные акты и судебная практика различаются, иногда весьма существенно, в составных частях королевства. Наибольшим количеством отличий характеризуется доказательственное право Шотландии.

---

<sup>1</sup> См.: Трефилов А. А. Уголовный процесс зарубежных стран. М. : ООО «НИПКЦ Восход-А», 2016. Т. 1. Уголовно-процессуальная компаративистика. Уголовный процесс Швейцарии. С. 235.

К основным актам статутного права, содержащим в разной степени нормы, регулирующие собирание, проверку и оценку доказательств относятся: Закон об уголовной юстиции («Criminal Justice Act 2003»), Закон о магистратских судах («Magistrates' Court Act 1980»), Закон о полиции и доказательствах по уголовным делам («Police and Criminal Evidence Act 1984») и др. Существенную роль в регулировании процедуры доказывания играют имеющие статус «statutory instruments»<sup>1</sup> Правила уголовной процедуры («The Criminal Procedure Rules 2015»), обязательные для магистратских судов и судов Короны, а также многочисленные акты Королевской службы уголовного преследования. В связи с этим и учитывая огромный массив прецедентной судебной практики, в рамках учебного пособия представляется возможность лишь краткого анализа вопросов, связанных с оценкой допустимости доказательств.

Господствующей в настоящее время в судах Великобритании доктриной является соотнесение допущенных при собирании доказательств нарушений правовых норм с двумя факторами: а) характером нарушения и степени ограничения основных прав и свобод личности и б) интересами правосудия, состоящими в установлении истины по уголовному делу при условии, что при этом не будет подорвана вера в правосудие, и достижение при этом разумного баланса между этими двумя факторами. Поэтому, за исключением случаев получения доказательств с нарушением ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, суды Великобритании никогда автоматически не исключают из процесса доказывания такие доказательства, которые получены с нарушением закона. Одна из базовых норм британского доказательственного права – ст. 78 Закона о полиции и доказательствах по уголовным делам – формулирует правило о том, что доказательство может быть исключено, «если оно имеет отношение ко всем обстоятельствам, в том числе уже доказанным, и допущение данных доказательств может оказать неблагоприятное воздействие на беспристрастное рассмотрение дела». Совершенно очевидно, что такая формулировка правовой нормы оставляет достаточно широкое поле для судебного усмотрения в вопросе оценки допустимости доказательств.

---

<sup>1</sup> «Statutory instruments» (законодательные инструменты) – нормативные акты по вопросам, полномочия по регулированию которых парламент делегировал отдельным государственным органам (известны также под названием «делегированное законодательство»). Вместе с тем, они имеют правовую силу статута (закона), поэтому их никак нельзя отождествлять с ведомственными нормативными правовыми актами.

Подобно уголовному процессу большинства других стран, в уголовном процессе Великобритании, как правило, судами отвергаются доказательства «с чужих слов». Необходимо отметить некоторые существенные моменты, которые в конкретных ситуациях могут иметь значение при оценке допустимости доказательств.

Во-первых, как и во Франции, по уголовным делам о некоторых видах преступлений (экономические, налоговые) обязанность доказывания определенных обстоятельств переходит («reversed») на сторону защиты, а защита не связана правилами собирания доказательств (не допускаются лишь прямо запрещенные законом действия защиты) и, в отличие от России, перечнем способов их собирания.

Во-вторых, в Великобритании известное «правило Миранды» действует в несколько расширенном виде: подозреваемый (обвиняемый) предупреждается о праве не свидетельствовать против самого себя и о том, что все сказанное им может быть использовано против него в суде, однако одновременно ему разъясняется, что его отказ объяснить, что он делал в конкретном месте (речь идет о месте происшествия) в определенное время, может быть в дальнейшем истолкован судьей или жюри присяжных не в его пользу (такое последствие прямо предусмотрено ст. 34 Закона об уголовном судопроизводстве и общественном порядке<sup>1</sup>).

В-третьих, опять же в отличие от российского уголовно-процессуального закона, если подозреваемый после предупреждения все же согласился давать показания, то он дает их под присягой как обычный свидетель и в случае дачи заведомо ложных показаний привлекается за это к ответственности. Представляется, что в двух последних случаях имеется пограничное состояние между реальной свободой выбора в отношении дачи показаний и косвенной угрозой ответственности за отказ от дачи показаний или за их ложность.

Кроме того, в Великобритании допускается в прямо определенных законами случаях (угроза препятствий расследованию, опасность для жизни других лиц и др.) проведение полицией первого допроса без предварительной консультации подозреваемого с адвокатом, несмотря на заявленную просьбу о встрече с последним. При этом правило, аналогичное правилу п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК России, в британском уголовно-процессуальном праве отсутствует.

