Заслуженный деятель науки Российской Федерации,
академик РАЕН,
доктор юридических наук, профессор
Олег Яковлевич Баев

О. Я. Баев

ИЗБРАННЫЕ РАБОТЫ

(2012–2016 гг.)

Воронеж
Издательский дом ВГУ
2016

УДК 343.13(081)
ББК 67.52
Б15

Баев О. Я.

Б15 Избранные работы (2012–2016 гг.) / О. Я. Баев ; Воронежский государственный университет. – Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2016. – 564 с.

ISBN 978-5-9273-2271-8

Сборник избранных работ заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора О. Я. Баева является логическим продолжением двухтомного издания «Избранные работы», вышедшего в Издательстве Воронежского государственного университета в 2011 г. В настоящий сборник включены избранные произведения автора по проблемам криминалистики и уголовного процесса, опубликованные в 2012–2016 гг.

Издание приурочено к 75-летию профессора О. Я. Баева.

Для теоретиков и практиков в области криминалистики и уголовного судопроизводства, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов.

УДК 343.13(081)
ББК 67.52

ISBN 978-5-9273-2271-8

© Баев О. Я., 2016
© Воронежский государственный университет, 2016
© Оформление, оригинал-макет. Издательский дом ВГУ, 2016

…ПЛЮС ПЯТЬ
(Вместо предисловия)

После опубликования двухтомника моих избранных работ, изданием которых родной факультет отметил мое семидесятилетие (несказанная за то ему благодарность), промелькнуло целых пять лет.

Запомнились они возмужанием детей, начавшейся и продолжающейся юностью внуков, проблемами и тех и других; увы, потерями близких друзей и коллег – декана юрфака профессора Валентина Анатольевича Панюшкина, возглавлявшего наш факультет почти три десятилетия; профессора кафедры криминалистики Александра Васильевича Тямкина, многих других…

И, конечно же, работой (список опубликованных за эти пять лет моих монографических и учебных сочинений, научных статей дается – как отметили бы в казенных бумагах – в приложении к данному изданию).

Где-то год тому назад меня попросили поделиться своими мыслями о криминалистике, что я «после тягостных на этот предмет раздумий» и сделал. Мне представляется, что воспроизведение здесь – в предисловии – результатов этих «раздумий» покажет и объяснит, почему я счел уместным включить в данное издание те или иные из моих работ, опубликованных за эти годы.

КРИМИНАЛИСТИКА: ПОЗАВЧЕРА, ВЧЕРА, СЕГОДНЯ, ЗАВТРА[1]

Давно известно: чтобы понять какое-либо явление, необходимо знать, как это явление возникло, какие этапы оно проходило в своем развитии. И лишь после этого станет ясным не только, чем

[1] Данный текст был впервые опубликован в издании: Криминалистические чтения на Байкале. Иркутск, 2015.

оно является в настоящее время, но и как это явление будет развиваться далее. Сказанное всецело относится и к науке, в том числе, естественно, и науке криминалистике.

В связи с чем вообще-то возникает наука (если говорить об этом вкратце и в самом огрубленном и общем виде)? Видимо тогда, когда накопленный в той или иной области профессиональной деятельности опыт нуждается в обобщении и теоретическом осмыслении.

Говорят, что второй древнейшей профессией является журналистика (на первое место – не буду обсуждать сейчас, по праву ли? – ставят проституцию). Вряд ли с этим можно согласиться. Задолго до журналистики потребности общества вызвали к жизни фигуру расследователя деяний «возмутителей спокойствия», расследователя того, что с возникновением государства стало называться деликтом, правонарушением и преступлением.

Увы, история человечества, история цивилизации – это во многом (вспомним, хотя бы убийство Каином Авеля!) история преступлений и наказаний. А чтобы наказать преступника, его надо как минимум найти и изобличить. Менялись эпохи, менялись и методы изобличения правонарушителей, методы расследования преступлений. Многие века средства и приемы расследования преступлений изучались, обобщались, разрабатывались в рамках теории уголовного судопроизводства (как бы мы сказали сегодня, в рамках науки уголовного процесса) – это позавчерашний день отрасли знаний, целенаправленно анализирующей и рационализирующей на этой основе практику названного вида государственной деятельности – той, которую мы сейчас именуем наукой криминалистикой.

Так продолжалось до последней четверти XIX в.

Здесь вновь необходимо краткое отступление. Как (выше я говорил, в связи с чем) возникает любая новая наука? По словам известного отечественного философа П. В. Копнина: «Длительное время система знаний развивается внутри какой-либо науки, а потом ее связи с другими теоретическими системами, входящими в нее, ослабевают, и сама она внутренне разрастается, вырабатывает свой язык и метод и, таким образом, становится самостоятельной областью знания, получает свое имя».

Так и наука криминалистика возникла тогда, когда появился метод, «не вписывающийся» в науку уголовного процесса. Им, как из-

вестно, стал первый научно обоснованный способ идентификации личности, именовавшийся (по фамилии его создателя) «бертильонажем» (1879 г.). Самим же наименованием возникшей науки о расследовании преступлений мы обязаны австрийскому комиссару полиции и профессору Гансу Гроссу, предложившему его в 1897 г., а в следующем году издавшему фундаментальный труд «Руководство для судебных следователей как система криминалистики».

«Криминалистика, – писал Ганс Гросс, – по природе своей начинается лишь там, где уголовное право, также по своей природе, прекращает свою работу: материальное уголовное право имеет своим предметом изучение преступного деяния и наказания, формальное уголовное право (процесс) заключает в себя правила применения материального уголовного права. Но каким именно способом совершаются преступления? Как исследовать эти способы и раскрывать их <…> обо всем этом нам не говорят ни уголовное право, ни процесс. Это составляет предмет криминалистики».

Это – вчерашний день криминалистики.

В 1967 г. Р. С. Белкин впервые предложил принципиально новое представление о предмете криминалистики как науки, в первую очередь, о закономерностях, лежащих в сфере судебного исследования преступлений.

Действительно, чем занимается любая наука, претендующая на самостоятельный характер? Очевидно, изучением закономерностей, которым подчиняется объект ее исследований. После длительных плодотворных научных дискуссий большинство их участников присоединились к концепции Р. С. Белкина.

В окончательном виде, «по Белкину», «криминалистика – наука о закономерностях механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных средствах и методах судебного исследования и предотвращения преступлений».

Такое понимание предмета науки криминалистики – ее день сегодняшний.

Как мне видится дальнейшее развитие криминалистики, ее день завтрашний?

Рассуждения на эту тему следует начать с аксиомы о том, что в результате совершения преступления как взаимодействия объек-

тов происходит – и это убедительно обосновано материалистической гносеологией – процесс отражения одного объекта взаимодействия на другом объекте (и наоборот); происходят соответствующие изменения этих объектов и на этих объектах. Эти изменения, обусловленные преступлением, находящиеся с ним в неких причинно-следственных связях существуют объективно, вне зависимости от сознания воспринимающих их субъектов (следователя, дознавателя, очевидцев преступления и других свидетелей). Но это еще не следы. Как ни парадоксально, на первый взгляд, это звучит, следы сами по себе не обозначены, не обособлены от окружающей среды, в нее они вплетены, они в этом качестве – в качестве следов – лишь осознаются соответствующим субъектом познания интересующего его объекта.

Увы, далеко не все, а лишь некоторые, определенные части результатов объективно (это вновь особо подчеркну) возникшего отражения от преступления следователь воспринимает, осознает – на основе знания им всех достижений современной криминалистики, как информацию уголовно-релевантную, ее он вычленяет из последствий и следствий преступления, осознает, что она является следом преступления.

Иными словами, следом является не каждое из неисчерпаемого количества всех самых разнообразных материальных изменений, связанных с преступлением, а лишь те из них, которые на современном этапе развития криминалистики осознаются в этом качестве. Осознаются как следы, возникшие в результате преступной деятельности либо с ней связанные причинно, и, что главное, которые мы в настоящее время умеем обнаруживать, фиксировать, изымать, исследовать и использовать в целях познания, реконструкции преступных событий.

По мере того как криминалистика не только осознает значимость отдельных результатов такого отражения для расследования преступлений, но и создает методики извлечения (обнаружения, фиксации), исследования и использования возникающей информации, эта ее часть осмысливается как следы преступления. Именно их и будет целенаправленно искать, а затем «перерабатывать» (изымать, исследовать и т. д.) следователь.

Процесс осознания криминалистического значения всё большей части объективно возникающей информации – перманентно

поступателен. Характерным примером этого в настоящее время служит появление понятия «виртуальные следы преступления», основанного на том, что особенности компьютерных технологий, используемых зачастую на различных стадиях преступной деятельности, вне зависимости от желания пользователя влекут возникновение информации. В настоящее время она не только осознается в качестве уголовно-релевантной субъектом доказывания, но – вновь это подчеркну – имеются научно обоснованные криминалистические методики ее обнаружения и исследования.

У меня нет сомнений, что дальнейшее развитие науки криминалистики позволит со временем извлекать из «остаточных» результатов процесса отражения при совершении преступлений и другую, не известную нам в настоящее время, уголовно-релевантную информацию; обоснует закономерности ее возникновения и существования, создаст научно обоснованные методики ее переработки. Тогда-то подобная информация и станет осознаваться в качестве следов преступления, которые будут целенаправленно обнаруживаться, изыматься и исследоваться при расследовании преступлений.

И это касается не только следов материальных, но и следов идеальных, виртуальных и… других, существование которых в настоящее время я даже представить себе не могу….

«О, сколько нам открытий чудных…» таит криминалистика завтрашнего дня!..

КРИМИНАЛИСТЫ И ПРОЦЕССУАЛИСТЫ: СОСЕДИ ПО КОММУНАЛЬНОЙ КВАРТИРЕ ИЛИ ИГРОКИ ОДНОЙ КОМАНДЫ?*

Можно без преувеличения сказать, что одной из наиболее острых теоретических проблем за все время с момента возникновения и становления криминалистики как самостоятельной (имеющей свой предмет и методы) науки являлся и является вопрос о разграничении ее и науки уголовного процесса. Вопрос о том, где кончается уголовный процесс («формальное уголовное право», по определению Ганса Гросса, сформулированному им в 1898 г.[1]), а где начинается криминалистика.

В отечественной юридической литературе последняя широкая научная дискуссия по этой проблеме, насколько известно, состоялась в последней трети прошлого века; основные мнения, в ней высказанные, будут рассмотрены чуть позже.

И вот некоторое время тому назад в «интернетном» издании появилась статья А. С. Александрова, изобличающая современную криминалистику в «семи смертных грехах», в «захвате» ею теории доказательств, статья эпатажная, во многом бездоказательная (местами просто нравственно некорректная).

Для обоснования высказанного мнения об этой статье достаточно, думается, привести всего лишь одну цитату из нее (еще одна, о том же свидетельствующая, будет приведена позже): «То, о чем пишут в своих научных трудах профессора… (опускаю здесь перечисляемые автором фамилии уважаемых криминалистов. – О. Б.) и многие другие корифеи, непонятно, причем не

---

* Впервые опубликовано: Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 1 (2).

[1] См.: *Гросс Г.* Руководство для судебных следователей как система криминалистики. М., 2002. С. II.

только практикам, но даже ученым – коллегам по специальности (процессуалистам)».

Разительным и поучительным примером противоположного, в высшей степени интеллигентного стиля научной дискуссии может служить «ответная» статья Л. Я. Драпкина, озаглавленная им «Совсем несмертные грехи профессора А. С. Александрова»[2].

И все же статья А. С. Александрова объективно оказалась полезной. Впервые за многие последние годы эта статья (может быть, вне зависимости от локальной цели, поставленной перед собой автором) побудила к необходимости на новом витке развития научного знания вновь серьезно поговорить о соотношении предметов таких дисциплин криминального цикла, как уголовный процесс и криминалистика.

Сразу следует оговориться: в очень незначительной степени представляет интерес специальность 12.00.09 как таковая (судьбой которой столь озабочен А. С. Александров), сконструированная ВАК по совершенно невнятным основаниям и по ним же изменяемая. Вдруг захотел этот, в сути своей, административный орган исключить из перечня составляющих эту специальность научных дисциплин судебную экспертизу – и сделал это; счел необходимым включить в него оперативно-розыскную деятельность, и пожалуйста, есть она в этом перечне. Интерес представляет не эта «ВАКовская» специальность, а состояние названных выше наук, их между собой соотношение.

Как-то даже неудобно напоминать столь высоко- и разносторонне образованному научному сотруднику, которым, безусловно, является А. С. Александров, тривиальную истину о функциональной направленности наук «криминалистика» и «уголовный процесс». И тем не менее.

Состоит она в теоретическом осмысливании того, что делается в изучаемой той или иной из них области реальной действительности, в выведении в результате этого неких постоянных ее характеристик (закономерностей?). Каким образом на этой основе можно и следует, если не оптимизировать, то как минимум рационализировать деятельность профессионалов, «обслуживающих» эту область человеческой жизни? Как, простите за высокий «штиль»,

[2] *Дропкин Л. Я.* Совсем несмертные грехи профессора А. С. Александрова. URL: http://uro-masp.livejournal.com/26335.html#cutid1

использовать эти достижения для целей людей, существующих в ней, вовлеченных в деятельность внутри нее, наконец, просто желающих пользоваться этими научными наработками в своих личных интересах?

Итак: в связи с чем вообще возникает наука (если говорить об этом вкратце и в самом огрубленном и общем виде)?

Потребности человека, потребности общества вызывают к жизни тот или иной вид деятельности – от строительства жилища и врачевания до изучения круговращения звезд и определения места человека под ними. Накопленный в этих видах деятельности опыт нуждается в обобщении и теоретическом осмыслении. И тогда возникает соответствующая наука: медицина и архитектура, алхимия и химия, астрология и астрономия.

Говорят, что второй древнейшей профессией, вторым древнейшим видом профессиональной деятельности является журналистика (на первое место – не буду обсуждать сейчас, по праву ли? – ставят проституцию).

Вряд ли с этим можно согласиться (речь здесь о гордыне, по мнению А. С. Александрова, – первом «смертном грехе» криминалистики).

Задолго до журналистики потребности общества вызвали к жизни фигуру расследователя «возмутителей спокойствия», расследователя того, что с возникновением государства стало называться деликтами, правонарушениями и преступлениями. Увы, история человечества, история цивилизации – это во многом история преступлений и наказаний. А чтобы наказать преступника, его надо как минимум найти и изобличить.

Основы деятельности по расследованию преступлений таятся в глубокой древности, в той, где таится первое из наиболее известных, «знаковых» преступлений на земле – убийство Авеля.

Вот как это произошло и расследовалось:

«...восстал Каин на Авеля, брата своего, и убил его.

И сказал Господь (Бог) Каину: где Авель, брат твой? Он сказал: не знаю; разве я сторож брату моему? И сказал (Господь): что ты сделал? Голос крови брата твоего вопиет ко Мне от земли…» (Быт. 4).

Иными словами, возникла классическая до сегодняшнего дня схема: убийство, попытка уйти от ответственности, извернуться

(«разве я сторож…»), изобличение («кровь брата твоего…») и последующее наказание лица, изобличенного в убийстве…

Кстати, вот как комментируют теологи эту ситуацию: Каин «с упорством ожесточившегося грешника не только запирается в преступлении, но и дает дерзкий ответ Богу… Бог приступает, наконец, к осуждению его, в котором проявляет свое всеведение, всемогущество, правосудие и милосердие». «Голос крови брата твоего…» обозначает тяжкое преступление, остающееся по неведению или небрежению безнаказанным у людей…»[3].

Совершенно очевидно, что деятельность по раскрытию данного злодеяния (да простят меня за «гордыню» А. С. Александров и другие поддерживающие его мнение процессуалисты) не была деятельностью уголовно-процессуальной.

Ну не было тогда государства, которое с момента своего возникновения – и в этом одна из основных функций любого государства – с лихорадочной спешностью устанавливает «правила игры», определяет, в частности, что должен и что не должен делать его гражданин, что есть преступление, его виды, какова ответственность за совершение каждого из них. Кто, и главное в изучаемом контексте, как и в каких формах должен устанавливать вину ослушников и приговаривать их к наказанию. Лишь после этого возникла уголовно-процессуальная деятельность как таковая – как одна из важнейших сфер существования и функционирования государства.

Именно это – потребность государства, его потребность в необходимости теоретического обоснования устанавливаемых им прав, обязанностей и ответственности, научно обоснованной рационализации уголовного судопроизводства – этой одной из наиболее существенных областей жизнедеятельности государства – и предопределило первоочередное возникновение науки, именуемой в настоящее время наукой уголовного процесса.

«В отличие от уголовно-процессуального права, – совершенно верно замечает Н. П. Кузнецов, – наука уголовного процесса, как и правовая наука в целом, ничего не предписывает, не дозволяет и не запрещает (это компетенция государства, а не ученых. – *О. Б.*); она изучает, исследует соответствующие правовые явления»[4].

