

УДК 343.14

*А.О. Машовец, Ф.М. Лучинкин***О ФОРМИРОВАНИИ ЛИЧНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В СУДЕБНОМ СЛЕДСТВИИ  
ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ**

Средства доказывания, или доказательства в тесном смысле ... стоят в связи с культурным состоянием народа в определенной эпоху. Притом, по общему правилу, все доказательства, известные закону, допускаются на суде, но отсюда по соображениям этическим, социальным или экономическим делаются разные изъятия.

*Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. СПб., 1910. Т. 2. С. 260.*

В современную технологию уголовно-процессуального доказывания заложена следственная модель. Наиболее ярко это проявляется в технологии формирования личных доказательств. Ее центральным элементом являются следственный допрос и другие следственные действия, которые направлены на получение доказательственной информации от лиц. Судебный фазис не является обязательным в формировании личного доказательства. Суд вполне может удовлетвориться процедурным знанием, сформированным следователем из сведений от лиц, которое представляется в виде протоколов следственных действий, иных материалов уголовного дела, созданных следователем. Такая технология формирования личных доказательств не соответствует стандартам справедливого судопроизводства, в котором только суд уполномочен формировать в окончательном виде судебные личные доказательства из их первоисточников. Прямой и перекрестный допросы должны быть признаны основными элементами формирования личных доказательств по уголовному делу. Все остальные, производные от них средства (письменные, электронные документы) могут иметь только вторичное доказательственное значение. Поэтому оглашение показаний, данных в ходе досудебного производства, должно иметь исключительный характер в делах, где сторона защиты отрицает обвинение. Процедура представления или исследования производных личных доказательств приемлема в бесспорных делах, где допросы могут не проводиться. Переход к состязательной модели формирования личных доказательств в суде предполагает изменение формы обвинения: со следственной на судебную и процессуального презюмирования того, что любые сведения и их источники, полученные сторонами до суда, подлежат непосредственному исследованию в устной форме и состязательном порядке в ходе судебного заседания.

*Ключевые слова:* формирование доказательств, технология доказывания, личные доказательства, перекрестный допрос, уголовный процесс.

DOI: 10.35634/2412-9593-2021-31-2-277-285

Состязательность уголовного судопроизводства не только возможна, но должна быть в России как в правовом демократическом государстве, в котором права и свободы человека и гражданина имеют приоритет в системе правовых ценностей. Одним из знаковых шагов судебной реформы, по мнению ряда авторов, должно быть включение в отечественное уголовно-процессуальное право института перекрестного допроса<sup>1</sup>.

Такая последовательность правового развития вполне объяснима. Личные доказательства составляют основу каждого уголовного дела, и работа с ними – это «сердце» судебного следствия, а потому и правосудия. Перекрестный же допрос, по признанию классиков уголовно-процессуальной мысли<sup>2</sup>, представляет собой критический момент в образовании показаний (личного доказательства):

<sup>1</sup> См.: Александров А.С., Александрова И.А. Какой манифест уголовной политики нам нужен, а о чем не стоит манифестировать // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2017. № 4 (40). С. 337-339.

<sup>2</sup> См.: Арсеньев К.К. Судебное следствие. СПб., 1871. С. 269-271; Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. СПб., 1911. С. 137, 138, 139 и др.; *Его же*. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. С. 363-366; Духовской М.В. Русский уголовный процесс: издание для студентов. М.: Тип. А. П. Поплавского, 1908. С. 230-231; Сергеич П. Искусство речи на суде / предисл. Г. М. Резника. М.: Юрайт, 2017. С. 151-153; Устав уголовного судопроизводства. Систематизированный комментарий (ст. 595–764) / под ред. М.Н. Гернета. Вып. 4. М., 1916. С. 1188-1189; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. СПб., 1910. Т. 2. С. 424;

«устоят» показания на перекрестном допросе – их следует принять суду, не «устоят» или поколеблются – есть основание их отвергнуть в качестве средства установления доказываемых фактов.