---

<sup>1</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994 // Официальный сайт правовой информации правительства Великобритании. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>.

В последнее время в связи с появлением относительно новых видов доказательств (электронные, ДНК-следы и др.) в Великобритании принят ряд нормативных актов, детально регулирующих их получение, хранение и порядок передачи в целях предотвращения нарушений в «цепочке доказательств» («chain of custody»).

*Соединенные Штаты Америки.* По вопросам доказательственного права США, в том числе по проблемам допустимости доказательств в уголовном процессе, имеется весьма большое число научных и учебных публикаций, в связи с чем в данном учебном пособии эти проблемы будут освещены очень кратко. Прежде всего, необходимо отметить, что в этой стране отсутствует кодифицированное уголовно-процессуальное законодательство на федеральном уровне, поэтому правовое регулирование институтов доказательств и доказывания может различаться от штата к штату в тех случаях, когда речь идет об уголовных делах о преступлениях, не относящихся к федеральной юрисдикции.

На федеральном уровне правовое регулирование уголовного процесса осуществляется в самом общем виде в главе 18 «Преступления и уголовные процедуры» Свода законов США (18 US Code)<sup>1</sup>. Более подробно уголовный процесс регулируется Федеральными правилами уголовного судопроизводства<sup>2</sup>, а вопросы доказательств и доказывания – Федеральными правилами о доказательствах<sup>3</sup>.

Поскольку США, как и Великобритания, является государством семьи общего права, определяющую роль в регулировании институтов доказательств и доказывания играет судебная практика Верховного Суда США.

В отличие от российского уголовно-процессуального права, рассматривающего относимость, достоверность и допустимость каждого доказательства как взаимосвязанные, но все же относительно самостоятельные свойства, правило 402 Федеральных правил о доказательствах США прямо устанавливает, что «все относимые доказательства являются допустимыми, если иное не предусмотрено Конституцией США, актами Конгресса, настоящими правилами или предписаниями Верховного Суда США, вынесенными в соответствии

---

<sup>1</sup> Официальный сайт палаты представителей Конгресса США. URL: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>.

<sup>2</sup> Federal Rules of Criminal Procedure. Washington : U.S. Government Publishing Office, 2015.

<sup>3</sup> Federal Rules of Evidence. Washington: U.S. Government Publishing Office, 2014.

с его нормотворческой компетенцией. Неотносимое доказательство является недопустимым».

Основной массив прецедентной практики Верховного Суда США по вопросам допустимости доказательств в уголовном процессе основан на толковании этим судом IV поправки к Конституции США. Эта поправка гласит: «Право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов не должно нарушаться, и ни один ордер не должен выдаваться иначе, как при наличии достаточного основания, подтвержденного присягой или торжественным заявлением; при этом ордер должен содержать подробное описание места, подлежащего обыску, лиц или предметов, подлежащих аресту».

Общая концепция допустимости доказательств, полученных при аресте или в результате обыска, такова: 1) доказательство должно быть получено именно в результате этих действий; 2) производство указанных действий должно быть законным (имелся ли судебный ордер или допускалось производство действий без ордера<sup>1</sup>) и обоснованным.

Автоматически недопустимым признаются показания задержанного лица без предварительного объявления известного «правила Миранды»<sup>2</sup>, а также вытекающего из V и XIV поправок к Конституции США правила о добровольности признания. В отношении последнего Верховный Суд США в решении от 29 мая 1973 г. № 71-732 по делу *Schneckloth v. Bustavonte*<sup>3</sup> указал в качестве критериев оценки судами характера признания совокупность всех сопутствующих признанию обстоятельств, которые включают данные о личности и подробности проведения допроса.

Следует отметить, что несмотря на сформулированную еще в 1961 г. Верховным Судом США позицию, что целостность судебной

---

<sup>1</sup> Без судебного ордера обыск может проводиться в случаях, не терпящих отлагательства («*exigent circumstances*»), с последующей судебной проверкой законности и обоснованности; при остановке автомобиля по подозрению преступной деятельности внутри него («*automobile exception*»); так называемые инвентаризационные обыски («*inventory searches*»), такие обыски проводятся не в связи с уголовным расследованием (например, транспортного средства, длительное время брошенное в общественном месте); обыск, вытекающий из правомерного ареста и др.

<sup>2</sup> Необходимо отметить, что и из применения «правила Миранды» существует целый ряд исключений, установленных Верховным Судом США. Подробнее об этом см.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М.: Новая юстиция, 2006. С. 495–497.

<sup>3</sup> 412 U.S. 218, 226 (1973).