---

[3] Толковая библия : в 3 т. / под ред. А. П. Лопухина. М., 2001. Т. 1. С. 28.

[4] Уголовный процесс России / под ред. З. Ф. Ковриги, Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 15.

И в первую очередь, естественно, представители возникшей науки уголовного процесса изучали способы, методы установления в уголовном судопроизводстве истины, пытаясь обосновать и сформулировать, а затем и предложить государству наиболее целесообразные, с их точки зрения, средства достижения истины с учетом потребностей государства, чью уголовно-процессуальную правовую систему они осмысливали.

Менялись эпохи, видоизменялись государства, их общественный и политический строй; соответственно, менялись и методы изобличения правонарушителей, методы расследования преступлений в рамках установленных государством видов и форм уголовного судопроизводства, изучение которых с теоретических позиций являлось объектом науки уголовного процесса с целью обеспечения его, любимого, государства – средствами рационализации и оптимизации этой деятельности. Их-то потому теоретики полагали необходимым опосредовать в законах, посвященных уголовному судопроизводству.

Так в недрах науки уголовного процесса и возникло учение о судебных доказательствах, в конечном счете сформировавшееся в теорию уголовно-процессуальных доказательств или уголовно-процессуального доказывания, отвечающую, повторим, потребностям государства на определенном этапе его существования и развития.

К примеру, достойные святые отцы монахи-инквизиторы XV в. Генрих Институрис и Яков Шпренгер в одной из, пожалуй, самых страшных книг в истории человечества – «Молоте ведьм» – подробно расписали, как расследовать преступления еретиков.

Вот как звучит наименование одного из параграфов этого сугубо «научно обоснованного учебно-методического пособия по “теории доказывания”»: «Пятнадцатый вопрос о том, как продолжается пытка, о признаках, по которым судья узнает ведьму, как должен он защищать себя от околдования и как они остригаются и где прячут свои орудия околдования. К сему добавляются разные объяснения о том, как надлежит сломить их запирательство»[5].

Правомерность не менее «душевных» средств доказывания ученые-процессуалисты обосновывали и предлагали своим «работодателям» (государству) для их законодательного опосредования многие томительные – не десятилетия – века! – до и после этих

[5] Молот ведьм. М., 1990. С. 299.

святых отцов – специалистов в области уголовного судопроизводства…

И тем не менее, всегда, во всех уголовно-процессуальных системах любого государства доказывание – ядро уголовного судопроизводства; оно «является основой науки по собиранию, исследованию, проверке и оценке доказательств при реализации основной и неизменной задачи уголовного судопроизводства – установления преступления и определения наказания за его совершение. Проблема доказывания имеет непреходящее значение и со временем приобретает все большую остроту»[6].

Лишь в таком контексте можно говорить о криминалистике как о науке, «вышедшей из недр уголовно-процессуальной деятельности и с самого начала имеющей своей главной задачей обеспечение эффективного выполнения требований уголовно-процессуального закона при расследовании преступлений путем их практической конкретизации»[7].

Не ставя здесь перед собой задачи сколь-либо подробно освещать причины возникновения криминалистики (так же как и историю ее развития), можно лишь сослаться на слова известного философа П. В. Копнина, как нельзя точно, как нетрудно убедиться, объясняющие феномен возникновения «смежных» наук: «Процесс образования научных дисциплин, – пишет он, – носит конкретно-исторический характер; длительное время система знаний развивается внутри какой-либо науки, а потом ее связи с другими теоретическими системами, входящими в нее, ослабевают, и сама она внутренне разрастается, вырабатывает свой язык и метод и, таким образом, становится самостоятельной областью знания, получает свое имя»[8].

Вот таким же естественным «конкретно-историческим» образом возникла и отпочковалась от науки уголовного процесса и наука криминалистика, имеющая с первой (в частности, с наиболее значимой в рассматриваемом отношении ее составляющей – тео-

---

[6] *Дулов А. В., Рубис А. С.* Основы формирования криминалистической теории доказывания. Минск, 2004. С. 3.

[7] *Яблоков Н. П., Головин А. Ю.* Криминалистика : природа, система, методологические основы. М., 2009. С. 15.

[8] *Копнин П. В.* Гносеологические и логические основы науки. М., 1974. С. 310.

рией судебного доказывания) единое поле деятельности и изучения.

Следует напомнить, что в этой связи практически сразу в юридической литературе возникла дискуссия о соотношении предметов науки уголовного процесса и науки криминалистики.

Также, не считая здесь необходимым излагать многие этапы этой научной полемики – новое, как известно, чаще всего, – хорошо забытое старое, – сразу обращусь к 1977 г., когда один из наиболее крупных отечественных криминалистов А. И. Винберг, выдвинул (реанимировал? – *О. Б.*) положение, согласно которому наука уголовного процесса в части, относящейся к собиранию и исследованию доказательств, познанию закономерностей этого (теория доказательств), составляет раздел науки криминалистики и потому должна изучаться в рамках общей теории последней[9].

Данная гипотеза широко обсуждалась в печати, на различных научных и научно-практических конференциях. Свое мнение по этому положению высказали Р. С. Белкин, А. Н. Васильев, В. Я. Колдин, Г. М. Миньковский, А. Р. Ратинов, И. Ф. Пантелеев и другие криминалисты и процессуалисты.

Основные возражения оппонентов А. И. Винберга сводились к тому, что закономерности возникновения, собирания, исследования, оценки и использования доказательств изучаются не криминалистикой, а уголовным процессом, точнее, теорией судебных доказательств.

Так, А. Н. Васильев, чью позицию в настоящее время всецело, как можно полагать, разделяет А. С. Александров, отказывая криминалистике в праве на изучение названных закономерностей, пришел к выводу о том, что теория доказательств является для криминалистики руководящим методом, а потому последняя есть (и иной быть не может) прикладная наука уголовного процесса[10].

«Криминалистам, – суровым менторским тоном поучает А. С. Александров, – надо понять то, что теория не их удел, не надо браться за разработку таких вопросов, как природа судебной

---

[9] См.: *Винберг А. И.* Теория доказательств в науке советской криминалистики // Советское государство и право. 1977. № 12. С. 75.

[10] См.: *Васильев А. Н.* Критические замечания о соотношении криминалистики и уголовно-процессуальной теории доказательств // Советское государство и право. 1979. № 4. С. 88.

истины, критерии оценки истины, сущность доказательств и пр.; подобные вопросы решаются не с их инструментарием, а главное – не с их мировоззрением»[11].

По какой-то глубинной ассоциации, читая это, слава богу, не директивное, наставление, вспоминаются слова из статьи одного известного отечественного криминалиста, опубликованной в 1951 г.: «Беспощадно разоблачать подлинную реакционную сущность гроссов и бертильонов – цепных псов капитализма – вот задача советских криминалистов»[12].

Таким образом, и в наши дни, в сущности, в рассматриваемом аспекте данная проблема может быть сформулирована следующим образом: теория доказательств *или* криминалистика, либо – и этой позиции я придерживаюсь – теория доказательств *и* криминалистика.

Теория доказательств и криминалистика имеют общий объект исследования: практическую деятельность по собиранию, исследованию, оценке и использованию доказательств, доказывание в уголовном судопроизводстве. В этом смысле доказывание в уголовном судопроизводстве – системный, междисциплинарный объект. Иными словами, теория доказательств и криминалистика изучают различные стороны, различные аспекты доказывания в уголовном судопроизводстве (первая – процессуальные, вторая – криминалистические) и разрабатывают соответствующие средства и способы оптимизации названного вида человеческой деятельности (процессуальные – теория доказательств, криминалистические – криминалистика) в рамках уголовного процесса. А может быть, криминалистика изучает некие иные закономерности, чем теория доказательств?

Вот что писал по этому поводу Г. М. Миньковский: «…теория доказательств изучает явления и закономерности, связанные с поведением людей в специфических условиях совершения преступления, причинные, временные и пространственные взаимосвязи этих явлений, общие закономерности отображения событий и действий на материальных объектах и в сознании людей. Дальнейшая

---

[11] *Александров А. С.* Семь смертных грехов современной криминалистики. URL: http://uro-masp.livejournal.com/25801.html#cutid2

[12] Цит. по: *Яблоков Н. П., Головин А. Ю.* Указ. соч. С. 56. Приводимую ими фамилию этого автора я счел необходимым здесь опустить.

детализация этих закономерностей, проявляющихся в конкретных условиях формирования отдельных разновидностей доказательственной информации, ниже того уровня общности, который положен в основу нормативного регулирования, выходит за рамки теории доказательств. Здесь начинается предметная область криминалистики»[13].

Как видим, названные закономерности признаются предметом как теории доказательств, так и криминалистики. Разграничение здесь может быть проведено, по мысли автора этого положения, с точки зрения урегулированности результатов их проявления нормами права: что подпадает под действие уголовно-процессуальных норм – то теория доказательств, что нет – относится к криминалистике.

Иными словами, что в уголовно-процессуальном законе, то наука уголовного процесса; что вне уголовно-процессуального закона, то криминалистика (как всегда, в каждой шутке, в том числе и в этой, есть доля шутки).

С подобным мнением трудно согласиться. Закономерности как таковые объективны; они не могут изменить данного своего качества в зависимости от того, регламентируются ли результаты их проявления законом или нет. Кроме того, неясно, что именно надлежит относить к уровню общности, положенному в основу нормативного регулирования, ниже которого, как поясняет Г. М. Миньковский, начинается область криминалистики.

Многие десятилетия уголовно-процессуальные законы всех советских социалистических республик запрещали домогаться показаний путем насилия, угроз и иных незаконных мер лишь у обвиняемого.

Однако несомненно, что данное положение, по сути своей фиксирующее проявление известной социально-психологической закономерности, касалось не только обвиняемого, но и других лиц, и в этом качестве активно изучалось как теорией доказательств, так и криминалистикой.

Оно служило и служит в настоящее время одним из основных критериев допустимости тактических приемов допроса и ряда других следственных действий. Но лишь в 1981 г. редакция этого положения законодательно была изменена следующим образом:

[13] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 17–18.

«Запрещается домогаться показаний обвиняемого и других участвующих в деле лиц путем насилия, угроз и иных незаконных мер».

Изменился ли в результате ее уточнения характер самой закономерности? Очевидно, нет. Она и возможные результаты ее проявления, как и ранее, будут изучаться и теорией доказательств, и криминалистикой.

«Теория доказательств, – подчеркивает Р. С. Белкин, – исследует общие закономерности, определяющие условия формирования доказательственной информации, ее сохранения и переработки… Криминалистика исследует специальные, меньшей общности, более конкретные закономерности формирования доказательственной информации применительно к особенностям образования следов рук, ног, орудий взлома и т. д., восприятия и сохранения информации в памяти людей, в зависимости от внешних и внутренних условий»[14].

Здесь, следовательно, разграничение проводится в зависимости от уровня общности самих закономерностей, с чем, видимо, также нельзя полностью согласиться.

Уголовно-релевантная, потенциально-доказательственная информация – один из видов информации в целом. В результате совершения преступления возникают не доказательства как таковые в уголовно-процессуальном смысле, а информация, связанная с совершением преступления, с фактами изменения вследствие этого отображаемой реальности. Такая информация существует объективно, вне сознания лица, расследующего преступление. Ее возникновение, сохранение, возможности переработки подчиняются определенным объективным закономерностям. Лишь сознание следователя, его целенаправленная деятельность, обращение его к информации на основе познания как названных закономерностей, так и закономерностей формирования доказательств, позволит выявить последние, придать информации доказательственную силу, включить ее в этом качестве (доказательств) в процесс доказывания[15].

В то же время самые общие закономерности возникновения, сохранения и переработки информации изучаются, конечно, не те-

---

[14] Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 29.

[15] Этот аспект доказывания очень убедительно исследован А. В. Дуловым. См.: *Дулов А. В., Рубис А. С.* Указ. соч. С. 49–60.

орией судебных доказательств или криминалистикой. Они изучаются теорией информации, предмет которой составляют «законы и способы измерения, преобразования, передачи, использования и хранения информации… оптимальные и близкие к оптимальным методы передачи информации по каналам связи в предположении, что можно в широких пределах варьировать методы кодирования сообщений в сигналы на входе канала связи и декодирования сигналов в сообщения на выходе этого канала»[16].

В сущности, и теория доказательств, и криминалистика изучают те же закономерности, но: а) относительно специфического вида информации – имеющей уголовно-релевантное значение, доказательственной; б) в специальных целях – для использования результатов их проявлений в процессе доказывания в рамках уголовного судопроизводства в установленных уголовно-процессуальным законом формах.

Содержание изучаемых этими научными дисциплинами закономерностей подробно изучено Р. С. Белкиным, В. Я. Колдиным, А. А. Эксархопуло, Н. П. Яблоковым, рядом других известных отечественных криминалистов и процессуалистов, что позволяет здесь отдельно на этой проблеме не останавливаться. Следует лишь вкратце напомнить, что, по мнению большинства из них, – это закономерности преступной деятельности (чаще всего эти закономерности понимаются в литературе более узко – как закономерности механизма совершения преступлений), возникновения, существования, трансформации и исчезновения информации о ней, возможных и рациональных направлениях и способах ее переработки для условий уголовного судопроизводства.

Но это еще не означает, что теория доказательств или криминалистика – части теории информации или ее прикладные научные дисциплины.

Они – самостоятельные научные дисциплины, изучающие данные информационные закономерности каждая в своих целях, обусловленных направленностью и предметом своих исследований.

К примеру, теория судебных доказательств формирует, обосновывает и предлагает законодателю источники доказательств, порядок и условия производства тех комплексов познавательных и

[16] Философская энциклопедия. Т. 5. М., 1970. С. 210 ; Энциклопедия кибернетики. Т. 1. Киев, 1975. С. 395.

удостоверительных операций, посредством которых доказательства формируются (главным образом, действий следственных и судебных).

Криминалистика на основе познания тех же закономерностей формирует, обосновывает и предлагает правоприменителям технические, тактические и методические приемы и рекомендации по осуществлению информационно-познавательной деятельности в рамках правоотношений, установленных на определенный временной интервал уголовно-процессуальным законом, в рамках порядка и условий формирования доказательств, им же предусмотренных применительно к каждому источнику доказательств.

Более того, не только не исключено, а является традиционным то, что отдельные общие закономерности, связанные с возникновением, сохранением и переработкой информации, выявленные теорией информации и другими науками, могут изучаться криминалистикой непосредственно, минуя стадию изучения их теорией доказательств. Последняя научная дисциплина может обратиться к ним позднее с целью решения вопроса о допустимости и эффективности использования результатов их проявления в уголовном процессе и при необходимости – для обоснований предложений законодателю о способах и формах правовой регламентации их применения в доказывании.

«Так было, – справедливо напоминает в этой связи А. А. Эксархопуло, – с предъявлением для опознания, ранее используемым в качестве тактического приема допроса; со следственным экспериментом, также применявшимся как тактический или технический прием при производстве отдельных следственных действий»[17].

«В недрах практики, – добавляют Л. Я. Драпкин и В. Н. Карагодин, – зародилось такое процессуальное действие, как проверка показаний. Уголовно-процессуальным законом оно было не предусмотрено, а понятие и процедура его проведения до поры до времени разрабатывались в криминалистике. В новом УПК РФ это следственное действие включено в число средств доказывания, а соответственно, и в сферу уголовно-процессуальных теоретических исследований»[18].

---

[17] *Эксархопуло А. А.* Криминалистика : учебник. СПб., 2009. С. 43.

[18] *Драпкин Л. Я., Карагодин В. Н.* Криминалистика : учебник. М., 2011. С. 21.

Приведенный перечень «опережающе» (относительно теории доказательств) создаваемых криминалистикой на основе познания ею закономерностей (и результатов их проявлений) собирания и исследования доказательств приемов и рекомендаций, которые затем находят свое опосредование в уголовно-процессуальном законе, очевидно, не исчерпывающий и продолжаемый…

Таким образом, напрашивается вывод: главное при разграничении предметов криминалистики и теории доказательств, по всей вероятности, не столько в степени общности закономерностей, ими исследуемых, сколько *в целях* их изучения этими научными дисциплинами.

Целью изучения информационных закономерностей теорией доказательств является учет их самих и результатов их проявления в возникновении и развитии норм доказательственного права, его институтов и систем[19].

Даже закономерности отражательных процессов на этапе формирования первичных следов преступления, – отмечает А. В. Победкин, – далеко не безразличны для науки уголовного процесса, «поскольку их характер и особенности являются основой для формирования адекватной процессуальной формы собирания доказательств»[20].

Более того, по мнению этого автора, предметом теории доказательств «как минимум являлись и закономерности формирования следов»[21]*. В то же время, что очевидно, эти закономерности в первую очередь являются предметной областью науки криминалистики.*

На этой основе, как верно замечает В. Я. Колдин, «теория судебных доказательств исследует процесс доказывания как динамическую систему правоотношений, регулируемых принципами и нормами уголовно-процессуального права»[22]. Иными словами, теория доказательств изучает общественные отношения, связанные с уголовным судопроизводством (возникающие в связи с ним).