Уголовно-процессуальная наука в государствах с близкой нам исторически правовой системой, опережающих Россию в реформировании уголовно-процессуального законодательства в состязательном направлении, придает большое значение теории и практике перекрестного допроса. Нормы о прямом и перекрестном допросах имеются в кодексах Грузии (ст. 245 УПК Грузии), Украины (ст. 352 УПК Украины), Эстонии (ст. 276<sup>3</sup>, 287, 288-289.1, 291, 293, 294 УПК Эстонии), других государств. По мнению украинских специалистов, институт перекрестного допроса является показателем достижения стандартов справедливого судебного разбирательства в европейском понимании<sup>3</sup>.

В отечественной процессуалистике такая позиция не пользуется поддержкой. Большинство ученых, авторов официальных, нормативно-правовых документов, избегают даже употреблять термины «перекрестный допрос», «прямой допрос». Подобное неприятие атрибутов состязательного судебного следствия вызвано приверженностью коллег следственной идеологии. Наблюдается преемственность во взглядах современных ученых-процессуалистов с советской доктриной по вопросам относительно того, кем, как и где формируются личные доказательства (показания) в уголовном процессе, какова в этом роль судебного следствия.

Прежде чем раскрыть нашу позицию относительно формирования личных доказательств, поясним, что мы имеем в виду под личными доказательствами. В этом есть необходимость, поскольку в отечественной теории доказательств не всеми признается классификация доказательств на «личные» и «вещественные». Большинство специалистов ограничивалось указанием на «показания» как вид доказательства (источника доказательств). Если же понятие «личные доказательства» используется, то единообразия в его определении нет. В качестве представителей науки дореволюционного периода, которые признавали деление «судебных доказательств» на личные и вещественные, можно указать И.Я. Фойницкого. Наибольший интерес представляет следующее его утверждение: «Единственный точный признак классификации доказательств следует поэтому искать в самой природе тех средств доказывания, которые допускаются в процессе уголовном. В этом отношении все доказательства могут быть разделены на большие группы: одни состоят из представляемых суду личных заявлений всякого рода – таковы показания подсудимого, показания свидетелей, мнение сведущих людей и дознание через окольных лиц; другие даются предметами внешнего мира, служащими для удостоверения искомого, - таковы доказательства вещественные. Переходную между ними ступень занимают доказательства письменные. Правда, что и способы собирания доказательств обыкновенное различаются по самой их природе, доказательства личные предполагают вызов и допрос, доказательства вещественные – осмотр и освидетельствование»<sup>4</sup>.

В советской уголовно-процессуальной науке авторами одного из классических трудов по теории доказательств признавалось деление доказательств на «личные» (исходящие от лиц) и вещественные. «В основе этого деления положено наиболее общее различие механизма формирования доказательств»<sup>5</sup>.

В противоположность этому утверждалось, что логически верным является не деление доказательств на вещественные и личные, а деление их на вещественные и все иные (исключая вещественные). При этом отмечалось, что изучение сочетания личного и вещественного имеет существенное значение для выявления «закономерностей формирования» доказательства, особенностей использования каждого доказательства в целях установления истины<sup>6</sup>.

Перечисление источников доказательств и в советских кодексах, и в действующем (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) укрепляет во мнении, что «показания» являются одним из источников (в других трактовках – «видом») доказательств, наряду с протоколами, заключениями экспертов и специалистов, иными

---

Фойницкий И.Я. Оправдательные решения присяжных заседателей и меры к их сокращению // Журнал гражданского и уголовного права. 1879. Кн. 6. С. 14-43.

<sup>3</sup> См.: Александров А.С., Гришин С.П., Зейкан Я.П. Перекрестный допит у суді: навч.-практ. посіб. 3-те видання, стереотипне. Київ: Алерта, 2016. С. 6-7.

<sup>4</sup> Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. СПб., 1910. Т. 2. С. 228.

<sup>5</sup> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть Особенная / отв. ред. Н. В. Жогин. М.: Юрид. лит., 1967. С. 5.

<sup>6</sup> См.: Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца, М.: Юрид. лит., 1989. С. 567-568.

документами и, наконец, вещественными доказательствами. Выработанный отечественной процессуалистикой взгляд на «источники доказательств» в немалой степени поспособствовал тому, что термин «показания» потеснил в научном обиходе термин «личное доказательство». У пользователей языка нашего закона создается впечатление, что «протокол следственного допроса» входит в число «протоколов следственных действий» как первоначальных источников личных доказательств.