власти подрывается, «если суды используют неконституционно добытые доказательства»<sup>1</sup>, в 1995 г. она была дополнена мнением о предназначении требований об исключении из уголовного процесса доказательств, полученных с нарушением закона, гласящем, что правило об исключении доказательств «действует как судебное средство правовой защиты, задуманное с целью не допустить будущие нарушения IV поправки к Конституции посредством общей превенции противозаконных действий полиции»<sup>2</sup>.

Прецедентная практика того же самого Верховного Суда США установила множество изъятий из правил об исключении доказательств, например: «impeachment evidence exception» (изъятие из правила об исключении процессуально опороченных доказательств), «good faith exception» (изъятие из правила об исключении доказательств, полученных хотя с нарушением закона, но под влиянием добросовестного заблуждения) и др. Ограниченный объем учебного пособия не дает возможности привести более глубокий анализ доказательственного права как в упомянутых ранее государствах, так и в государствах смешанной правовой семьи и семьи исламского (мусульманского) права, который представляет серьезный научный интерес.

#### **Выводы:**

1. Национальное законодательство, регулирующее оценку доказательств с точки зрения их допустимости в доказывании по уголовным делам, а также основанная на нем прецедентная судебная практика в разных государствах даже в составе одной и той же правовой семьи существенно различаются.

2. В большинстве государств континентальной правовой семьи, в отличие от Российской Федерации, положения, касающиеся учета степени серьезности нарушения закона и влияния на права и свободы личности, содержатся в соответствующих процессуальных законах.

3. Практически во всех государствах, уголовно-процессуальное законодательство которых рассматривалось в данном параграфе, суду предоставляются весьма широкие возможности при оценке допустимости доказательств.

4. В отличие от УПК России, уголовно-процессуальные законы указанных государств не содержат жесткого перечня способов собирания доказательств стороной защиты.

---

<sup>1</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>2</sup> Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995).

5. С учетом изложенного существует объективная предпосылка глубокого изучения зарубежного доказательственного права с целью определения возможности использования результатов такого изучения при разработке предложений по совершенствованию российского уголовно-процессуального законодательства.

### Заключение

Проведенный в рамках настоящего учебного пособия анализ национального и международного уголовно-процессуального доказательственного права, а также, в общих чертах, доказательственного права ряда иностранных государств позволяет авторам констатировать, что в отечественной уголовно-процессуальной науке теория доказательственного права разработана достаточно глубоко. Проблемы доказательственного права в разное время занимало большое число видных российских ученых, что позволило разрешить на теоретическом уровне целый ряд проблем.

Вместе с тем, остаются недостаточно разработанными научные проблемы в части, касающейся различных аспектов оценки допустимости доказательств. К наиболее крупным относятся проблемы:

адекватной юридической терминологии в доказательственном праве, что имеет существенное значение для правоприменительной практики;

уточнения нормативно определенных критериев признания доказательств недопустимыми;

оценки состояния «свободы воли» при формировании доказательств;

уголовно-процессуальных аспектов разграничения законно полученных результатов ОРД, используемых в доказывании, и провокации преступления;

ограничения определенным законом перечнем способов собирания доказательств стороной защиты и некоторые другие.

Несомненный теоретический интерес и практическую полезность представляет продолжение исследований (с учетом международного и национального опыта иностранных государств) вопросов применимости в уголовном процессе России доктрины «плодов отравленного дерева» и теории «асимметрии доказательств».

По нашему мнению, серьезное внимание ученых должно быть уделено более глубокому анализу и определению возможности при-

менения в уголовном процессе России подходов зарубежного законодателя и судебной практики к вопросам свободы оценки доказательств судом и к степени тщательности регулирования признания допустимости доказательств на основе баланса прав личности и интересов правосудия.

Требует глубокого изучения проблема допустимости относительно нового вида доказательств – электронных доказательств, причем не только с точки зрения их собирания, но и с точки зрения сохранения признака допустимости при прохождении их в т.н. «цепочке доказательств» (в данном пособии данный вопрос практически не рассматривался вследствие его объемности).

## Библиографический список

1. Конституция Российской Федерации : принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. (с поправками, внесенными Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. – № 31, ст. 4398.

2. Всеобщая декларация прав и свобод человека : принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. // URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/declhr.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml).

3. Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. // Бюллетень международных договоров. – 2001. – № 3.

4. Федеральный закон от 12 августа 1995 г. (в последующих редакциях) № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 33, ст. 3349.

5. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в последующих редакциях) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 52 (ч. I), ст. 4921.

6. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в последующих редакциях) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации, 2002. – № 23, ст. 2102.

7. Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд: утв. приказом МВД России, Минобороны России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН, России ФСКН России, СК России № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 от 27 сентября 2013 г. // Российская газета. – 2013. – № 282.

8. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 4-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мотякова Тимофея Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», статей 8, 41 и 47 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах».

9. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2007 г. № 342-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жерноклеева Павла Ивановича на наруше-

ние его конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

10. Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2007 г. № 924-О-О «По жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

11. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 мая 2015 г. № 1182-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гурьянова Артема Владимировича на нарушение его конституционных прав Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности».

12. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. (в ред. постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 6 февраля 2007 г. № 5, от 16 апреля 2013 г. № 9, от 3 марта 2015 г. № 3) «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1996. – № 1.

13. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права : учебное пособие / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2014.

14. Арсеньев В. Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. – М. : Юридическая литература, 1964.

15. Белкин А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. – М. : Норма, 2007.

16. Дорохов В. Я. Понятие источника доказательств // Актуальные проблемы доказывания в уголовном процессе. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1981.

17. Зажицкий В. И. Доказывание и доказательства по УПК РФ: теоретико-правовой анализ. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2015.

18. Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб. : Юридический центр Пресс, 2006.

19. Калиновский К. Б. Существенность уголовно-процессуальных нарушений при собирании доказательств // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс : сборник материалов международной научно-практической конференции, 9–10 апреля

1998 г. / под ред. О. М. Латышева, В. П. Сальникова. – СПб. : Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. – Ч. 2.

20. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. и рук. авт. кол-ва А. Ю. Шумилов. – М.: Вердикт-1М, 1997.

21. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека / вступ. ст. В. Д. Зорькина. – М. : Норма, 2006.

22. Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. – М. : Статут, 2016.

23. Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе: учебник для бакалавриата и магистратуры. – 5-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2016.

24. Оперативно-розыскная деятельность : учебник. – 2-е изд., доп. и перераб. / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова, А. Ю. Шумилова. – М. : ИНФРА-М, 2004.

25. Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – М. : Юристъ, 2009.

26. Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс : учебник / под общ. ред. А. В. Смирнова. – СПб. : Питер, 2004.

27. Строгович М. С. Уголовный процесс : учебник. – М., 1946.

28. Сумин А. А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебных стадиях уголовного судопроизводства (актуальные проблемы теории и практики) : учебное пособие. – М. : Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2015.

29. Трусков А. И. Основы теории судебных доказательств. Краткий очерк. – М. : Госюриздат, 1960.

30. Уголовно-процессуальное право : учебник для бакалавриата и магистратуры / под ред. В. М. Лебедева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2014.

31. Уголовный процесс : учебник / отв. ред. Л. А. Воскобитова. – М. : Проспект, 2016.

32. Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань, 1976.

33. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – М. : Норма, 2009.

**Сравнительная таблица участия сторон обвинения и защиты  
в доказывании**

Элементы доказывания	Участники сторон обвинения и защиты	
	Следователь, дознаватель	Защитник
<b>Собирание</b>	Посредством производства следственных и иных процессуальных действий	Способами, предусмотренными в ч. 3 ст. 86 УПК России в любом, не запрещенном законом порядке). Основание: п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК России
<b>Проверка</b>	В порядке, установленном ст. 87 УПК России. Цель: определение возможности использования в доказывании	В любом, не запрещенном законом порядке. Основание: п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК России. Цель: формирование позиции защиты
<b>Оценка</b>	В порядке, установленном ст. 88 УПК России. Цель: определение формы окончания предварительного расследования и составление соответствующего процессуального документа	В любом, не запрещенном законом порядке. Основание: п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК России. Обратим внимание на то, что ч. 1 ст. 88 УПК России не содержит, в отличие от ст. 87 УПК России, перечня субъектов оценки доказательств. Поэтому таковым может быть любой участник уголовного судопроизводства, представляющий доказательства, в том числе защитник, потерпевший, гр. истец и гр. ответчик. Цель: формирование позиции защиты
<b>Представление в суд</b>	В уголовном деле	Непосредственно. Основание: п. 2 ч. 1 ст. 53 и ст. 244 УПК России

Сумин Александр Александрович,  
доктор юридических наук;  
Химичева Ольга Викторовна,  
доктор юридических наук, профессор

**ДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ  
В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ  
(АКТУАЛЬНЫЕ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ)**

Учебное пособие

---

Подписано в печать 19.06.2017	Формат 60×84/16	Тираж 40 экз.
Заказ № 1074	Цена договорная	Объем 4,97 уч.-изд. л. 5,34 усл. печ. л.

---

Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя  
117997, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12