Но процессуальные отношения не охватывают и не могут охватить всей многогранной, далеко не инвариантной деятельно-

---

[19] См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 28.

[20] *Победкин А. В.* Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2009. С. 25–26.

[21] Там же. С. 27.

[22] *Колдин В. Я.* Предмет криминалистики // Советское государство и право. 1979. № 4. С. 93.

сти по собиранию, исследованию, использованию и оценке доказательств. Она может осуществляться по-разному в рамках одной и той же процессуальной системы, одних и тех же процессуальных правоотношений.

Подобно тому, как, скажем, теория шахматной игры не в состоянии формализовать все возникающие и могущие возникнуть в практике игры ситуации, так и теория доказательств не может облечь в форму соответствующих правоотношений весь процесс доказывания, формализовать всю информационно-познавательную деятельность по расследованию преступлений. А именно она – информационно-познавательная деятельность лица, осуществляющего уголовно-процессуальное исследование преступлений, – есть предметная область науки криминалистики.

Социальная и государственная потребность (необходимость) в познании структуры информационно-познавательной деятельности в данной специфической области, регулируемой процессуальными правоотношениями, на основе осмысления закономерностей, которым она подчиняется, в создании рациональных соответствующих уровню правосознания общества средств и способов этой деятельности по большому счету и составляют предмет науки криминалистики.

Сводить же криминалистику лишь к «технологической» области знаний, изучающей и обобщающей криминальную, следственную, экспертную практику, новые возможности естественных, технических и общественных наук (как то в свое время предлагал И. Ф. Пантелеев[23], идею чего сейчас, по существу, пытается реанимировать А. С. Александров), на наш взгляд, методологически неверно.

Упречность этого положения в следующем.

Прежде всего, если какая-либо область знания не поднимается до осознания и исследования закономерностей собственного функционирования, то она не вправе именоваться наукой. Иначе это не система, а конгломерат знаний, не имеющий системной общности. Криминалистика изучает криминальную, следственную и другую практику с единственной целью: открыть (а не создать!) закономерности возникновения, переработки и использования потенциально доказательственной информации и на этой основе оптимизировать информационно-познавательный процесс доказывания.

---

[23] См.: *Пантелеев И. Ф.* Предмет криминалистики и смежные науки // Советское государство и право. 1981. № 10. С. 83.

Следовательно, криминалистика изучает закономерности возникновения, сохранения, переработки информации, результаты их проявлений при доказывании, но в *иных целях,* чем теория доказательств, – в целях оптимизации средств и способов информационно-познавательной деятельности при расследовании преступлений и рассмотрении уголовных дел в суде.

Нет, однако, сомнений в том, что наука уголовного процесса раскрывает, в каких формах, посредством каких процессуальных и следственных действий осуществляется информационно-познавательная деятельность при доказывании.

И здесь хотелось бы сделать некое отступление, начав его со следующей цитаты из статьи, несколько лет назад опубликованной в академическом юридическом журнале:

«Уголовное судопроизводство в силу своего консерватизма и уязвимости относится недоверчиво к сведениям, установленным в рамках иной деятельности (в данном случае имеется в виду оперативно-розыскная деятельность. – *О. Б.*). Так происходит потому, *что в сознании юриста существует уверенность*, *что одно лишь соблюдение формы может обеспечить достоверность результата… и потому большинству людей, по слабости духа, необходимо “объективное обоснование”, на которое можно опереться. Когда-то это была “воля богов”, сейчас – норма (форма) закона»* (выделено мной. – *О. Б.*)[24].

На эти слова, свидетельствующие о вульгарно-нигилистическом отношении их автора к закону, можно было бы не обращать внимания, если бы… не их опасность.

Увы, данное мнение может быть расценено как «теоретическое» обоснование соответствующего отношения к закону значительного числа практических работников уголовной юстиции, продолжающих считать право и закон (как писал Ю. О. Домбровский, имевший «счастье» испытать все достоинства «правосудия» советского периода нашей страны на себе) «факультетом ненужных вещей – наукой о формальностях, бумажках и процедурах»[25].

---

[24] *Баранов А. М.* Использование результатов негласных способов собирания доказательств в уголовном судопроизводстве // Государство и право. 2007. № 8. С. 64.

[25] *Домбровский Ю.* Факультет ненужных вещей. М., 1989. С. 87.

Однако «именно в области уголовного права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан», как писал еще в начале прошлого века И. Я. Фойницкий[26].

«История свободы, – спустя столетие, совершенно уместно практически повторяет это принципиальное положение А. В. Смирнов, – это история процессуальных гарантий»[27].

Человечество за всю многовековую и зачастую трагическую свою «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: *лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой, минимально необходимой и возможной, гарантией обеспечения прав человека от репрессивного механизма государства.*

И в этой связи с большой настороженностью следует относиться к предложениям некоторых процессуалистов (заметьте, именно процессуалистов, а не криминалистов, что было бы, на первый взгляд, логичней) о необходимости отказаться от законодательно установленного исчерпывающего перечня средств доказывания и их источников. Достаточно, считает, например, А. Р. Белкин, установления «в законе примерного перечня источников доказательств наряду с детальной регламентацией тех требований, которым они должны удовлетворять. При соответствии этим требованиям вопроса о допустимости источника доказательств и соответственно содержащихся в нем доказательств ни в теории, ни в практике не возникнет»[28].

Очевидно, что принятие такого предложения с логической неизбежностью привело бы к размыванию процесса доказывания по уголовным делам и глобальным нарушениям при этом прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Во-первых, даже в настоящее время, когда ст. 164 УПК устанавливает общие правила производства следственных действий, а основания для производства и порядок осуществления каждого из

---

[26] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. С. 586.

[27] *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2002. С. 219.

[28] *Белкин А. Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 246.

них достаточно подробно регламентированы в УПК, такие нарушения носят широко распространенный характер.

Во-вторых, составление какого-либо законодательно установленного перечня критериев допустимости средств доказывания в силу практически неисчерпаемого разнообразия следственных и судебных ситуаций практически невозможно.

В-третьих, наконец, уже предпринятая законодателем попытка неким образом ввести такой критерий применительно к такому наиболее распространенному следственному действию, как допрос, наглядно показала уязвимость и опасность такого подхода.

Здесь имеется в виду положение, заложенное в ч. 2 ст. 189 УПК, гласящее: «Задавать наводящие вопросы запрещается. В остальном следователь свободен при выборе тактики допроса». Не говоря уже о том, что в этом указании использована «чисто» криминалистическая, а не процессуальная категория (причем взгляды криминалистов на сущность тактики, как известно, весьма различны), оно может быть расценено как некая индульгенция правоприменителям для использования всех других тактических приемов допроса, в которых не содержатся наводящие вопросы, даже при том, что они сами по себе не отвечают другим критериям допустимости тактики этого следственного действия.

Достаточно вспомнить об уже имеющемся опыте применения таких весьма спорных с позиций критериев допустимости тактических приемов, как использование при допросе музыки, запахов, биоритмов, гипнотического состояния допрашиваемого, его введения в наркотическое состояние[29].

Более того, отдельные авторы, как говорится, на полном серьезе предлагают использовать как криминалистическое средство борьбы с преступностью… сновидения (!) «как на этапе выявления и расследования преступлений, так и в ходе судебных разбирательств и экспертных исследований» (!!!)[30].

---

[29] См., напр.: *Китаев Н. Н.* Вопросы теории и практики изобличения лиц, совершивших умышленное убийство : дис. … канд. юрид. наук. Томск, 1994 ; *Его же*. Неправосудные приговоры к смертной казни : системный анализ допущенных ошибок. Иркутск, 2001.

[30] *Сатуев Р. С.* Сновидение : криминалистический фантом или нетрадиционное средство получения значимой для выявления и расследования преступлений информации // Роль и значение деятельности проф. Р. С. Белкина в становлении и развитии современной криминалистики. М., 2002. С. 244–245.

Однако процессуальная форма доказывания, как и любая форма вообще, имеет смысл, если она содержательна. Содержанием же ее (разумеется, лишь в рассматриваемом плане) является информационно-познавательный аспект процесса доказывания: выявление того, как должно осуществляться доказывание в рамках определенных процессуальных форм, уголовно-процессуальных отношений.

Можно в полном соответствии с уголовно-процессуальным законом произвести осмотр места происшествия, допросы свидетелей и подозреваемых, провести очные ставки и другие действия, в форме которых осуществляется доказывание и… даже не приблизиться к установлению истины по данному уголовному делу. Здесь процессуальная форма расследования будет полностью соблюдена, но ее информационно-познавательное, криминалистическое содержание окажется выхолощенным.

Соблюдение всех процессуальных предписаний без наполнения их криминалистическим содержанием – еще не расследование, не исследование преступлений.

«Очень многие следственные производства, – писали более восьмидесяти лет назад В. Громов и Н. Лаговиер, – являясь удовлетворительными с точки зрения соблюдения процессуальных форм, в то же время совершенно неудовлетворительны с точки зрения основной цели всякого расследования – раскрытия материальной истины. Процессуальные нормы внешним образом соблюдены, следствие по делу закончено, а “след” – тот самый – безнадежно утерян... Но что было сделано, чтобы “след” найти, чтобы запутанный клубок распутать? На первый взгляд, сделано все: свидетели допрошены, длинная цепь протоколов налицо. Но более внимательное ознакомление с делом показывает, что в действительности следователь брал лишь те доказательства, которые, если так можно выразиться, сами плыли ему в руки... В сущности, вместо доподлинного расследования и искания истины оказывается чисто обрядовая регистрация всевозможных фактов, которые всплыли сами собой»[31].

К сожалению, по причинам, требующим глубоких специальных исследований (освещение которых явно выходит за пределы темы

[31] *Громов В., Лаговиер Н.* Искусство расследования преступлений. М., 1927. С. 130–131.

настоящей статьи), это наблюдение одних из первых российских криминалистов не только не потеряло, но и приобрело большую актуальность в настоящее время.

Более того, я возьму на себя смелость утверждать, что в материалах любого уголовного дела чаще всего отражается не сама информационно-познавательная (криминалистическая) деятельность как таковая, а ее результаты, выраженные в процессуальной форме, в форме процессуального судебного доказывания. Сама же эта деятельность – подводная часть айсберга, в качестве которого выступает судебное доказывание. А без мощной подводной части любой айсберг переворачивается и раскалывается.

И здесь хотел бы сделать еще одно небольшое отступление.

Л. А. Зашляпин в статье с загадочным для меня наименованием «Криминалистика ± уголовный процесс = правовой нигилизм?!», написанной, по признанию автора, в ситуации «традиционного летнего обострения»[32], искренне негодует по поводу того, что криминалисты активно разрабатывают тактические приемы, направленные на получение от подозреваемых/обвиняемых так называемых «признательных» показаний. Для этого, в частности, как известно, рекомендуются повторные допросы этих лиц. Зачем это делать, недоумевает автор, когда «к допросу обвиняемого все доказательства собраны, им дана оценка, на основании этого лицу предъявлено обвинение?»[33].

Что это, просто наивность или…

Не говоря уже о том, что предъявлением обвинения расследование отнюдь далеко не завершается, что доказательства, лежавшие в его основе, в дальнейшем могут видоизмениться, приобрести иную значимость, нужно сказать честно, без ханжества, следующее.

Нет сомнений, что по многим уголовным делам получение от подозреваемого или обвиняемого «признательных» показаний крайне желательно. Ведь он (если действительно совершил преступление) может назвать все детали его, места сокрытия орудий преступления, трупа, его останков, предметов и документов, которыми он завладел в результате совершения преступления, своих соучастников, в том числе и организаторов или заказчиков престу-

---

[32] *Зашляпин Л. А.* Криминалистка ± уголовный процесс = правовой нигилизм?! URL: http://zash.web.ur.ru

[33] Там же.

пления. Но, не говоря уже о том, что такие показания должны получаться законными и допустимыми средствами, они представляют доказательственную ценность лишь в одном своем уникальном качестве – как источник получения других доказательств об известных этому лицу обстоятельствах совершенного преступления.

И кроме того – будем откровенны: «признательные» показания подозреваемого/обвиняемого, конечно же, если они подтверждаются достаточной совокупностью объективных показаний, во многом формируют внутреннее убеждение следователя, укрепляют его во мнении в безошибочности принятого решения о предъявлении этому лицу обвинения.

Для того чтобы избежать психологически, в общем-то, понятной переоценки значения таких «признательных» показаний (опасность и распространенность чего на практике совершенно справедливо отмечается Л. А. Зашляпиным), необходимо проанализировать собранные по делу доказательства со следующей позиции: какие доказательства, изобличающие обвиняемого по делу, останутся, если из материалов дела исключить «признательные» показания обвиняемого? Если в результате такого анализа окажется, что иных доказательств вины обвиняемого нет или что их совокупность недостаточна для однозначного обоснования обвинения, то должен быть сделан единственный логически и процессуально правильный вывод: виновность данного лица не доказана, преступление не раскрыто.

И именно поэтому криминалисты, хотелось бы об этом напомнить автору, помимо тактических приемов допроса подозреваемого/обвиняемого, не менее активно разрабатывают тактическую операцию, именуемую мной «тактической операцией “проверка показаний лица, признавшего себя виновным в совершении преступления”»[34].

Здесь уместно привести достаточно обширную цитату из работы А. В. Дулова, как нельзя лучше выражающую, по существу, сформулированное ранее одними из первых отечественных криминалистов приведенное выше положение.

---

[34] См., напр.: *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. М., 2008 ; *Саньков В. И.* Тактические ошибки следователя при получении и проверке признания в убийстве : дис. … канд. юрид. наук. Воронеж, 2003.

«Доказательственное право, – пишет он, – учит, как оценивать конкретные факты, как их сопоставлять; систему фактов, которые в совокупности и устанавливают событие совершенного преступления. Однако есть и еще одна сторона, которая остается за пределами доказательственного права, – это умение находить факты, важные для установления истины по уголовному делу. Какие действия для этого надо совершить? На первый взгляд кажется, что на данные вопросы можно получить ответы в уголовно-процессуальном праве. Однако это далеко не так. Уголовно-процессуальное законодательство устанавливает форму, в которую должны быть облечены совершаемые действия, а то, из чего должна складываться сама деятельность, требует дополнительного изучения.

Правовая регламентация деятельности обязательно должна дополняться (и базироваться) на изучении самого ее содержания. Мало знать, как оценивать, сопоставлять факты, прежде всего их надо отыскать. Необходимо создать теоретические основы поиска доказательственных фактов. Задачу разработки научных основ выявления, розыска, фиксации фактов, необходимых для установления преступления, также призвана решать криминалистика»[35].

Тот же бесспорный факт, что отдельные способы, методы (средства), используемые в доказывании, и порядок их реализации, как уже отмечалось, регламентированы уголовно-процессуальным законом, никоим образом не меняет их качественной характеристики. Они обязательны для субъекта уголовно-процессуального исследования преступлений не только потому, что закреплены нормами права, но и потому, что оптимальны с точки зрения всесторонности, объективности и полноты доказывания для всех возможных ситуаций расследования в существующей правовой системе конкретного государства на определенном этапе его развития.

Во все времена и эпохи закон, опосредовавший порядок уголовного судопроизводства, содержал предписания чисто, как мы бы сейчас сказали, криминалистического содержания.

Приведу для иллюстрации сказанному всего лишь два исторических примера.

Уже в Законе XII таблиц (первом своде законов Древнего Рима, 451–450 гг. до н.э.) содержалось такое положение: «Закон XII таблиц предписывает, чтобы при производстве обыска обыскива-

[35] Криминалистика / под ред. А. В. Дулова. Минск, 1998. С. 7.

ющий не имел никакой одежды, кроме полотняной повязки, и держал в руках чашу»[36].

Практический смысл этой, как бы сейчас сказали, процессуально-тактической рекомендации ясен и, увы, актуален и для наших дней: чтобы не возникали сомнения в том, что обыскивающий что-либо значимое в доказательственном отношении подкинул в обыскиваемое помещение.

Одна из первых известных нам рекомендаций по защите доказательственной информации от посягательств со стороны непрофессиональных участников уголовного процесса содержалась еще в опубликованной в 1533 г. «Уголовной Конституции Карла V» (известной как «Каролина»): *«Когда имеется несколько арестантов, их надлежит отделить друг от друга, поскольку это возможно по тюремным условиям, дабы они не могли соглашаться между собой в сложных показаниях либо сговариваться о том, как они намерены оправдываться в своих деяниях»*[37].

Как известно, эта рекомендация по предупреждению того, чтобы лица, содержащиеся под стражей, «не могли соглашаться между собой в сложных показаниях…», неукоснительно соблюдается и в настоящее время.