Наконец, недооценка и даже неприятие понятия «личные доказательства» как феномена устной речи проистекает из самого следственного понимания закономерностей, механизма формирования доказательств. Содержанию любого доказательства в следственном процессе придается следственная письменная форма – протокол. В этом заключается следственная технология выработки процедурного знания. Сложилось целое учение об этом, воплощенное в понятии «формирование доказательств».

Наиболее известна трактовка понятия «формирование доказательств», предложенная профессором С.А. Шейфером, который определял «формирование доказательств» как деятельность, включающую в себя обнаружение (поиск) следов, содержащих доказательственную информацию, восприятие информации, то есть уяснение ее смысла, преобразование информации в виде создания мысленного образа в сознании познающего субъекта и, наконец, придание ей предусмотренной законом формы (ч. 2 ст. 74 УПК РФ). Таким образом, первичная, заключенная в следе информация включается в материалы дела в преобразованном виде. Этот этап доказывания можно интерпретировать как формирование доказательств<sup>7</sup>.

Однако нас не может удовлетворить определение понятие «формирование доказательств», которое подразумевает в качестве субъекта формирования (личного доказательства) следователя, а в качестве средств формирования проведение следственного допроса и протокол следственного допроса. Более правильным является подход А.А. Кухты, который процесс формирования доказательства распространил на все доказывание. С его точки зрения, доказательство проходит три главных фазиса формирования: (1) получение сведения и фиксация его источника; (2) преобразование его в свое «средство доказывания» (аргумент); (3) конституирование судебного (юридического) факта в итоговом судебном или ином правоприменительном акте<sup>8</sup>.

Предварительно можно сказать по поводу формирования личного доказательства то, что оно имеет, как минимум, досудебный и судебный фазисы. И в том, и в другом фазисе главным средством формирования являются следственные действия – допросы прежде всего. Судебный допрос как способ получения показаний непосредственно из первоисточника, то есть от лица, надо считать приоритетным.

С позиции представителя следственной идеологии любое доказательство, полученное в досудебном производстве, сформировано следователем. Потому вещественное является личным, равно как и личное вещественным в той мере, в какой оно оказалось опредмечено (материализовано) следователем – в протоколе допроса, в приложениях к нему – и стало материалами уголовного дела. В этом плане характерно высказывание Р.Д. Рахунова о том, что показание должно иметь устную форму для того, чтобы быть приобщенным к делу<sup>9</sup> (в виде протокола следственного допроса). Оглашение в суде показаний допустимо, так как они были даны в стадии предварительного расследования на устном допросе<sup>10</sup>.

Подобный (следственный) образ мыслей привел другого известного исследователя – Ю.К. Орлова к выводу о том, что по способу формирования доказательства надо делить на документы и вещественные доказательства. Документы же он подразделяет на личные, машинные и личномашинные<sup>11</sup>. В этой классификации доказательств вообще не оказалось ничего относящегося к устной речи (на суде), «показаний», «личных доказательств». Такой ход надо признать закономерным. В следственно-центричной картине процесса нет места устной речи, судебному допросу как способу формирования личного доказательства.

Между тем личностный/субъективный аспект, привносимый в формирование своего доказательства субъектом доказывания со стороны защиты или обвинения, следует трактовать через прила-

<sup>7</sup> Шейфер С.А. Собираание доказательств по уголовному делу: проблемы законодательства, теории и практики: монография. М.: Норма; ИНФРА-М, 2015. С. 16.

<sup>8</sup> См.: Кухта А.А. Доказывание истины в уголовном процессе: монография. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009. С. 75-80, 367-369, 418-425.

<sup>9</sup> См.: Рахунов Р.Д. Свидетельские показания в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1955. С. 14.

<sup>10</sup> Рахунов Р.Д. Свидетельские показания в советском уголовном процессе. С. 15.

<sup>11</sup> Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: науч.-практ. пособие. М.: Проспект, 2001. С.67, 68.

гательные, соответственно, защитительное/обвинительное. Протокол и другие материальные носители сведений, получаемых от лиц (видео-, звукозапись допроса), не могут перевести их в другой класс явлений – вещественные (письменные) доказательства. Однако в контексте следственной технологии формирования процедурного знания такой перевод (подмена) не только возможен, но и обычен: через специальную процедуру «оглашения показаний». Практически это означает прочтение в судебном заседании протокола следственного допроса почти всегда, когда представляются и исследуются «показания». Происходит двойная подмена источника личного доказательства: вначале устное сообщение переводится в письменное (протокол), а затем протокол допроса, составленный следователем, воспроизводится в устной форме, как бы от лица свидетельствующего.

Современная технология формирования личных доказательств в основных своих параметрах воспроизводит прежнюю (следственную) модель «оглашения показаний»: ст. 281, 286, 292 УПК РСФСР (1960 г.), ст. 294-297, 299 УПК РСФСР (1923 г.), ст. 687 Устава уголовного судопроизводства. В настоящее время данная технология основана на положениях ч. 2 ст. 240, ст. 276, 281, 285 УПК РФ. После дополнения ст. 281 Кодекса ч. 2.1 следственный стандарт формирования личного доказательства стал включать в себя проведение следователем очной ставки между обвиняемым и основными свидетелями обвинения при наличии противоречий в их показаниях. Опираясь на постановление Европейского суда от 12 декабря 2017 г. по делу «Задумов против Российской Федерации», где эти новеллы были прокомментированы, ряд авторов поспешил провозгласить, что созданы надежные процессуальные гарантии, позволяющие обвиняемому и проверить показывающих против него свидетелей, и обеспечивать, чтобы оглашение показаний свидетелей допускалось лишь в виде исключения<sup>12</sup>.

Не разделяем подобного оптимизма. Пока судья будет зависим в информационном плане от следственной власти, и пока он будет некритическим потребителем следственного процедурного знания, до тех пор справедливое правосудие у нас будет под вопросом, а «обвинительный уклон» – неискореним. Согласимся с мнением о том, что презумпция истинности протокола следственного допроса и основанная на нем техника оглашения содержащихся в нем показаний должна занять скромное место в судебном следствии, в одном ряду с оглашением материалов опросов, проведенных адвокатом до суда. При явке лица для допроса в суд ранее данные им показания не должны полностью оглашаться, а только использоваться для постановки вопросов при перекрестном допросе<sup>13</sup>.

В советские времена само собой подразумевалось, что следственный и судебный допросы – равнозначные способы формирования личных доказательств. Поэтому на показания, полученные следователем, распространялось понятие «судебное доказательство». В современном законе используется термин «судебная экспертиза» применительно к следственному действию, проводимому в ходе предварительного следствия. Заключение эксперта, специалиста, протоколы их допросов, а также протоколы иных следственных действий с их участием признаются источниками доказательств (личных). Подобная терминология укрепляет следственную технологию формирования личных доказательств. Но она не должна вводить в заблуждение: следователь не может формировать судебные доказательства. Поэтому в случае оспаривания защиты сведений, происходящих от экспертов, специалистов, эти лица должны быть вызваны в суд и представлены стороне защиты для проведения перекрестного допроса. Только после подтверждения на перекрестном допросе своих утверждений производные от них доказательства в виде заключений, протоколов следственных действий могут считаться сформированным личным доказательством.

Личное доказательство происходит от человека, и человек в конечном итоге является его источником. Антропологический, гуманистический момент в использовании «личного доказательства» был признан и в нашей науке. В этом плане мы разделяем позицию В.Д. Арсеньева, который писал, что «источником средств доказывания будет то, из чего исходят не только сведения о фактах, но и сигналы, с помощью которых такие сведения передаются. Поэтому источником показаний свидетелей, потерпевших, обвиняемых и подозреваемых, а также заключений эксперта будут соответственно свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые и эксперты, то есть лица, дающие показания и за-

<sup>12</sup> См.: Гаджиев Х.И. Справедливый судебный процесс как гарант доверия к правосудию: новые права сторон // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights) / Т.К. Андреева, Е.Е. Баглаева, Г.Е. Беседин и др. М.: Развитие правовых систем, 2019. Вып. 5: Россия и Европейская конвенция по правам человека: 20 лет вместе. С. 65-80.

<sup>13</sup> См.: Александров А.С. Оглашение показаний потерпевшего и свидетеля в судебном следствии по уголовному делу // Уголовное право. 2004. № 2. С. 79-80; *Его же*. Оглашение показаний подсудимого // Законность. 2003. № 12. С. 16-18.