Следует согласиться с В. Я. Колдиным в том, что «в тех случаях, когда информационно-познавательные процессы становятся предметом правового регулирования, происходит пересечение, но не совпадение предметов рассматриваемых наук (уголовно-процессуальной и криминалистики. – *О. Б.*)»[38].

«“Уровни доказывания”, “алгоритмы”, “методики” и пр., – с интонациями старшего брата поучает А. С. Александров, – все, с чем носятся криминалисты как некими “объективностями”, есть производное от структуры уголовного процесса. Изменится структура (предположим) досудебного производства, – торжествует он, – и весь рой криминалистических построений относительно доказывания (типа пресловутых “уровней”) превратится в хлам»[39].

---

[36] Цит. по: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. З. М. Черниловского. М., 1984. С. 50.

[37] Цит. по: Хрестоматия по истории государства и права / сост. В. В. Ячевский. Воронеж, 1999. Т. 1. С. 393.

[38] *Колдин В. Я.* Указ. соч. С. 81.

[39] *Александров А. С.* Указ. соч.

Вряд ли все это так линейно, как полагает этот автор, да и в целом неверно. Выше уже приводились примеры законодательного перечня источников доказательств под влиянием обоснования криминалистами гносеологической, информационно-познавательной сущности отдельных комплексов познавательных операций, значимости их результатов для доказывания.

«Рекомендации криминалистики, – справедливо отмечают Н. П. Яблоков и А. Ю. Головин, – *не только конкретизируют, но порой и восполняют процессуальные нормы в таких следственных ситуациях, которые не предусмотрены законом, но требуют законных и обоснованных решений. В этих случаях и рождается комплекс тактических приемов, реализуемых впоследствии в самостоятельное следственное действие»*[40].

Очевидно, что одной из задач преподавания курса уголовного процесса в юридических вузах (как минимум в части изучения проблем доказывания) является раскрытие гносеологического, информационно-познавательного содержания процессуальных предписаний, касающихся порядка и условий производства следственных действий, предусмотренных УПК. Почему, например, запрещена постановка при допросе наводящих вопросов, почему лиц или предметов, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех, и т.п.?

Увы, в учебной уголовно-процессуальной литературе эти проблемы, как правило, не рассматриваются; авторы лишь ограничиваются добросовестным перечислением этих предписаний.

Возьмем для иллюстрации этого тезиса лишь несколько примеров из учебников разных авторов, опубликованных, заметим, «одним за другим» одним и тем же уважаемым издательством.

В. Н. Григорьев, А. В. Победкин, В. Н. Яшин в учебнике «Уголовный процесс» (М.: Эксмо, 2008. С. 445) относительно предъявления для опознания живого лица пишут: *«Лицо предъявляется для опознания вместе с другими лицами, по возможности сходными с ним. Общее число лиц, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех»*[41].

---

[40] *Яблоков Н. П., Головин А. Ю.* Указ. соч. С. 16.

[41] *Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н.* Уголовный процесс. М., 2008.

«В целях “чистоты” опознания, – пишет С. Б. Россинский в учебнике «Уголовный процесс» (М.: Эксмо, 2009. С. 402), – *объект предъявляется опознающему лицу совместно с другими однородными ему объектами. Причем общее количество предъявляемых для опознания объектов не может быть менее трех»*[42].

Заметим, что и в учебниках криминалистики, к сожалению, чаще всего процессуальные предписания, касающиеся производства отдельных следственных действий, лишь перечисляются, но никоим образом их авторами не комментируются, информационно-познавательный смысл их не раскрывается[43].

Вряд ли такое «переписывание» положений УПК позволит будущим следователям, прокурорам, судьям избежать ошибок при их практическом применении. Дело в том, что, как говорил еще А. В. Суворов, «каждый солдат должен понимать свой маневр»; а для правоприменителей в области уголовной юстиции их маневры – осознанное выполнение предписаний закона, чему, к сожалению, как это видно даже из приведенных цитат, авторы учебников по уголовному процессу и криминалистике практически не учат[44].

Итак, поставленная выше дилемма должна быть решена в пользу тезиса «криминалистика *и* уголовный процесс». Отстаиваемый подход к соотношению указанных наук дает возможность характеризовать их как подсистемы, входящие в более обширную систему, использовать при ее изучении системный подход и, следовательно, распространить на нее такие основные принципы системного подхода, как целостность и изоморфизм.

Рассмотрение криминалистики и уголовного процесса (в частности, теории доказательств) в качестве системы, во-первых, обязывает к анализу процессуальных и криминалистических проблем доказывания в их взаимосвязи и взаимообусловленности, в том

---

[42] *Россинский С. Б.* Уголовный процесс. М., 2009.

[43] К примеру, применительно к изучению тактики предъявления для опознания так они перечислены в учебниках : Криминалистика / под ред. Е. П. Ищенко и В. И. Комиссарова. М., 2007. С. 292 ; *Драпкин Л. Я., Карагодин В. Н.* Криминалистика : учебник. М., 2011. С. 314–315.

[44] Попытка восполнить этот пробел (с соавтором) (насколько удачной оказалась эта попытка, судить читателям) в работе: *Баев О. Я., Солодов Д. А.* Производство следственных действий. Криминалистический анализ УПК РФ. М., 2009. 2-е изд. М., 2010.

числе в части исследования информационных закономерностей, процессуальных и криминалистических методов, средств и способов доказывания, основанных на познании этих закономерностей.

В конце концов, позволим себе высказать несколько, может быть, эпатажную мысль: для практики доказывания не столь важно, какая из данных наук обладает приоритетом исследования определенных закономерностей, которым эта деятельность подчиняется.

Главное, что обе они обслуживают один объект – доказывание в уголовном судопроизводстве, направлены – каждая со своих позиций и в пределах предмета своего изучения – на оптимизацию доказывания.

Во-вторых, такой подход обусловливает необходимость при разработке способов доказывания использовать основные положения, созданные «внутри» каждой из названных подсистем.

Истинность того или иного утверждения, жизнеспособность сконструированной системы должны проверяться с позиций практики. В понятийном аппарате системного подхода это положение трансформировано в один из основных принципов исследования систем: «сверху вниз» (замысел, анализ, выделение компонент) и «снизу вверх» (от выявления свойств компонентов к свойствам системы как целого)[45]. Верно ли с этих позиций сконструирована система «криминалистика – уголовный процесс (теория доказательств)»?

Если говорить о проверке в первом из указанных направлений, то собственно процессуальное (в узком смысле) доказывание неразрывно связано с информационно-познавательной деятельностью. Разрабатываемые криминалистикой методы, средства и способы реализуются в рамках процессуальных и следственных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом и исследуемых теорией доказательств. Проведение же их без использования средств, методов и способов криминалистики бесцельно для доказывания и установления истины по уголовному делу.

Если же говорить о проверке истинности системы во втором направлении – для анализируемой системы это, видимо, плодо-

[45] См.: Проблемы программно-целевого планирования и управления / под ред. Г. С. Поспелова. М., 1981. С. 16–17.

творность исследований ее проблем, – то большинство из них на высоком научном уровне проводится совместно процессуалистами и криминалистами.

Таким образом, проверка практикой подтверждает правильность и полезность создания системы «криминалистика – уголовный процесс», ее реальное существование и жизнеспособность.

Экстраполируя на рассматриваемую проблему мысль Р. С. Белкина, высказанную им о соотношении криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности[46], можно сказать, что *отношения подчиненности – либо криминалистики теории доказательств, либо теории доказательств – криминалистике* (на первом настаивает А. С. Александров и ряд поддерживающих его мнение ученых) – *должны смениться отношениями равноправного партнерства (взаимодействия).*

Это «связи, – говорится в другой работе Р. С. Белкина (посвященной связи криминалистики и теории судебной экспертизы), – взаимодействия, а не субординации или подчиненности: они используют положения друг друга, каждая в соответствии со своими предметами, задачами и целями»[47].

Предположения (а они время от времени высказываются в литературе) о том, что подобный «симбиоз» приведет к дублированию в научном и дидактическом планах, не представляются убедительными. Они лишь подтверждают необходимость более тщательной координации процессуальных и криминалистических исследований, преподавания данных научных дисциплин. И в заключение. С полной уверенностью можно утверждать следующее.

Процессуалисты и криминалисты – не соседи по кухне в коммунальной квартире с неизбежными в этой ситуации сварами о том, кто на ней хозяин (в которые нас пытаются вовлечь А. С. Александров и ряд поддерживающих его мнение авторов); процессуалисты и криминалисты – игроки единой команды на поле, именуемом уголовным судопроизводством.

---

[46] *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : в 3 т. М., 1997. Т. 1. С. 201 ; см. об этом также: *Белкин А. Р.* Теория доказывания. М., 2005. С. 133.

[47] *Белкин Р. С.* Криминалистика и теория судебной экспертизы : природа и связи // Актуальные проблемы криминалистических исследований и использования их результатов и практики борьбы с преступностью. М., 1994. С. 21.

САМОИДЕНТИФИКАЦИЯ СОВРЕМЕННОЙ КРИМИНАЛИСТИКИ

(объект, предмет и субъектная система современной науки криминалистики)

Перед каждой наукой на определенном этапе своего развития неукоснительно возникает вопрос самоидентификации: откуда она, что она, куда она идет…

Чем моложе наука, тем отчетливей ощущается ее потребность в обращении к этим вопросам. Не составляет в этом исключения и наука криминалистика, которой «всего-навсего» около ста двадцати лет и которая в силу своей направленности, в силу специфики изучаемого ею объекта, увы, представляет постоянный плацдарм для идеологических и политических ее интерпретаций. На последнюю особенность совершенно справедливо обратили внимание В. Н. Терехович и Э. В. Ниманде, статья которых о сущности предмета познания криминалистики (с резким неприятием в ней практически всех теоретических достижений советских криминалистов) явилась основой возобновления дискуссии по поставленным ими вопросам [15, с. 7–13][1].

Однако если отбросить идеологические прилагательные типа «советская» [криминалистика], «ленинская» [теория отражения], очевидно политизированные указания об объекте криминалистики как о преступлениях, «*направленных против советского строя и установленного Советским государством правопорядка*» [15,

---

* Впервые опубликовано: Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 4 (5).

[1] А точнее, ее обострения, ибо эти проблемы с логической неизбежностью являются камнем преткновения, а потому освещаются практически в любой работе, посвященной теории данной науки.

с. 7–8] *(выделено авторами статьи)*[2], нельзя не признать следующее. Именно в 60–80-е гг. прошлого века и именно советскими криминалистами (понимая под ними ученых, работавших в разных республиках Советского Союза) при всех социальных и политических извращениях и недостатках существовавшего устройства общества был внесен наиболее ощутимый вклад в становление общей теории своей науки (как известно, криминалистами западно-европейских стран и стран Северной Америки этим вопросам уделяется незначительное внимание; их исследования носят преимущественно прагматический характер).

И видимо, нет никакой необходимости, да и вряд ли научно корректно сбрасывать эти исследования общей теории криминалистики с «парохода криминалистической современности»[3]. Это, возможно, позволило бы авторам анализируемой статьи избежать ряда весьма спорных, ригористических, умозаключений типа: «В предложенной советскими криминалистами системе знаний имеются множество логических противоречий и недостаточность теоретического обоснования основных утверждений» [15, с. 7].

В качестве же основного «порока» разработанных критикуемыми ими учеными определений объекта познания изучаемой науки авторы называют то, что в него практически всеми криминалистами (исключение составляет, насколько нам известно, позиция В. А. Образцова) включается указание на необходимость изучения закономерностей преступной деятельности, что есть, по их мнению, «антинаучно и асоциально». Они безапелляционно утверждают: «Науку криминалистику не интересует, как совершаются преступные деяния, науку криминалистику интересует, как расследуются преступные деяния» [15, с. 9].

В обоснование этого тезиса, если следующую образную фразу можно расценить как обоснование, они пишут: «Аналогично дело обстоит и в медицине: науку медицину не интересует, как умерщвлять людей, чтобы на основе этих знаний <…> создавать техни-

---

[2] Далее, если иное не оговаривается, мнения других участников дискуссии приводятся по данному изданию.

[3] В частности, как известно, в ее рамках активно и, несомненно, плодотворно углубленно исследовались и те вопросы, которые стали темой обозначенной выше статьи наших латвийских коллег, явившейся толчком к настоящей дискуссии.

ческие средства, тактические приемы и методы выяснения истины по факту смерти, науку медицину интересует, как лечить людей» [15, с. 9–10].

Но позвольте: как (если продолжать проводить аналогию с медициной) можно лечить людей, обосновывать рецепты лечения, не имея представлений о том, как возникло заболевание, о динамике развития заболевания, его стадиях, этапах и последствиях? Вряд ли таковое можно себе представить, без знаний закономерностей данных процессов это будет не наука медицина, а знахарство.

Невозможно отрывать исследование преступлений от того, что исследуется, от механизма совершения преступлений, от того, каким закономерностям – естественно, не всем, а лишь значимым для их исследования – они, преступления, подчиняются. Ведь, начиная расследование, следователь думает в первую очередь о том, как расследуемое преступление было совершено, какие и на каких объектах следы неизбежно или возможно остались, т.е. ищет результаты проявления определенных закономерностей преступной деятельности. Разрабатывать средства исследования преступлений в отрыве от закономерностей последних – все равно что пытаться начертить прямоугольник одной линией – либо без длины, либо без ширины.

Многие другие излагаемые в анализируемой статье положения представляются нам достаточно тривиальными (о том, почему необходимы в структуре уголовного процесса досудебное и судебное производство, об узловых «точках» познания в нем и т. д.) и, думается нам, – да простят нас уважаемые авторы, не раскрывают сущности объекта познания науки криминалистики.

Каким же нам в настоящее время представляется предмет современной науки криминалистики, что является предметом ее изучения?

Сразу напомним, что длительное время криминалистика рассматривалась как техническая (главным образом), прикладная относительно уголовного процесса наука[4].

---

[4] Ретроспективный анализ определений предмета криминалистики и сущности этой науки подробно дан в работах Р. С. Белкина; использован он и в статье М. В. Жижиной и Е. П. Ищенко «История развития и современные представления об объекте и предмете криминалистики» и в ряде других статей, опубликованных в рамках настоящей дискуссии в издании: «Библиотека криминалиста : научный журнал» (В. Н. Карагодина, А. М. Кустова, В. Ю. Шепитько и др.).

Еще в 1967 г. известный отечественный криминалист А. Н. Васильев полагал, что «лучше определить криминалистику как науку об использовании данных естественных и технических наук, в частности физики, химии, механики, биологии, как и психологии, логики, науки управления и других, в деятельности по расследованию и предупреждению преступлений, осуществляемой на основе уголовно-процессуального закона» [4, с. 79].

Как говорил по поводу подобных новаций Гегель, «можно пойти дальше вперед и дальше назад» [6, с. 155]. Определение А. Н. Васильева – «дальше назад». Разве может быть самостоятельной наукой наука об использовании чего-то в таких-то целях? Это – научный и методологический нонсенс.

Но в том же 1967 г. (ровно 45 лет назад!) Р. С. Белкиным было впервые предложено (в статье, опубликованной совместно с его учеником Ю. И. Краснобаевым, к сожалению, очень рано ушедшим из жизни) принципиально новое, можно сказать, революционное представление о предмете науки криминалистики как науки в первую очередь о закономерностях, лежащих в сфере судебного исследования преступлений. И это было – «дальше вперед».

Действительно, чем занимается любая наука, претендующая на самостоятельный характер? Очевидно, изучением закономерностей, которым подчиняется объект ее исследований. Эта посылка как будто является методологической аксиомой, но, будучи приложенной к криминалистике, вызвала, так сказать, научный бум.

После длительных и, несомненно, плодотворных научных дискуссий большинство их участников присоединились к концепции Р. С. Белкина.

В окончательном виде, «по Белкину», «криминалистика – наука о закономерностях механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных средствах и методах судебного исследования и предотвращения преступлений» [4, с. 112].

Таким образом, в самом широком смысле слова, криминалистика изучает три группы закономерностей – совершения преступлений, значимых для их судебного исследования, возникновения и существования информации о преступлениях, а также самой дея-

тельности по исследованию преступлений в рамках уголовного процесса. Именно на этой основе создаются специальные средства и методы судебного исследования и предотвращения общественно опасных деяний.

Как уже отмечено, данное ви́дение предмета криминалистики в настоящее время в целом вполне обоснованно разделяется большинством ученых. И тем не менее отдельные его положения, на наш взгляд, требуют существенных корректировок и уточнений, позволяющих несколько иначе определить предмет этой науки на современном этапе развития с учетом ее места в системе наук, изучающих тот же объект (объекты) реальной действительности.

Следующие положения из определения Р. С. Белкина, думается, требуют уточнения и конкретизации. Во-первых, закономерности только ли механизма преступлений изучаются криминалистами? Во-вторых, что есть «специальные средства», основанные на познании указанных автором закономерностей? И в-третьих, наконец, кто является субъектами «судебного исследования», для которых эти специальные средства создаются?