ключения»<sup>14</sup>. Формирование личного доказательства в виде показаний неотделимо от исследования личности лица, его способностей воспринимать и передавать информацию.

На наш взгляд, «показания» – это более узкое понятие по отношению к «личным доказательствам». Если показания – это сведения, полученные в устном виде от допрашиваемого участника процесса в ходе следственного или судебного допроса, то личные доказательства включают в себя протоколы следственных допросов, протоколы иных следственных действий, где зафиксированы сведения, сообщенные следователю участниками следственного действия, заключения судебных экспертиз, заключения специалистов, а также часть «иных документов», а именно, тех из них, которые специально создавались их авторами для информирования органов, ведущих уголовное дело о каких-либо фактах, имеющих доказательственное значение по делу. Круг этих документов разнообразен и всегда вызывал споры в науке. В последнее время к ним добавились еще «электронные документы». Не вдаваясь в подробности этой проблематики, обозначим главный момент, характерный для отечественной доктрины: она допускает к использованию в доказывании в качестве первоначальных или производных любые сведения, полученные от лиц в ходе досудебного или судебного производства. Через процедуру следственной легализации допускаются к использованию в судебном доказывании и данные, полученные от лиц, участвовавших в «доследственной проверке», в оперативно-разыскных мероприятиях. Такой вывод, несмотря на отдельные оговорки и уточнения (например, относительно явки с повинной, объяснений, опросов и пр.), вполне укладывается в позитивно-правовые рамки уголовно-процессуального доказывания<sup>15</sup>.

Мы можем констатировать, что современная концепция уголовно-процессуального доказывания строится на смешении в общем понятии «личные доказательства» любых сведений, полученных как следственным, так и судебным путем, представленных как в устной, так и письменной форме, полученных, как в ходе допросов, так и иных следственных, процессуальных действий, оперативно-разыскных мероприятий. Основные запреты, которые требуется соблюдать правоприменителю при их формировании, изложены в ст. 75 и 89 УПК РФ.

Сформированные посредством проведения допросов, а также путем проведения иных следственных действий следственные личные доказательства становятся материалами уголовного дела. При ознакомлении судьи со всеми доказательствами на стадии назначения судебного заседания начинается судебный фазис формирования личного доказательства – на уровне внутреннего убеждения судьи. Это элемент современной следственной технологии формирования личных доказательств. Исключением из нее является только суд с участием присяжных заседателей, где подобного не происходит.

В целом для отечественной уголовно-процессуальной мысли характерно явное или неявное отождествление устных и письменных, судебных и внесудебных личных доказательств. Ей присуща показательная нечувствительность к дифференциации судебного и досудебного в процессе формирования личного доказательства – показаний, смешения устных и письменных показаний в единое. Можно говорить даже о подмене процессуального и даже «судебного» «следственным».

В такой риторике мы усматриваем подмену судебной технологии формирования доказательств следственной. С нашей точки зрения, это приводит к созданию ложного мнения о том, что следователь и судья являются равнозначными субъектами доказывания (формирования) уголовно-процессуальных – судебных доказательств. Но это неверно. Формирование личного доказательства в стадии предварительного расследования не может считаться завершенным, переход его в статус судебного доказательства возможен только после исследования (производства допроса) в ходе следствия судебного.

Полагаем возможным отход от следственно-центричного понимания того, как формируются личные доказательства в уголовном процессе. Хотя оно и поддерживается (пока) позитивным правом. Языковая картина процессуального мира в переходный период усложняется. В ней нет уже прежней следственной односторонности. Необходимо снова вернуться к понятию личных доказательств через переосмысление участников их формирования, средств и этапов формирования этого доказательства.

<sup>14</sup> Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. М.: Юрид. лит., 1964. С. 115.

<sup>15</sup> Подтверждением чему служат и решения Конституционного Суда Российской Федерации. См., напр.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жудина Сергея Семеновича на нарушение его конституционных прав пунктом 6 части второй статьи 74, пунктом 1 части третьей статьи 413 и положениями главы 40 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 28 мая 2013 г. № 723-О // СПС «КонсультантПлюс»

К этому пришли не только мы, но и некоторые наши коллеги. «По способу формирования информации доказательства делятся на личные и вещественные. В личных доказательствах информация субъективна (воспроизводится из памяти), в вещественных – объективна»<sup>16</sup>.

Е.В. Брянская пишет: «Личными доказательствами считаются все сведения, исходящие от людей: показания обвиняемых, подозреваемых, свидетелей, потерпевших, заключения и показания экспертов, заключения и показания специалистов, а равно протоколы соответствующих следственных и судебных действий. Общим для такого рода доказательств является психическое восприятие и переработка живым человеком определенных событий и передача сведений о них в языковой форме»<sup>17</sup>. По ее мнению, все исходящее от конкретного участника уголовного судопроизводства можно отнести к личным доказательствам, за исключением всего того, что УПК РФ относит к вещественным доказательствам<sup>18</sup>.

В целом соглашаясь с этим, оговоримся в отношении протоколов следственных действий. Протоколы следственных действий (например, обыска, осмотра места происшествия и пр.), отражающие ход и результаты личного восприятия следователем следов преступления на материальных объектах, не входят в понятие личного доказательства. Исключение составляют протоколы, в которых зафиксированы устные заявления участников следственного действия, имеющие доказательственное значение. Признаем, что сам следователь может быть допрошен в суде относительно обстоятельств проведения следственного действия. Однако в таком случае его показания не образуют самостоятельного личного доказательства, а только разъясняют «вещественное доказательство», полученное им в ходе исследования материального объекта.

В состав личного доказательства нами включается его «источник». Мы склонны выделить следующие источники личных доказательств: 1) физические лица, чья осведомленность относительно доказываемых фактов объективно обусловлена событием, ставшим предметом уголовного расследования; 2) «свидетели», порожденные уголовным делом: понятые, переводчики, статисты; 3) эксперты, специалисты («сведущие лица») как самостоятельные субъекты познания; 4) осуществлявшие выявление, пресечение преступления, задержание «подозреваемого» сотрудники полиции или иные лица.

Личное доказательство включает устное или письменное сообщение лица об обстоятельствах дела. Показания – это устное сообщение, одно из средств передачи лицом сведений, способных быть доказательствами. Документ, в том числе протокол допроса, объяснение, заявление и пр. – это письменное, текстовое сообщение лица о фактических обстоятельствах. Источником сведений является в любом случае человек. Машинописные документы, составляемые автоматизированным путем, следует относить к «вещественным доказательствам», ибо здесь некого допрашивать. Включение в личное доказательство различного рода машинных технологий (например, полиграфа) полагаем недопустимым.

Личные доказательства характеризуются тем, что их носителем является человек, который обладает способностью правильно воспринимать, сохранять в памяти и воспроизводить полученную информацию<sup>19</sup>. Воспроизведение такой информации, имеющей доказательственное значение, происходит в форме какого-либо условного кода (слова, символы, графики, схемы и т. п.)<sup>20</sup>. Отсюда следует, что важный момент в природе личного доказательства заключается в способе его существования – оно в речи устной речи или в письменной, то есть в тексте. Отметим, что для современного подхода характерно указание на неразрывную связь личного доказательства с языком, речью<sup>21</sup>. И наконец, вывод о том, что показания – это есть устные ответы на вопросы допрашивающего в суде<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс. СПб.: Питер, 2015. С. 62.

<sup>17</sup> См.: Брянская Е.В. Аргументирующая сила доказательств при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции: монография. Иркутск: Изд-во ИГУ, 2015. С. 142-143, 158.

<sup>18</sup> См.: Брянская Е.В. Указ. соч. С. 143.

<sup>19</sup> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. редактор Н.В. Жогин. Часть Особенная. М.: Юрид. лит., 1967. С. 6.

<sup>20</sup> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 6.

<sup>21</sup> Уголовный процесс: учебник / С.В. Зуев, К.И. Сулягин. Челябинск: Изд. центр ЮУрГУ, 2016. С. 117; Основы теории доказательств в уголовном судопроизводстве России: учеб. пособие / В.Ю. Алферов, А.И. Гришин, Н.И. Ильин, Б.В. Чернышев; под общ. ред. В.В. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. Саратов: Саратовский социально-экономический институт (филиал) РЭУ им. Г.В. Плеханова, 2017. С. 20-21.