В частности, нам представляется, что в настоящее время следует вести речь об изучении закономерностей не только механизма совершения преступлений, глубоко исследованных в работах Р. С. Белкина, А. М. Кустова и других криминалистов. Мы полагаем, что объект познания криминалистики более широк; в рассматриваемом отношении это изучение закономерностей преступной деятельности в целом, результаты осознания которых будут лежать в основе разрабатываемых криминалистикой средств, приемов, методов уголовно-процессуального исследования преступлений (о чем подробнее будет говориться далее). Такая потребность в расширении объекта познания криминалистики, на наш взгляд, обусловливается тем, что зачастую в собственно механизм совершения преступлений «вплетаются» действия заинтересованных в этом лиц, которые сами по себе нельзя отнести к криминальным, но без осуществления которых совершение преступлений невозможно. Наиболее ярко такая тенденция проявляется при совершении преступлений организованными преступными группами и сообществами ряда преступлений коррупционной направленности.

Ответ на следующий сформулированный нами вопрос следует искать в подходе к соотношению криминалистики и науки уго-

ловного процесса, в частности теории доказательств. Совершенно прав Р. С. Белкин, в этой связи отмечающий, что «указание на специальный, то есть криминалистический характер средств и методов судебного исследования и предотвращения преступлений отграничивает эти средства и методы от средств и методов, составляющих предмет процессуальной науки» [4].

Здесь необходимо небольшое отступление. Проблема соотношения криминалистики и науки уголовного процесса обсуждается еще со времен Ганса Гросса и других основоположников криминалистики: где кончается формальное уголовное право (процесс) и где начинается криминалистика?

В самом общем виде эта проблема может быть сформулирована следующим образом: закономерности собирания и исследования доказательств изучает теория доказательств или криминалистика, либо – и этой позиции мы придерживаемся – и теория доказательств, и криминалистика.

Информация, циркулирующая в рамках уголовного судопроизводства, – всего лишь один из видов информации в широком значении этого понятия. В результате совершения преступлений возникают не доказательства как таковые в уголовно-процессуальном смысле, а информация, связанная с совершением преступлений, с фактами изменения вследствие этого реальной действительности. Такая информация существует объективно, вне сознания лица, расследующего преступление (или иного субъекта уголовно-процессуальной деятельности). Ее возникновение, сохранение, возможности собирания и исследования подчиняются определенным объективным закономерностям.

Только сознание следователя (здесь и далее под ним, если иное не будет оговариваться, мы имеем в виду – о чем подробнее будет говориться далее – и других профессиональных субъектов уголовно-процессуальной деятельности), его целенаправленная деятельность, обращение его к информации на основе познания как названных закономерностей, так и закономерностей формирования судебных доказательств позволит придать части объективно возникшей в результате совершения преступления информации (ее в науке называют уголовно-ревалентной, т.е. криминалистически значимой информацией) доказательственную силу. Иными словами, включить ее в этом качестве в процесс судебного доказывания.

Самые общие информационные закономерности (возникновения, существования, использования и т.д. информации) изучаются, конечно же, не теорией доказательств и не криминалистикой. Они изучаются теорией информации, предмет которой и составляют «законы и способы измерения, преобразования, передачи, использования и хранения информации» [16, с. 210]. В сущности, и теория доказательств, и криминалистика изучают те же закономерности. Но! Во-первых, относительно специфического, уголовно-релевантного вида информации; во-вторых, каждая из них изучает эти закономерности в своих целях.

Цель изучения информационных закономерностей теорией доказательств – учет их самих и результатов их проявления в возникновении и развитии норм доказательственного права, его институтов и системы. На этой основе, как верно отмечалось в литературе, в частности В. Я. Колдиным, «теория доказательств исследует процесс доказывания как динамическую систему правоотношений». Иными словами, теория доказательств изучает общественные отношения, связанные с процессом доказывания в уголовном судопроизводстве.

Но процессуальные отношения и процессуальные институты не охватывают и в принципе не могут охватить всей многогранной далеко не инвариантной деятельности по собиранию, исследованию, использованию и оценке уголовно-релевантной информации. Даже соблюдение всех процессуальных предписаний без наполнения их криминалистическим содержанием – еще не расследование, не исследование преступлений. Зачастую (и на это обращали внимание более 90 лет назад В. Громов и Н. Лаговиер) «вместо доподлинного расследования и искания истины оказывается чисто обрядовая регистрация всевозможных фактов, которые всплыли сами собой» [7, с. 130–131].

К сожалению, по причинам, требующим глубоких специальных исследований (освещение которых явно выходит за пределы темы настоящей статьи), это наблюдение одних из первых российских криминалистов не только не потеряло, но и приобрело большую актуальность в настоящее время. Всецело следует согласиться с Е. П. Ищенко в том, что «криминалистика в системе уголовно-правовых наук должна рассматриваться не только как равноправная, но и во многом обеспечивающая реальное функционирование уго-

ловного права и уголовного процесса, которые без нее, образно говоря, повисают в воздухе, лишаются возможности реализовывать свои идеи и принципы на практике» [9, с. 10].

Возникновение криминалистики, ее постоянное и поступательное развитие как раз и обусловлены необходимостью познания средств и методов, структуры информационно-познавательной деятельности в данной специфической области, и в первую очередь закономерностей, лежащих в ее основе; именно они составляют сердцевину предмета криминалистики. Следовательно, последняя изучает закономерности возникновения, сохранения, переработки информации при доказывании, но в иных целях, чем теория доказательств, – в целях оптимизации средств и методов информационно-поисковой и познавательной деятельности при процессуальном исследовании преступлений.

Тот же бесспорный факт, что отдельные средства и методы информационно-познавательной деятельности и порядок их реализации предусмотрены уголовно-процессуальным законом, никоим образом не меняет их качественного, именно информационно-познавательного, криминалистического характера. Они обязательны для исполнения как потому, что предусмотрены законом, так и потому, что они, на взгляд законодателя, оптимальны для всесторонности, полноты и объективности доказывания во всех мыслимых ситуациях расследования любых преступлений (и именно в связи с этим введены в закон)[5].

Отсюда следует, что под специальными средствами и методами криминалистики следует понимать основанные на познании указанных выше закономерностей средства и методы информационно-познавательной деятельности субъектов исследования преступлений, реализуемые в рамках системы правоотношений, установленных уголовно-процессуальной формой.

И здесь мы считает насущно необходимым в контексте всего нашего исследования сделать еще одно достаточно пространное отступление.

---

[5] Совершенно прав В. Я. Колдин, утверждавший, что «в тех случаях, когда информационно-познавательные процессы становятся предметом правового регулирования, происходит пересечение, но не совпадение предметов рассматриваемых наук (уголовно-процессуальной науки и криминалистики. – *О. Б.*)» [10, с. 33].

В одной статье, посвященной проблеме соотношения уголовного процесса и криминалистики, мы писали (автор просит прощения за самоцитирование): «Меня в очень незначительной степени интересует специальность 12.00.09 как таковая (судьбой которой столь озабочен А. С. Александров), сконструированная ВАК по совершенно невнятным основаниям и по ним же изменяемая. Вдруг захотел этот, в сути своей, административный орган исключить из перечня составляющих эту специальность научных дисциплин судебную экспертизу – и сделал это; счел необходимым включить в него оперативно-розыскную деятельность, и пожалуйста, есть она в этом перечне. Меня интересует не эта "ВАКовская" специальность, а состояние названных выше наук, их межу собой соотношение» [3, с. 175].

Мы ошибались в этом утверждении. Недавно уже произошедшее разделение специальности 12.00.09 на уголовный процесс, сохранивший тот же номер в номенклатуре ВАКа, и на специальность 12.00.12, включившую в себя криминалистику, оперативно-розыскную деятельность и судебно-экспертную деятельность, чревато далеко идущими крайне негативными последствиями для обеих этих наук.

Во-первых, это резкое сокращение диссертационных советов по каждой из названных специальностей (вряд ли в стране найдется сколь-либо значительное количество вузов, в составе которых на постоянной основе работают не менее 10 докторов наук: 5 процессуалистов и 5 криминалистов, что необходимо в соответствии с Положением о диссертационных советах для сохранения в них обеих специальностей).

Во-вторых, это с логической и очевидной неизбежностью неукоснительно приведет к существенному сокращению подготовки диссертаций по одной из этих специальностей.

В-третьих, будем реалистами, не желая никого обижать, очевидно, что такая ситуация – как и любой дефицит – выступает в качестве серьезного коррупционного фактора.

Изучать уголовный процесс и криминалистику в отрыве друг от друга – и как наук, и как учебных дисциплин, и в рамках подготавливаемых диссертационных исследований, по нашему убеждению, – грубейшая методологическая и методическая ошибка[6].

---

[6] И опять же – не желая кого-либо персонально обидеть. Думаем мы, что и у инициаторов этого проекта, и у чиновников, принявших решение о разделении данной специальности, в головах тараканы должны аплодировать стоя…

Возвратимся, однако, непосредственно к теме данной работы. Для кого же специальные криминалистические средства создаются и разрабатываются, кем используются?

Принципиально очень значимым является то, что Р. С. Белкин, давая определение предмета криминалистики, как о ее предметной области говорит не только о расследовании преступлений (к изучению которого традиционно ранее сводили криминалистику), а оперирует значительно более широким понятием – «судебное исследование преступлений».

Мы всецело согласны с таким подходом. В то же время очерченный Р. С. Белкиным круг субъектов этой деятельности («судебного исследования преступлений») вызывает серьезные возражения.

«По Белкину», под судебным исследованием преступлений понимается «совокупная деятельность органов дознания, следствия, суда, экспертных учреждений по установлению истины по делу» [4, с. 84].

Нет сомнений, что следователь, органы предварительного следствия, специалисты, эксперты и экспертные учреждения являются субъектами, более того, основными субъектами исследования преступлений криминалистическими средствами в сформулированном выше их понимании. Именно для них в основном эти средства и разрабатываются, ими они в основном и используются.

Деятельность же органов дознания является предметной областью криминалистики лишь в достаточно узком смысле понятия «дознания» – только как формы предварительного расследования преступлений. Собственно розыскная и оперативно-розыскная деятельность, составляющая основные функции органов дознания, в предметную область криминалистики не входят. Они являются объектом изучения не криминалистики, а иной научной дисциплины – теории оперативно-розыскной деятельности. Данные виды деятельности осуществляются специально уполномоченными на то и привлекаемыми к ней лицами в ином правовом режиме, чем деятельность криминалистическая, и преимущественно негласными средствами. Поэтому не криминалистика, а теория ОРД изучает вышеперечисленные закономерности, которым подчиняется уголовно-релевантная информация в целях оптимизации именно этих видов деятельности и именно таковыми средствами.

И в этой же связи. Опираясь на практику правоохранительной деятельности, мы полагаем, что предотвращение (предупреждение) преступлений, включаемое Р. С. Белкиным и большинством иных ученых в предметную область криминалистики[7], осуществляется преимущественно не криминалистическими, а именно оперативно-розыскными средствами и методами, и потому как таковое в предмет криминалистики не входит – оно составляет часть предметной области теории оперативно-розыскной деятельности. Проблемы же предупреждения преступлений есть, как известно, предмет не криминалистики, а такой науки криминального цикла, как криминология. То, что эти научные дисциплины в своих целях используют наработки криминалистики, – процесс естественный, так же как естественным является использование криминалистикой в своих целях наработок этих научных дисциплин.

В то же время мы принципиально не согласны с тем, что в число субъектов криминалистики, в число субъектов судебного исследования преступлений криминалистическими средствами (как бы это на первый взгляд ни казалось парадоксальным) включается суд. В силу концептуальной значимости отстаиваемого нами положения остановимся на этой проблеме подробней.

В первую очередь напомним, что судебное рассмотрение уголовных дел долгие годы оставалось «полем битвы» криминалистов[8]. Диаметрально противоположные взгляды на применение в уголовном суде криминалистических средств, приемов и рекомендаций высказывались А. Н. Васильевым и Р. С. Белкиным. Если, по мнению А. Н. Васильева, для суда достаточно тактических и технических приемов, разработанных для предварительного расследования преступлений, то Р. С. Белкин полагал, что задача раз-

---

[7] Насколько мы могли выяснить, о предупреждении преступлений как о части предметной области криминалистики впервые было сказано А. И. Винбергом в учебнике [13, с. 4]. И, думается нам, это было «данью времени», на негативные особенности которого обращают внимание наши латвийские коллеги в анализированной выше статье.

[8] Наиболее фундаментальные исследования в этой области принадлежат Л. Е. Ароцкеру, который в своих работах 60-х гг. XX в., по сути, создал целостную концепцию использования данных криминалистики в судебном разбирательстве уголовных дел. Во многом на его работах базируются последующие исследования этой проблемы В. М. Бозровым, Г. А. Воробьевым и другими криминалистами.

работки «тактики именно судебного следствия <…> определяет в настоящее время одну из важных тенденций развития криминалистической тактики» [4, с. 298; 5, с. 19–20].

Таким образом, при принципиально различном подходе этих ведущих ученых на сущность «криминалистики суда» они были едины во мнении, что таковая не только реально существует, но и теоретически имеет право на существование и поступательное развитие.

Можно предположить, что такое единство в этом принципиальном вопросе обусловливалось той системой уголовно-процессуальных координат, которая существовала в нашей стране весьма длительное время, когда многие криминалисты как аксиому воспринимали положение, что суд является органом борьбы с преступностью (В. М. Бозров и др.).

И в настоящее время большое число судей (по результатам нашего исследования – более половины), к сожалению, продолжают расценивать свою деятельность по отправлению правосудия именно с этих позиций. Мы убеждены, что значительная часть неправосудных обвинительных приговоров, крайне нечастые случаи постановки оправдательных вердиктов обусловливаются такой психологической установкой судей на борьбу с преступностью, что с логической неизбежностью действительно предполагает наличие тактики этой борьбы.

Мы неоднократно выражали свое категорическое несогласие с таким подходом и потому здесь сформулируем свое видение этой проблемы лишь в двух следующих тезисах.

1. Задача суда – единственного органа осуществления правосудия по уголовным делам – слушать, исследовать и принимать законное, обоснованное и справедливое решение. Суд по определению решает задачи не поискового, а чисто исследовательского характера. Он должен:

– проверить имеющиеся в уголовном деле доказательства «на прочность»;

– подвергнуть тщательному анализу доказательства, впервые представляемые ему сторонами на этапе судебного следствия;

– выслушать мнения состязающихся в процессе сторон о доказанности обвинения, его юридической оценке, личности подсудимого, наказании, по другим связанным с обвинением вопросам;

– на этой основе, руководствуясь законом и совестью, правилами проверки и оценки доказательств, по своему внутреннему убеждению (ст. 17, 87, 88 УПК РФ) решить дело.

2. Не суд как таковой, а две состязающиеся в суде стороны (обвинения и защиты) являются субъектами криминалистики при судебном рассмотрении уголовных дел: прокурор – государственный обвинитель и адвокат – защитник подсудимого. Не суд, а они, осуществляя свои процессуальные функции, используют криминалистические средства для собирания, представления, исследования доказательств и убеждения суда в правомерности и обоснованности избранной позиции[9].

Нам представляется, что УПК РФ 2001 г. в принципе совершенно верно расставил точки над «i» в данной проблеме, четко определил роль и место суда в уголовном процессе. «Суд, – указано в ст. 15 УПК РФ, – не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав».

Более того, резюмируя это положение, законодатель далее в этом же ключе разрешил еще один вопрос, к которому, как правило, апеллировали сторонники существования криминалистики суда, – к установлению порядка судебного следствия и последовательности исследования доказательств в суде. Несомненно, эта деятельность есть деятельность криминалистическая, во многом обусловливающая направленность судебного следствия в целом и тактику отдельных судебных действий следственного характера в частности. По УПК РСФСР она осуществлялась судом, была прерогативой суда (ст. 279 УПК РСФСР 1960 г.). Сейчас в этом вопросе судейское усмотрение исключено. «Очередность исследования доказательств определяется стороной, представляющей доказательства суду. Первой представляет доказательства сторона обвинения. После исследования доказательств, представленных стороной обвинения, исследуются доказательства, представленные стороной защиты» (ст. 274 УПК РФ).

---

[9] К сожалению, и в самое последнее время один из судей в своем докторском диссертационном исследовании продолжает настаивать на том, что суммарная тактика судебного следствия – «это тактика обвинения, тактика защиты плюс тактика судьи» [13, с. 20].

С этим положением корреспондируются еще две законодательные новеллы. Во-первых, указание на то, что приложением к обвинительному заключению является список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание со стороны обвинения и защиты (ст. 220 УПК РФ). Для обеспечения этого следователь при ознакомлении обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела в порядке, установленном ст. 217 УПК РФ, выясняет у них, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты.