<sup>22</sup> См.: Александров А.С., Гришин С.П., Конева С.И. Перекрестный допрос в суде (объяснение его сущности, принципов и порядка проведения, а также практическое наставление к употреблению): монография. 3-е изд., доп. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 299-306.

Самое важное в технологии формирования личных доказательств – различие между техниками формирования личных доказательств на основе устной и письменной речи. Для письменной технологии «показание» состоялось только тогда, когда оно оказалось в протоколе, поэтому критически важна техника письма. В устном судебном допросе критически важны вопросы и форма их постановки. Показание формируется в ходе получения ответов на поставленные участниками допросов вопросы. Если в следственном процессе личное доказательство получается следователем и оформляется протоколом, который и служит суду источником доказательства, то в состязательном процессе личным доказательством признаются только показания, данные в ходе судебных допросов<sup>23</sup>. Речевая коммуникация, диалог, вопросы-ответы, допрос имеют значение элементов технологии формирования личного доказательства, ибо все это используется как для получения сообщения, так и для понимания смысла сообщения – информации. В конечном итоге нельзя не признать, что только судебный допрос может прояснить смысл информации в спорных ситуациях, когда появляется сомнение в показаниях допрошенного лица.

И наконец, надо сказать о связи личного доказательства с личностью допрашиваемого лица и, соответственно, о факторе убедительности, производном от этого личностного момента, который имеет место в суде (с участием присяжных заседателей, особенно).

Переход к определению личного доказательства через понятие «средство доказывания» как комплексному понятию, включающему весь спектр процессуально и криминалистически значимых факторов, важных для его формирования как основания аргумента, завершает представление о нем как о целостном феномене. Эту операцию осуществила С.И. Конева, предложив специальное понятие «личное средство доказывания» (от человека к человеку/судье и через человека/допрашивающих), в которое включила следующие элементы: 1) лицо (его личные качества, определяющие его способность давать показания); 2) сообщение о факте, сделанное им в устной или письменной форме; 3) содержание сообщения, то есть сведения; 4) допросы, в рамках которых показания получают, представляются, исследуются/проверяются и оцениваются судьей как достоверные сообщения о фактах или отвергаются как не имеющие доказательственной силы или даже как бессмысленные звуки<sup>24</sup>. В целом мы разделяем такой подход к трактовке личного доказательства.

Таким образом, личное доказательство включает в себя, во-первых, «источник» – человека, во-вторых, его «устные показания» (на допросе или ином гласном следственном или процессуальном действии), а также иные исходящие от человека сообщения, представленные в письменном или в электронном виде – в виде документов (протоколов, заключений и пр.), в-третьих, содержание показаний (документа) – сведения, в-четвертых, процессуальные средства их получения сторонами, а также представления и исследования в суде: допросы.

Устная речь, оценки показаний во взаимосвязи с личностью их носителя, участие обеих сторон и непосредственно восприятие показаний в контексте допроса самим судом являются теми моментами, на которых основана судебная технология формирования личного доказательства – показания. Все остальное – производное от него и потому вторичное, вспомогательное средство исследования представленных в ходе прямого допроса показаний.

Можно утверждать, что личное доказательство остается личным и деятельность следователя не может сделать его вещественным – в виде протокола следственного допроса как первоисточника сведений для суда. Этот протокол должен презюмироваться производным источником личного доказательства и потому вторичным, вспомогательным средством доказывания. Суд же должен стремиться к получению показаний непосредственно от самого лица – источника личного доказательства. Только в ходе судебного допроса происходит реализация закрепленного в ст. 240 УПК РФ положения о непосредственности судебного разбирательства. Техника оглашения «показаний», полученных внесудебным путем, должна быть сведена к минимуму, в необходимых случаях заменена на институт депонирования показаний следственным судьей.

<sup>23</sup> См.: Машовец А., Конева С. Допросы в судебном следствии по уголовному делу // Уголовное право. 2013. № 2. С. 104-109; Александров А. С., Гришин С. П. Перекрестный допрос в уголовном суде // Российская юстиция. 2005. № 11. С. 25-30.

<sup>24</sup> Конева С.И. Судебные допросы в уголовном процессе: доказательственное значение и порядок проведения: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Омск, 2013. С. 7.

## Выводы

Смешанный уголовный процесс как переходный тип процесс может иметь две тенденции: или назад – в сторону следственности, или вперед – к состязательной модели.

Пока мы находимся достаточно далеко от состязательной модели формирования, сохраняя форму судебного следствия и личных доказательств, унаследованную от советской модели формирования личных доказательств. В правовую организацию формирования личных доказательств заложены элементы следственной технологии формирования доказательств, которая присуща смешанному типу процесса. Для этого типа характерно наличие следственной формы досудебного производства, которая распространяется на два системообразующих института уголовно-процессуального права: обвинение и доказывание<sup>25</sup>. Поэтому изменение технологии доказывания неразрывно связано с изменением модели обвинения: со следственной на судебную. При переходе на судебную модель предъявления обвинения изменится и процессуальная основа формирования уголовно-процессуальных доказательств (личных). Только в состязательном суде должно происходить формирование уголовно-судебных личных доказательств. При их оспаривании, по общему правилу, должен проводиться перекрестный допрос лица – источника сведений.

Таким образом, формирование личного доказательства обязательно должно иметь судебный фазис: только в судебном следствии посредством прямого перекрестного допроса может быть сформировано личное доказательство как средство установления истины по делу или констатации неустранимых разумных сомнений в ее установлении. Исключением из этого общего положения должно быть признание процессуальным противником личного доказательства и отказ от перекрестного допроса или же проведение судебного разбирательства в особом порядке, что подразумевает принятие без спора защитой доказательств обвинения.

Проблематика судебного следствия и формирования личных доказательств с применением перекрестного допроса переплетаются и образуют центр правовой организации правосудия по уголовным делам. Приоритет судебного следствия и доказывания над предварительным следствием и доказыванием должен найти не только формальное, но и «реальное» закрепление – на уровне правовой культуры, сознания, психологии участников уголовно-процессуальной деятельности. Задача науки заключается в том, чтобы подготавливать теоретический фундамент для перехода к состязательной парадигме судебного доказывания.

Поступила в редакцию 03.11.2020

Машовец Асия Океановна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного процесса  
E-mail: okeanovna@me.com

Лучинкин Федор Михайлович, соискатель кафедры уголовного процесса  
E-mail: fedor-luchinkin@mail.ru

Уральский государственный юридический университет  
620137, Россия, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21

*A.O. Mashovets, F.M. Luchinkin*

## THE ISSUE OF THE FORMATION OF PERSONAL EVIDENCE IN THE JUDICIAL INVESTIGATION IN A CRIMINAL CASE

DOI: 10.35634/2412-9593-2021-31-2-277-285

An investigative model is included in the modern approach to criminal procedural proof. This is most clearly manifested in the process of generating personal evidence. Its central elements are interrogation and other investigative actions, which are aimed at obtaining evidentiary information from persons. The judicial phase is not required in the formation of personal evidence. The court may be satisfied with the knowledge gained by the investigator from different persons. Such information is presented in the form of investigative actions records and other materials of the criminal case. This technology for the formation of personal evidence does not meet the standards of a fair trial, which requires that only

<sup>25</sup> См.: Александров А.С., Александрова И.А., Власова С.В. Теоретическая концепция государственно-правовой организации противодействия преступности в 21 веке // Государство и право. 2019. № 9. С. 75-86.



the court is authorized to form the final form of evidence from their primary sources. Direct and cross-examination should be recognized as the main elements of the formation of personal evidence in a criminal case. All other means (documents in written or electronic form) may have just secondary evidentiary value. Therefore, testimony given during the pre-trial proceedings should be disclosed only in cases where the defense denies the accusation. The procedure for presenting or examining derivative personal evidence is acceptable in undisputed cases where interrogation may not take place. The transition to an adversarial model of the personal evidence formation in court involves a change in the form of accusation: from investigative to judicial and procedural presumption that any information obtained by the parties before the trial should be orally and adversarial examined during the trial.

*Keywords:* formation of evidence, technology of proof, personal evidence, cross-examination, criminal procedure.

Received 03.11.2020

Mashovets A.O., Doctor of Law, Associate Professor, Professor at Department of Criminal Procedure

E-mail: okeanovna@me.com

Luchinkin F.M., PhD candidate at the Department of Criminal Procedure

E-mail: fedor-luchinkin@mail.ru

Ural State Law University

21, Komsomol'skaya st., Yekaterinburg, Russia, 620137