Во-вторых, ст. 275, 278 и 282 УПК РФ устанавливают совершенно определенную последовательность допроса подсудимых, свидетелей и экспертов: подсудимого первым допрашивают защитник и участники судебного разбирательства со стороны защиты, затем государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения, после чего вопросы подсудимому задает суд; свидетелю первой задает вопросы та сторона, по ходатайству которой он вызван в судебное заседание, судья задает вопросы свидетелю после его допроса сторонами; эксперту в суде первой задает вопросы сторона, по инициативе которой была назначена судебная экспертиза.

Наконец, ст. 246 УПК РФ лишила суд «свободы» и по более принципиальному содержательному вопросу: полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства обязывает суд прекратить уголовное дело или уголовное преследование полностью либо в соответствующей его части.

Таким образом, законодатель, на наш взгляд, в сущности, закрыл вопрос о суде как субъекте криминалистики, однозначно определив ее потребителей при судебном рассмотрении уголовных дел – профессиональных представителей состязающихся в суде сторон.

Как верно заметил А. С. Александров, «не пассивность суда, а активность суда вкупе с прокурором и следователем становится угрозой не только для прав личности, но и для истины; <…> активность суда должна быть субсидиарной по отношению к активности сторон» [2, с. 152].

И потому у нас не могут не вызывать опасений предпринимаемые в настоящее время попытки законодательного возложения на

суд обязанности активного участия в судебном следствии, подаваемые их авторами под прозрачным, внешне вполне респектабельным, флером необходимости реанимации в уголовном процессе института объективной истины. Говоря об этом, мы имеем в виду внесенный СК РФ законопроект «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу» (сразу оговоримся, в нем есть ряд и вполне обоснованных предложений, анализ которых, однако, выходит за рамки данной работы).

В частности, в законопроекте предлагается дополнить ст. 252 УПК частью третьей следующего содержания:

«3. Суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе восполняет неполноту доказательств в той мере, в какой это возможно в ходе судебного разбирательства, сохраняя при этом объективность и беспристрастность и не выступая на стороне обвинения или стороне защиты. При отсутствии возможности устранить неполноту доказательств в судебном разбирательстве суд в порядке, установленном пунктом 1 части 1.1 настоящего Кодекса, возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению».

По нашему глубокому убеждению, такое «искание» истины судом с логической необходимостью и психологической неизбежностью исключает для него возможность «сохранять при этом объективность и беспристрастность и не выступать на стороне обвинения или стороне защиты». Иными словами, авторы этого законопроекта, в сущности, пытаются – не следует лукавить – восстановить роль суда как субъекта борьбы с преступностью, задачей которого в этом случае, как то было и по УПК РСФСР (ст. 2), наравне с органами уголовного преследования «является быстрое и полное раскрытие преступлений».

Только такое «инквизиционное» понимание функции суда может позволить считать его субъектом криминалистики, для которого в этой связи и будут разрабатываться соответствующие приемы и средства. Это же (вновь воспользуемся приведенными ранее словами Гегеля) «шаг дальше назад». Отечественное уголовное производство это уже проходило, и нынешнее его состояние во многом есть результат, отчетливо ощутимый до настоящего дня отго-

лосок понимания суда как органа не осуществления правосудия по уголовным делам, а составной части государственного аппарата борьбы с преступностью…

Сказанное отнюдь не означает, что профессиональный судья не должен обладать определенными знаниями хотя бы в части планирования судебного исследования доказательств, криминалистических возможностей отдельных следственных и судебных действий, отдельных видов судебных экспертиз, методологии их производства и т.п. Но эти познания и их реализация судьей не есть криминалистика. Это есть лишь использование данных криминалистики судом.

По нашему глубокому убеждению, не суд как таковой, а две состязающиеся в суде стороны (обвинения и защиты) являются субъектами криминалистики при судебном рассмотрении уголовных дел: прокурор – государственный обвинитель и адвокат – защитник подсудимого. Именно они, осуществляя каждый свою процессуальную функцию, используют криминалистические средства для собирания, представления, исследования доказательств и убеждения суда в правомерности и обоснованности избранной позиции.

«Розыск доказательств, – писал еще А. Ф. Кони, – в самом широком смысле слова производит судья, вооруженный опытом и знаниями (согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству – следователь. – *О. Б.*), и свою работу он передает другим судьям, которые уже *ее оценивают, присутствуя* (курсив наш. – *О. Б.*) при совокупной работе сторон при разработке этих доказательств» [11, с. 38].

Заметим, что в этой связи напрашивается одно предложение, имеющее, думается, не только терминологическое, но и сущностное, психологически и праксеологически важное, значение: поскольку суд не является субъектом криминалистики, совокупную деятельность действительных ее субъектов по исследованию преступлений уместно именовать не судебным, *а уголовно-процессуальным исследованием преступлений.*

Следующая проблема. В предложенном Р. С. Белкиным определении судебного (как сказано, в нашем понимании, уголовно-процессуального) исследования преступлений ни деятельность прокурора, ни деятельность адвоката по уголовным делам не отражены (а адвокаты в уголовном процессе выступают не только как защитники

лиц, подвергающихся уголовному преследованию, но и представителями – потерпевшего, гражданского истца и ответчика). В то же время, несомненно, каждый из них свою уголовно-процессуальную функцию реализует не только (а может быть, и не столько) процессуальными средствами, но и средствами криминалистическими, основанными на познании закономерностей, изучаемых наукой криминалистикой. Это упущение, по нашему убеждению, в определенной степени обедняет содержание предмета криминалистики.

В частности, более 20 лет назад мы и ряд других криминалистов выступили с мнением, что в предметную область этой науки входит деятельность не только органов и лиц, осуществляющих уголовное преследование, но и адвоката – защитника лица, которое такому преследованию подвергается.

Такое понимание предмета криминалистики было в принципе поддержано рядом ученых (Т. С. Волчецкая, Г. А. Зорин, В. Н. Карагодин и др.). В то же время другие резко выступили против неоправданного, по их мнению, расширения пределов предмета криминалистики (А. А. Эксархопуло, В. И. Комиссаров и др.).

Чтобы рельефнее показать тот самый широкий спектр мнений по этой проблеме, без комментария приведем ряд из них, высказанных в рамках научной дискуссии в ходе межвузовской научно-практической конференции, проведенной Академией управления МВД России 22–23 апреля 2004 г.

И. А. Возгрин: «…цель отечественной криминалистики также должна состоять не только в оказании содействия правоохранительным органам в борьбе с преступностью, но и в обеспечении своими разработками и рекомендациями защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод» [1, с. 18].

Н. П. Яблоков: «…противоестественна сущности криминалистики и нравственно никак не оправдана одновременная разработка приемов и методов преодоления противодействия расследованию и приемов, и методов, затрудняющих расследование, служащих средством противодействия, особенно со стороны недобросовестных адвокатов» [1, с. 41].

Т. В. Аверьянова: «Других закономерностей, других видов деятельности (деятельности прокурора, деятельности защитника) криминалистика не изучает» [1, с. 48].

Т. С. Волчецкая: «…на современном этапе тактические основы защиты и обвинения должны рассматриваться в рамках криминалистической тактики» [1, с. 51].

Оппоненты предложенного нами подхода к определению предмета криминалистики в первую очередь ссылаются на тезис Р. С. Белкина из его статьи, опубликованной в этом же сборнике, о том, что никакой криминалистики «обвинения», впрочем, как и криминалистики «защиты», нет, а есть «использование положений криминалистики защитником и обвинителем» [1, с. 18].

Мы всецело согласны с тем, что, действительно, нет криминалистики обвинения и защиты как самостоятельных научных дисциплин.

Наука криминалистика едина, как едины закономерности, ею изучаемые. Но состоит она, по нашему разумению, из двух подсистем. Первая из них изучает данные закономерности с целью оптимизации уголовного преследования как процессуальной деятельности, осуществляемой профессиональными представителями стороны обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления (п. 55 ст. 5 УПК РФ). Вторая – с целью оптимизации деятельности по профессиональной защите от уголовного преследования.

Тут же заметим, что в данном положении мы не видим какого-либо противоречия с высказанным чуть ранее мнением о соотношении криминалистики и теории судебных доказательств, в соответствии с которым обе эти научные дисциплины изучают единые закономерности, но каждая в своих целях. Дело в том, что теории профессиональной защиты по уголовным делам как самостоятельной научной дисциплины в настоящее время не существует. Потому, по нашему убеждению, сейчас ее проблемы могут изучаться лишь в рамках науки криминалистики. Это отнюдь не исключает в дальнейшем возможности ее выделения в отдельную отрасль научных знаний (как, думаем, возможно, произойдет и с судебной экспертологией).

Напомним, что это обычный путь возникновения новых наук. Однако отдельные ученые, в частности А. А. Эксархопуло, справедливо отмечая, что в силу нормативно-обозначенных функций цели представителей обвинения и защиты всегда оказываются диаметрально противоположными, формулирует следующий вопрос:

«Оправдано ли, и прежде всего, с учетом нравственных принципов, в рамках одной науки разрабатывать рекомендации, одни из которых призваны помочь в изобличении преступника, другие – освободить его от ответственности за содеянное или минимизировать наказание?»

И здесь мы не видим теоретического противоречия, тем более нарушения каких-либо нравственных принципов. Поле этих видов деятельности, объект соответствующих научных изысканий едины, ими является уголовно-процессуальное исследование преступлений. Так же обстоит дело и в других науках.

В обоснование этого мнения позволим себе привести словарные определения всего нескольких наук: «Физика – наука о природе, изучающая простейшие и вместе с тем наиболее общие свойства материального мира… В соответствии с многообразием исследуемых форм материи и ее движения Ф. подразделяется на Ф. элементарных частиц, атомных ядер, атомов, молекул, твердого тела, плазмы и т.д.» (как мы понимаем, твердое тело и плазма – различные состояния материи, так же, как обвинение и защита – различные состояния уголовно-процессуального исследования преступлений). «Химия – наука, изучающая превращения веществ, сопровождающиеся изменением их состава и (или) строения… В современной Х. отдельные ее области – неорганическая химия, органическая химия, физическая химия…»

Специалисты, изучающие твердое тело или плазму, остаются физиками, изучающие органическую химию или химию неорганическую – химиками. Также и специалисты, изучающие как уголовное преследование, так и деятельность по защите от него, остаются криминалистами.

Относительно второй части приведенного выше положения Р. С. Белкина. Если есть уголовное преследование как деятельность по обвинению и деятельность по профессиональной защите от него, и если оба этих вида деятельности основаны на познании одних и тех же закономерностей, то наука, изучающая таковые, – едина.

Изучение обеих этих подсистем, так сказать, в единой связке, безусловно, обогатит арсенал как каждой из них, так и науку криминалистику в целом. Мы убеждены, рассмотрение предметной области криминалистики как системы, состоящей из двух на первый

взгляд противоположных подсистем (уголовного преследования и защиты от него), – позитивно. Такой подход отражает современную основную тенденцию развития любых наук – системный подход к изучаемому наукой объекту. Напомним в этой связи, что наиболее принципиальное положение системного подхода (его называют принципом целостности) состоит в требовании рассматривать изучаемое явление не только как самостоятельную систему, но и как подсистему некой большей системы, по отношению к которой это явление нельзя считать системой замкнутой. Уголовное преследование гносеологически и процессуально неотделимо от защиты от него, они – две стороны одной медали, две грани одного объекта.

Мы полагаем, что любая научная дисциплина, изучающая взаимодействия и противодействия людей, неизбежно вынуждена исследовать их применительно к деятельности всех взаимодействующих и противодействующих друг другу субъектов (сторон) с целью оптимизации таковой деятельности, учитывая, разумеется, при этом и типичные ошибки, допускаемые участниками этой деятельности.

О втором обычном аргументе критиков нашего предложения о субъектной структуре криминалистики – функциональной направленности этой науки на обеспечение цели установления истины по уголовным делам. При всей внешней респектабельности этого аргумента цель деятельности стороны обвинения в уголовном процессе (представителями которой являются все традиционно понимаемые субъекты криминалистики) – законное и обоснованное обвинение (повторим: *обвинение законное и обоснованное и никак иначе).* Истина же в уголовном судопроизводстве достигается в результате разработки проблемы, составляющей ее предмет, не одной, а обеими сторонами – и обвинения, и защиты, и затем презумируется вступившим в законную силу приговором суда.

Напомним также, что в сути своей системный подход сам по себе не дает решения проблемы. Он – лишь орудие новой постановки проблемы. Системный подход организует исследование объекта во всем его многообразии и взаимосвязях его элементов, что в результате дает нечто большее, чем их изолированное друг от друга изучение. Еще Аристотель утверждал: «Целое больше суммы его частей», и это положение даже в настоящее время остается выражением сути системного подхода.

Потому именно системное исследование с позиций криминалистики уголовного преследования и защиты от него как единого объекта под углом изучаемых этой наукой закономерностей позволяет в первую очередь оптимизировать деятельность профессиональных его участников. При этом системный подход позволяет разрабатывать средства оптимизации их деятельности с учетом познания того, как эти закономерности и отдельные результаты их проявлений используются субъектом, чья профессиональная функция противоположна профессиональной функции другого субъекта. И каждый из этих видов деятельности, их оптимизация неукоснительно предполагает познание и учет деятельности противостоящего субъекта. В конечном счете это оптимизирует и саму науку, изучающую эти проблемы, – криминалистику. Она становится, по Аристотелю, «больше суммы составляющих ее частей».

С удовлетворением можно отметить, что данная точка зрения приобретает в настоящее время все больше сторонников, в том числе из среды работников органов уголовной юстиции.

Позволим себе некоторое образное сравнение. Все представляют, что такое футбол: зеленый прямоугольник, очерченный белыми линиями; бегают по нему более 20 человек, поделенные на команду А и команду Б. Команда А пытается завладеть мячом и загнать его в ворота команды Б. И наоборот. А главный на поле – судья. Его функция состоит в том, чтобы в предусмотренных правилами случаях останавливать игру, делать замечания игрокам о несоблюдении ими правил, удалять проштрафившихся игроков с поля и засчитывать голы. Но все футболисты соблюдают одни правила и – главное – бьют по одному мячу. И что наиболее важно: в любом случае полет мяча, независимо от того, футболист команды А или команды Б по нему бьет, подчиняется одним и тем же закономерностям.

Вот и у криминалистов – одно поле, которое называется уголовное судопроизводство. Очерчено оно одними и теми же самыми линиями, именуемыми уголовно-процессуальным законом. И соблюдают они – игроки состязающихся команд – правила игры, им же, уголовно-процессуальным законом, установленные. И судья один – следящий за соблюдением командами правил игры и в конечном счете подводящий его итоги при осуществлении правосудия. И команда А – команда уголовного преследования, и команда Б – защиты от него играют одним мячом – уголовно-релевант-

ной информацией по делу, по которому осуществляется уголовное преследование и профессиональная защита от него. И полет этого мяча независимо от того, кто им в определенный момент владеет, подчиняется единым закономерностям информационно-познавательной деятельности в области уголовного судопроизводства, составляющим, как известно, предмет науки криминалистики.

Совершенно, признаемся, для нас неожиданно, еще веский довод о наличии «криминалистики защиты» мы дополнительно получили от ее… непримиримого противника А. А. Эксархопуло (и именно в этой связи далее мы приведем обширные цитаты из его статьи, опубликованной в рамках настоящей дискуссии) [17, с. 44–45].

Реально оценивая современную практику работы правоохранительных органов в области уголовной юстиции, ее зачастую непрофессионализм и коррупционную направленность, им сформулировано положение о том, что «в предмете криминалистики должно быть место для исследования и этой проблемы».

По его мнению, в рамках предмета криминалистики необходимо «изучение не только самой деятельности правоохранительных, в том числе судебных, органов, но и механизмов (закономерностей) возникновения информации об этой деятельности».

«Как любое преступление отображается в самых разнообразных “следах” (в широком смысле слова), – развивает эту мысль он далее, – так и процедура его познания закономерно отображается в материалах уголовных дел и в сознании участников уголовного процесса. <…> В результате возникает информация о тех мерах, которые предпринимались субъектами судебного исследования для достижения своих профессиональных целей (или криминальных намерений их коррумпированными представителями). <…> И они могут быть диагностированы, распознаны».

«Уже только по этой причине механизмы отражения познавательной деятельности субъектов уголовного процесса должны быть отнесены к существенным сторонам предмета криминалистической науки. Изучение указанной группы явлений и их закономерных связей имеет и непосредственный практический смысл. Ибо только по материалам уголовного дела можно судить, каким арсеналом располагал субъект судебного исследования, какие действия были им предприняты для выяснения обстоятельств события преступления, насколько правильно и квалифицированно этот

арсенал был использован следователем, дознавателем и другими участниками уголовного процесса, чтобы преступление можно было назвать раскрытым, а истину установленной. Именно ошибками в выборе познавательных средств, неправильным или неквалифицированным их применением (а порой и злым умыслом) чаще всего обусловлены претензии к собранным в ходе раскрытия и расследования преступлений доказательствам. Сегодня, повторюсь, эта тема приобретает особую актуальность, ибо именно в материалах уголовных дел концентрируется не только положительный опыт, но и злоупотребления при раскрытии, расследовании преступлений и рассмотрении дел в судах».

«Чтобы наши представления о задачах криминалистической науки были адекватны потребностям практики, – заключает эту часть своего исследования А. А. Эксархопуло, – полезно не только целенаправленно изучать эту существенную часть предмета криминалистики, но и направить усилия на разработку средств и методов для практического их использования в исследовании материалов уголовных дел» [17, с. 44–45].

Но опять же будем реалистами: профессиональная практическая деятельность адвоката-защитника в большинстве своем направлена как раз на обоснование этих претензий, на обоснование того, что уголовное преследование его подзащитного обусловлено (воспользуемся выражением уважаемого автора) именно «ошибками в выборе познавательных средств, неправильным или неквалифицированным их применением (а порой и злым умыслом)».

Разработка средств, приемов и методов выявления (и по возможности нейтрализации последствий) этих ошибок, изучение закономерности которых, по справедливому утверждению А. А. Эксархопуло, лежит в предметной области криминалистики, и есть в настоящее время в узком смысле слова составная, одна из основных частей предметной области «криминалистики защиты».

И еще одна проблема, неукоснительно затрагиваемая, по существу, всеми участниками данной дискуссии, по которой мы считает необходимым также высказать свое мнение.

Известно, что в настоящее время достижения науки криминалистики активно используются в других видах судопроизводства, помимо уголовного: в административном, гражданском, арбитражном процессах.

Это привело ряд авторов к предложению необходимости за счет исследования данных вопросов соответственно расширить представление о предмете криминалистики. «Криминалистическое обеспечение гражданского (арбитражного) процесса, – пишут, например, М. В. Жижина и Е. П. Ищенко, – [есть] «новое научное направление, возникающее в рамках современной криминалистики» [8, с. 23].

И далее уточняют: «Многие позиции методологической части [криминалистики] вполне распространимы на криминалистическое обеспечение доказывания в ином (не уголовном) процессе. Так, например, криминалистическое учение о признаках, теория криминалистической идентификации, учения о версиях, ситуациях и другие вполне могут занять уровень надотраслевых учений. В то же время методологическая часть криминалистики, поднимаясь на надотраслевой уровень, должна получить более интегрированный характер. Например, учения о версиях, о планировании должны стать более обобщенными. Необходимо исследовать закономерности построения версий в гражданском (арбитражном) процессе и вести речь не только о версиях следователя о факте и об обстоятельствах совершенного преступления, но и о версиях сторон о фактических данных и основанной на них юридической квалификации гражданских правоотношений» [8, с. 22–23].

Еще более категоричен в этом отношении А. М. Кустов: «На наш взгляд, – пишет он, – перед учеными-криминалистами встает исторический вопрос расширения предмета науки и сферы использования ее достижений – познание закономерностей механизмов правонарушений (преступлений и гражданско-правовых и административных проступков), закономерностей возникновения информации о самих правонарушениях и их участниках, закономерностей собирания, исследования, оценки и использования доказательств в гражданском, арбитражном и административном производстве, обеспечения криминалистическими разработками (на основе познаний этих закономерностей) вышеуказанных судебных процессов. Исходя из вышесказанного, можно прийти к выводу о том, что криминалистическая наука стоит на пороге существенного расширения границ предмета науки и количества объектов научного познания» [14, с. 63].

С этими мнениями мы согласиться, в принципе, не можем. По нашему убеждению, изучение возможностей использования достижений криминалистики в других, помимо уголовного, видах судопроизводств есть прерогатива соответствующих отраслей юридических наук (наук гражданского процесса, процессов административных и арбитражных), существенная часть предметов исследований этих наук.

Объясняется это хотя бы тем, что (если позволить себе продолжить аналогию с футболом) и поле игры у этих наук иное – не уголовное судопроизводство, выступающее полем для криминалистов, и, соответственно, «правила игры» на этом поле (по исследованию деликтов и споров) в этих видах процессов иные, чем на поле уголовно-процессуальном. И потому изучать возможности рационализации деятельности сторон в этих видах процесса должны не криминалисты, а профессионалы, ученые, специализирующиеся на изучении этих видов судопроизводств, активно заимствующие для того при необходимости достижения науки криминалистики, интерпретирующие их в целях, стоящих перед этими науками.

В противных случаях (воспользуемся образным выражением А. А. Эксархопуло) «по этой логике можно, например, создать раздел под названием “семейная криминалистика”, где разрабатывались бы методы разоблачения супружеской неверности или технические средства и тактические приемы поиска спрятанной мужем “заначки” и т.д.» [17, с. 39].

Подведем итог нашему пониманию предмета современной науки криминалистики.

Криминалистика – наука о закономерностях преступной деятельности, возникновении и существовании уголовно-релевантной информации о ней, ее собирании, исследовании, использовании и оценки в уголовно-процессуальном исследовании преступлений, разрабатывающая на этой основе поисково-познавательные средства и методы реализации процессуальных функций дознавателем, следователем, специалистом, экспертом, прокурором и адвокатом с учетом процессуального статуса каждого из них.

Очевидно, что высказанные в данной статье суждения и предложенная дефиниция не претендуют (как обычно пишут в отзывах и рецензиях) на абсолютность, а лишь отражают авторское видение рассмотренных проблем и потому сами по себе являются дискуссионными.

ЛИТЕРАТУРА

1. Актуальные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и криминалистики. Ч. 2. – М., 2004.

2. *Александров А. С.* Состязательность и объективная истина / А. С. Александров // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – Вып. 3 (4).

3. *Баев О. Я.* Криминалисты и процессуалисты : соседи по коммунальной квартире или игроки одной команды? / О. Я. Баев // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 1 (2).

4. *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. Т. 1. / Р. С. Белкин. М., 1997.

5. *Васильев А. Н.* Следственная тактика / А. Н. Васильев. М., 1976.

6. *Гегель.* Энциклопедия философских наук / Гегель // Наука логики. – М., 1974. – Т. 1.

7. *Громов В.* Искусство расследования преступлений / В. Громов, Н. Лаговиер. – М., 1927.

8. *Жижина М. В.* История развития и современные представления об объекте и предмете криминалистики / М. В. Жижина, Е. П. Ищенко // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 3 (4).

9. *Ищенко Е. П.* О месте и роли криминалистики в современной системе уголовно-правовых наук / Е. П. Ищенко // Криминалистъ первопечатный. – 2010. – № 1.

10. *Колдин В. Я.* Предмет криминалистики / В. Я. Колдин // Советское государство и право. – 1979. – № 4.

11. *Кони А. Ф.* Собр. соч. : в 8 т. / А. Ф. Кони. – М., 1966. – Т. 4.

12. *Корчагин А. Ю.* Организационно-тактические и методические основы криминалистического обеспечения судебного разбирательства уголовных дел : автореф. дис. … д-ра юрид. наук / А. Ю. Корчагин. – Краснодар, 2008.

13. Криминалистика / под ред. А. И. Винберга и С. П. Митричева. – М., 1950. – Ч. 1.

14. *Кустов А. М.* Научный взгляд на предмет и объекты российской криминалистики / А. М. Кустов // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 3 (4).

15. *Терехович В. Н.* Сущность предмета познания криминалистики / В. Н. Терехович, Э. В. Ниманде // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 3 (4).

16. Философская энциклопедия. Т. 5. – М., 1970.

17. *Эксархопуло А. А.* Учение о предмете криминалистики как теоретическая база для постановки ее актуальных задач / А. А. Эксархопуло // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 3 (4).

О КОНЕЧНЫХ ЦЕЛЯХ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА И СТРАТЕГИЯХ ИХ ДОСТИЖЕНИЯ (к проблеме криминалистической стратегии)*

В результате перманентно возникающих дискуссий о системе криминалистики как науки и как учебной дисциплины ряд ученых пришел к выводу о необходимости включения в нее еще одного раздела (подсистемы), посвященного проблемам версионного мышления следователя (учению о построении и проверке версий), теории планирования и организации расследования преступлений в целом.

По мнению авторов этого предложения, данные вопросы не зависят от тактических и методических особенностей расследования преступлений отдельных видов, носят «сквозной» характер (именно потому, полагают они, логично их изучать в качестве самостоятельной подсистемы (раздела) данной науки)[1].

К примеру, еще в 1976 г. А. М. Ларин предлагал дополнить традиционную систему криминалистики (общая теория, техника, тактика, методика расследования преступлений отдельных видов) разделом, предшествующим разделу частных криминалистических методик, именуя его «общей криминалистической методикой»[2].

Поддерживая в принципе это предложение, А. Г. Филиппов считает, что при дополнении криминалистики предлагаемым относительно самостоятельным разделом эта наука будет выглядеть «именно как система, как совокупность всех ее относительно ав-

---

* Впервые опубликовано: Криминалистъ первопечатный. Международный научно-практический журнал. Харьков. 2012. Вып. 4.

[1] См., напр.: *Филиппов А. Г.* О системе криминалистики // Филиппов А. Г. Избранные статьи. М., 2007. С. 194.

[2] Цит. по: *Филиппов А. Г.* Указ. соч. С. 184.

тономных элементов, образующих целостную структуру, т.е. расположенных в определенной последовательности в соответствии с их взаимосвязями и взаимообусловленностью»[3].

В то же время А. Г. Филиппов пришел к выводу, что этот формируемый раздел криминалистики более корректно именовать не «общей криминалистической методикой», а «организацией расследования преступлений». Предметом данного раздела, считает автор, должна явиться система «научных положений и рекомендаций по планированию расследования, взаимодействию следователя с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, использованию помощи населения и иным направлениям деятельности следователя, имеющим преимущественно организационный характер, которые обеспечивают максимальную эффективность работы по раскрытию, расследованию и предотвращению преступлений независимо от их вида или группы»[4].

Почти одновременно возникло предложение именовать вновь формируемый раздел криминалистики «криминалистической стратегией»[5]. Идея объективного существования стратегии, заслуживающей изучения ее как самостоятельного раздела этой науки, стала активно обсуждаться и обосновываться в соответствующей научной и учебной литературе, в первую очередь в работах известных белорусских криминалистов А. В. Дулова (1996), Г. А. Зорина (2000).

В системном отношении А. В. Дулов видит его место между традиционными разделами «криминалистическая тактика» и «методика расследования отдельных видов преступлений». В «криминалистическую стратегию», по мнению автора, должно входить «прежде всего, изучение того общего, что характеризует деятельность по расследованию, …общие правила и принципы расследования, этапы этой деятельности, особенности мыслительной деятельности следователя при построении общего плана расследования и его отдельных этапов»[6].

---

[3] *Филиппов А. Г.* Указ. соч. С. 130.

[4] Там же. С. 197.

[5] Как о том напоминает А. А. Эксархопуло, одним из первых именовать этот формируемый раздел криминалистики стратегией предложил в 1981 г. литовский криминалист Э. Б. Пальскис. См.: *Эксархопуло А. А.* Предмет и система криминалистики. СПБ., 2004. С. 103.

[6] См.: Криминалистика / под ред. А. В. Дулова. Минск, 1998. С. 27.

Г. А. Зорин (по его мнению, структура криминалистики состоит из 7 относительно самостоятельных элементов; анализ этой концепции не входит в предмет данной нашей работы) полагает, что криминалистическая стратегия должна предшествовать разделу криминалистической тактики, следовать после теории криминалистики ее методологии[7].

Развивая концепцию о самостоятельном характере криминалистической стратегии, А. А. Эксархопуло в то же время считает, что она должна стать заключительным, после четырех традиционных, пятым разделом (или частью) науки и учебного курса криминалистики[8].

Совершенно очевидно (и это неизбежно и вполне правомерно для научных дискуссий), что далеко не все ученые согласны не только с необходимостью выделения криминалистической стратегии в отдельный раздел этой науки, но и, более того, с корректностью самого использования в криминалистике этого понятия в придаваемом ему здесь значении.

К примеру, скептически относясь к возможности (и необходимости) признания стратегии элементом системы криминалистики, Р. С. Белкин считал, что она не имеет общекриминалистического содержания, представляя собой «обновленный вариант криминалистического учения о планировании расследования с использованием некой современной терминологии системно-структурного анализа, теории рефлексии и некоторых иных областей знаний»[9].

Выскажем свое мнение по данной проблеме.

Нам в целом импонирует идея об обособлении учения о стратегии уголовного судопроизводства и, тут же добавим мы, о стратегиях в уголовном судопроизводстве в отдельный структурный элемент специальных наук, изучающих и обслуживающих эту одну из важнейших сфер социально-правовой деятельности государства. Именно стратегия, убеждены мы, структурирует и оптимизирует достижение целей уголовного судопроизводства, его отдельных

---

[7] См.: *Зорин Г. А.* Теоретические основы криминалистики. Минск, 2000. С. 22–23.

[8] *Эксархопуло А. А.* Указ. соч. С. 103.

[9] *Белкин Р. С.* Криминалистика. Проблемы сегодняшнего дня. М., 2001. С. 80.

профессиональных участников. Всецело это относится и к криминалистической деятельности[10].

Мы, так же как и А. А. Эксархопуло, надеемся, что «научная разработка криминалистикой своих стратегических проблем борьбы с преступностью станет приоритетным направлением научных исследований в XXI в., а их результаты займут со временем свое место в системе криминалистического научного знания»[11].

А потому начавшиеся в этом отношении научные исследования нужно, по нашему убеждению, только приветствовать.

Однако, к сожалению, изучение известных нам посвященных этой проблематике работ показало не только отсутствие единства их авторов в содержании криминалистической стратегии и в самом понимании стратегии как основной используемой в них общенаучной категории, но и более того – отсутствие попыток адаптировать это понятие к специфике и сущности уголовного процесса.

К примеру, из более чем 20 статей, вошедших в бумажную версию материалов тематической научной конференции «Стратегии уголовного судопроизводства» (посвященной 160-летней годовщине со дня рождения профессора Фойницкого)[12], само понятие стратегии анализируется лишь в одной из них[13].

Нам это представляется в высшей степени теоретически некорректным. Логика любого научного исследования, что, на наш взгляд, очевидно, обусловливает первоочередную необходимость формулирования основного используемого в нем операционного понятия и раскрытия вкладываемого в него содержания. Против-

---

[10] Пока мы абстрагируемся от проблемы размещения учения о стратегии в системе криминалистики (науки и соответствующей учебной дисциплины); речь об этом вкратце пойдет позже.

[11] *Эксархопуло А. А.* Указ. соч. С. 106.

[12] См.: Стратегии уголовного судопроизводства : сб. материалов науч. конф. / отв. ред. Н. В. Радутная. М., 2008.

[13] *Томин В. Т.* Стратегия уголовного судопроизводства и некоторые ее составляющие : понятийный и терминологический инструментарий исследования // Стратегии уголовного судопроизводства. С. 174–185. Справедливости ради скажем, что понятие стратегии в одном из ее словарных значений в этом сборнике приводит (без каких-либо авторских комментариев) в своей статье и К. Б. Калиновский (с. 90).

ное практически исключает возможность сколь-либо объективной оценки валидности его выводов и результатов, по существу, размывает их определенность[14].

А потому далее – о понятии стратегии в тех областях научного знания, в которых эта категория используется наиболее часто, и от этого – о стратегиях в криминалистике и уголовном судопроизводстве.

Стратегия [греч. stratägia < stratos – войско + ago – веду] в своем родовом значении охватывает вопросы теории и практики подготовки вооруженных сил к войне и ее ведения, планирование руководства, основанных на правильных и далеко идущих прогнозах; на основе положений военной доктрины, опыта прошлых войн, анализа политических, экономических и военных условий современной обстановки исследует и разрабатывает вопросы подготовки и использования в войне вооруженных сил в целом и отдельных их видов, форм и способов ведения вооруженной борьбы и руководство ею; одновременно является областью практической деятельности высшего военного командования по подготовке вооруженных сил к войне, руководству ведения вооруженной борьбы в интересах обеспечения победы. Исследуя закономерности войны, стратегия играет определяющую роль по отношению к другим частям военного искусства – оперативному искусству и тактике. В то же время она учитывает возможности последних[15].

В математической теории исследования операций под стратегией понимается «способ использования средств и ресурсов, направленный на достижение цели операции. <…> В многошаговых процессах сам способ может меняться. В этом случае С. определяет правила принятия дальнейших решений на основе получаемой на каждом этапе информации о ходе процесса и изменениях среды»[16].

Наконец напомним, что в самом общем словарном значении понятия под стратегией понимается «общий, недетализированный

---

[14] Валидность – «один из важнейших критериев теста, означающий пригодность теста для измерения того, что он по замыслу должен измерять… Понятие В. относится не только к тесту, но и к цели и ситуации его применения» (Краткий психологический словарь. М., 1985. С. 38).

[15] См.: Словарь основных военных терминов. М., 1965. С. 220–221.

[16] *Лопатников Л. И.* Экономико-математический словарь. М., 2003. С. 349.

план какой-либо деятельности, охватывающий длительный период времени, способ достижения сложной цели»[17].

Исходя из этого определения, стратегия, уточняет В. Т. Томин, в своем общепринятом переносном понятии в целом обозначает «искусство управления деятельностью, основанное на далеко идущих прогнозах, на осознании цели, задач и последствий осуществления деятельности»[18].

В принципе такой подход к определению стратегии как общепринятого понятия у нас возражений не вызывает. А потому, на наш взгляд, в целом под стратегией следует понимать теорию и практику подготовки к деятельности, направленные на достижение ее конечной цели, учитывающие возможные варианты условий реализации деятельности, в том числе противодействий со стороны незаинтересованных в ее успехе лиц и организаций, структуризацию сил (средств, методов, методик), планирование их реализации.

А теперь (с учетом сказанного выше) – к сущности стратегии в уголовном судопроизводстве и стратегий отдельных профессиональных его участников.

Тут же и сразу же оговоримся: как и многие иные понятия, заимствованные из других наук, в криминалистике термин «стратегия» должен использоваться в своей интерпретации и с определенной степенью условности. Однако, как заметил Р. С. Белкин, ведя речь о соотношении родового и криминалистического понятия тактики, единство многих элементов их сущности «оправдывает употребление рассматриваемого термина криминалистикой»[19].

Нет никаких сомнений, и, напомним, это подчеркивают практически все авторы, изучающие феномен стратегий в различных областях жизни, что любая стратегия начинается с осознания, осмысления и описания цели, для достижения которой деятельность того или иного субъекта осуществляется.

Думаем, что лишь природа не имеет своей цели; все представители фауны, кроме человека, действуют на основе инстинктов. Че-

---

[17] URL: http://ru.wikipedia

[18] *Томин В. Т.* Указ. соч. С. 179.

[19] *Белкин Р. С.* Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. М., 1970. С. 71.

ловек же в каждом своем осмысленном поступке, во всей своей осмысленной деятельности конструирует для себя стратегию ее им осуществления, стратегию достижения цели своей деятельности.

Следовательно, изучая проблему стратегии уголовного судопроизводства и стратегий профессиональных его участников, в первую очередь необходимо определиться в целях и самого уголовного судопроизводства, и деятельности в нем лиц, участвующих в связи с исполнением своего профессионального долга.

С учетом реалий действующего уголовно-процессуального закона нам представляется, что цель всего уголовного судопроизводства (а потому и основа его стратегии) однозначно предопределена самим назначением уголовного судопроизводства, принципами и правовым режимом уголовного процесса, в них «заперта».

Иными словами, конечная цель уголовного судопроизводства заключается в установлении факта (отсутствия факта) существования уголовно-правового конфликта и его разрешении профессиональными участниками уголовного процесса, каждым в пределах своей уголовно-процессуальной функции, непрофессиональными его участниками – в пределах предоставленных каждому из них процессуальных прав по участию в разрешении уголовно-правового конфликта.

С этих позиций под стратегией всего уголовного судопроизводства следует понимать планирование его осуществления, средств защиты прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, от ограничения ее прав и свобод в условиях уголовного процесса (ст. 6 УПК РФ).

Нет, видимо, необходимости в настоящее время в очередной раз доказывать, что в уголовном судопроизводстве реализуются три самостоятельные взаимосвязанные процессуальные функции: обвинения (уголовного преследования), защиты от него, разрешения уголовного дела.

Отсюда с логической неизбежностью, на наш взгляд, следует, что деятельность любого профессионального участника уголовного судопроизводства в рамках названной стратегии уголовного судопроизводства предопределяется его процессуальной функцией в нем, целью его деятельности в уголовном судопроизводстве как социально-правовом институте государства в установленных

им процессуальных условиях. По сути, именно уголовно-процессуальная функция является структурообразующей основой стратегии деятельности (и самой деятельности как таковой) профессионала – ее носителя.

Конечные цели деятельности профессиональных представителей этих функций нам, соответственно, представляются следующими.

Конечная цель деятельности лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование (что логически вытекает из законодательного определения сущности института уголовного преследования[20]), заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешении в пределах данной уголовно-процессуальной функции. Последнее же выражается в формулировании обоснованного и законного обвинительного тезиса в отношении конкретного лица либо в констатации факта отсутствия для того оснований или необходимости (либо возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами.

К сожалению, УПК РФ так же, как и УПК Украины, не содержит, как то имеется в УПК отдельных стран СНГ, законодательного определения сущности института защиты в уголовном судопроизводстве.

К примеру, п. 9 ст. 6 УПК Республики Беларусь определяет защиту как процессуальную деятельность, «осуществляемую стороной защиты в целях опровержения подозрения или обвинения либо смягчения обвинения, обеспечения прав и интересов подозреваемого, обвиняемого, лица, совершившего общественно опасное деяние, а также лица, задержанного либо к которому применена мера пресечения на основании решения об исполнении просьбы органа иностранного государства, компетентного принимать решения по вопросам оказания международной правовой помощи по уголовным делам, об оказании международной правовой помощи».

Это, на наш взгляд, как минимум является некорректным с точки зрения правовой констатации паритета состязающихся в уго-

[20] «Уголовное преследование – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления» (п. 55 ст. 5 УПК РФ).

ловном судопроизводстве сторон и в некоторой степени усложняет определение стратегии адвоката – защитника по уголовным делам.

Думается, что этот законодательный пробел УПК РФ должен быть восполнен при дальнейшем его совершенствовании, причем, видимо, следует учесть и опыт определения понятия уголовно-процессуальной защиты в УПК различных государств СНГ.

И тем не менее мы полагаем, что и при отсутствии в настоящее время в УПК РФ определения понятия защиты конечная цель деятельности адвоката – защитника в уголовном судопроизводстве состоит в обосновании того, что его подзащитный, воспользуемся словами А. Ф. Кони, не виноват вовсе, либо виноват не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования и суд в постановленном в отношении его подзащитного обвинительном приговоре (а потому, следовательно, его подзащитный заслуживает меньшего наказания, чем то, которое ему назначено судом).

Конечная цель деятельности суда – осуществление правосудия, состоящего в установлении в условиях состязательного судебного процесса наличия/отсутствия конкретного уголовно-правового деликта (преступления) в действиях подсудимого, совершение которых инкриминируется подсудимому, назначении осуждаемому справедливого наказания (либо освобождение от него по законным на то основаниям) либо в оправдании подсудимого / прекращении уголовного его преследования[21].

И, без сомнений, для достижения этих конечных целей профессиональный исполнитель соответствующей процессуальной функции определяет свою стратегию участия в уголовном судопроизводстве. Именно они структурируют ее содержание.

Однако в большинстве работ, в которых исследуются проблемы стратегий отдельных профессиональных участников уголовного судопроизводства, в частности стратегии криминалистической, действительно стратегические проблемы, если не как правило, то зачастую подменяются изучением несколько других проблем, и в первую очередь тактики и методики осуществления ими своей дея-

[21] Более подробно об этом см.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

тельности в зависимости от стадий и этапов уголовного процесса и вида исследуемого в нем преступления[22].

Попутно скажем, что, на наш взгляд, объясняется это во многом некорректным определением сущности тактики в целом и криминалистической тактики в частности. Их же теоретическое и практическое предназначения – предупреждение и преодоление противодействия, которое оказывается (может оказываться) субъекту соответствующей профессиональной деятельности в достижении стоящей перед ним ее цели[23].

Этим, по нашему убеждению, нивелируются, затушевываются сущность и значимость самого исследуемого этими авторами феномена, в принципе, думается, не подменяемого вопросами тактики и методики.

Стратегия «выше» этих проблем. Она занимает более высокое иерархическое место в деятельности любого занимающегося ею лица.

Для подтверждения этого тезиса представляется уместным напомнить слова видного теоретика и историка военной науки, генерала от инфантерии русской армии Антуана Анри Жомини (1779–1869): «Добиться победы должна именно тактика в союзе с храбростью, гением и удачей». Однако эту мысль он предварял следующими словами: «Стратегия подводит армии к решающим пунктам операционной зоны, подготавливает успех сражения и заранее обусловливает его результаты»[24].

Что же «подводит» профессионального участника уголовно-процессуального исследования преступления к успеху своей деятельности, к достижению поставленной перед собой цели (к победе, которая достигается, как говорил А. Жомини, тактикой и, добавим, техникой и методикой)?

Для обоснованного ответа на этот вопрос, думается нам, в первую очередь следует использовать несколько, может быть, неочевидный подход, подойти к его решению с изучения того, **что не**

---

[22] См., напр.: *Зорина М. Г.* Криминалистическая стратегия и тактика государственного обвинения в суде. Гродно, 2002.

[23] Подробнее об этом см.: *Баев М. О., Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика. М., 2005.

[24] Цит. по: Тактика / под ред. В. Г. Резниченко. М., 1966. С. 99.

может не делать, не использовать для успешного и рационального достижения своей обозначенной выше цели в уголовном судопроизводстве тот или иной профессиональный его участник? Вот это и есть основа вырабатываемой и определяемой данным субъектом исследования преступлений стратегии своей деятельности. Именно это, по нашему представлению, будет в самом общем, стратегическом виде структурировать организацию, планирование и само дальнейшее осуществление своей деятельности, будет обозначать его стратегию.

По нашему предположению, основанному как на теоретическом исследовании этих проблем, так и на многолетнем включенном изучении авторами следственной и судебной практики по уголовным делам, опросов сотрудников органов уголовной юстиции (следователей, прокуроров, адвокатов, судей) в процессе уголовно-процессуального исследования преступлений его субъект:

– не может не работать с уголовно-релевантной информацией, следами и сформированными на их основе доказательствами;

– не может не заниматься криминалистическим распознаванием, в первую очередь, идентификацией;

– не может не использовать специальных познаний;

– не может не взаимодействовать с другими органами и ведомствами, должностными их представителями;

– не может не формулировать версий, не выводить из них систем необходимых и возможных следствий и на этой основе не планировать своей деятельности на каждом этапе и стадии своей деятельности в уголовном судопроизводстве.

Нет сомнений, что предложенный перечень основных необходимых направлений деятельности профессионального участника уголовно-процессуального исследования преступлений, не только не исчерпывающий, но и, вполне возможно, неполон (как, возможно, и неточна последовательность их выделения). Криминалистическая стратегия есть и не может быть иной, как системой сложной, открытой и динамической.

Не менее очевидно, что для каждого субъекта уголовно-процессуального исследования преступлений, структурирующего свою в нем стратегию, значимость и само содержание составляющих ее элементов различно.

Исходя из этого посыла[25] и с учетом нашего понимания предмета науки криминалистики[26], считаем возможным в настоящее время предложить для обсуждения следующее определение криминалистической стратегии.

Криминалистическая стратегия – система научных положений и основанных на них рекомендаций по определению профессиональным участником уголовного судопроизводства общих направлений и средств использования уголовно-релевантной информации, специальных познаний, осуществления идентификации, взаимодействия с другими лицами и организациями, планирования реализации этих направлений для достижения конечной цели своей процессуальной деятельности.

Тут же заметим: как рекомендации всех других разделов (подсистем) науки криминалистики, рекомендации криминалистической стратегии адаптируются ее потребителем применительно к виду, информационной основе и фабуле исследуемого преступления, а также к ситуациям и уровням (стадиям, этапам) осуществления исследования.

Что же касается проблемы размещения криминалистической стратегии в общей системе этой науки, то, признаемся, окончательного мнения об этом у нас в настоящее время не сложилось. С одной стороны, нам представляется, что в силу своей значимости, рассмотрения в ней «сквозных» тем криминалистики (механизма следообразования, версионного мышления следователя и др.) располагаться этот раздел должен непосредственно после раздела методологических и общетеоретических ее основ. С другой стороны, однако, нельзя не учитывать, что без знания криминалистических возможностей, обоснованных и разработанных в других традиционных ее разделах (техники, тактики, методики) оптимальное изучение и структурирование субъектом своей криминалистической стратегии вряд ли возможно[27].

---

[25] Рамки настоящей статьи не дают возможности сколь-либо подробно раскрыть в ней содержание каждого из выделенных элементов, структурирующих криминалистическую стратегию; это задача других углубленных самостоятельных исследований.

[26] См.: *Баев О. Я.* Основы криминалистики. М., 2009.

[27] Стратегия, напомним, – высший уровень военной науки, неслучайно потому, что углубленно проблемы военной стратегии изучаются не в «обычных» военных учебных заведениях, а в академиях (Генштаба и др.).

Лично мы в настоящее время склоняемся к первому из возможных вариантов размещения стратегии в системе криминалистики. И в то же время нам решение этого вопроса, осмелимся сказать, не представляется – повторим – в настоящее время, повышенно принципиальным, главное, чтобы стратегические проблемы стратегии углубленно изучались в этой науке.

Как некогда писал о проблеме изменения объекта исследования Бенедикт Спиноза, «если части, составляющие объект, станут больше или меньше, но в таком отношении, что сохранят начальные взаимоотношения движения и покоя, то объект сохранит свою первоначальную природу и его реальность не изменится»[28].

Этот вывод великого философа, думается нам, вполне корректно экстраполировать на объект науки криминалистики и ее систему.

---

[28] Цит. по: *Клир Дж*. Системология. М., 1990. С. 402.

ПОД ФЛЕРОМ ОБЪЕКТИВНОЙ ИСТИНЫ
(о Законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве»)*

Вопросы об объективной истине в целом и о возможностях ее достижения в уголовном процессе в частности были, есть и, по нашему убеждению, останутся столь же неоднозначными, какими они были ранее.

И вот вновь Следственный комитет РФ озаботился судьбой этой проблемы и предложил разрубить гордиев узел ее исключительно простым и респектабельным, на первый взгляд, образом – введением в уголовно-процессуальный закон (УПК РФ – далее УПК) института установления объективной истины по уголовному делу.

Внесенный им для рассмотрения Государственной Думой Законопроект скромно и бесхитростно именуется «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу» (далее для краткости – Законопроект)[1].

Сразу оговоримся. При всем своем принципиальном несогласии с большинством мнений адептов рассматриваемого Законопроекта мы не приемлем позицию А. С. Александрова, который при их анализе в присущем этому автору эпатажном стиле утверждает, что «невежество и непрофессионализм авторов подобных высказываний соизмеримы с их же апломбом и самонадеянностью встретить сочувствие у таких же невежд»[2].

---

* Впервые опубликовано: Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2012. Вып. 2 (13).

[1] Следственный комитет Российской Федерации. URL: http://www.sledcom.ru/discussions/?SID=3551

[2] *Александров А. С.* Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. № 3. С. 144.

Вряд ли такой стиль уместен в научных дискуссиях; он сводит их к перебранке базарного типа.

По нашему представлению, научные спорные вопросы решаются не только, а может быть – не столько сравнением различных точек зрения типа: «Иванов считает…; Петров отмечает…», а экспериментами и знаниями практики. В нашем случае – законодательства и практики его применения, индуктивным и дедуктивным анализом возможных последствий нововведений в этих областях с учетом социальных и социально-психологических реалий нашего общества, результатов статистических и психологических исследований в этом отношении.

Конечно, при таком подходе к исследованию научной проблемы неизбежно и «создание велосипеда» – воспроизведение идей, уже ранее высказанных в литературе. Но, однако, в этом случае и обоснование этих идей, и интерпретация мнений отдельных ученых останутся авторскими, останется авторский концепт.

В обоснование правомерности этого мы сошлемся на замечание Мишеля Монтеня. По его словам, он изучал книги, «выискивая, нельзя ли стянуть что-либо такое, чем я мог бы подпереть и принарядить свою собственную [книгу…], конечно, не для того, чтобы создать себе какие-то взгляды, но для того, чтобы помочь выработанным мной уже ранее, чтобы поддержать и подкрепить их»[3].

С легкостью необыкновенной (к чему какие-то философские тысячелетние попытки осознания того, что есть объективная истина[4]) в обсуждаемом Законопроекте под таковой понимается «соответствие действительности установленных по уголовному делу обстоятельств, имеющих значение для его разрешения».

Могут ли иметься какие-либо возражения против необходимости установления «соответствия действительности обстоятельств уголовного дела»? Их нет и быть не может у каждого разумного человека, тем более профессионала в области уголовной юстиции.

Пути установления объективной истины определяются Законопроектом. В предлагаемом им дополнении УПК ст. 16.1, именуемой авторами «Установление объективной истины по уголовному

---

[3] *Монтень М.* Опыты. М., 1992. Т. 2. С. 372.

[4] Кстати, ни в одной из известных нам работ «дооктябрьского» периода нашей страны по уголовному процессу не говорится о таком объективном характере установленной в нем истины.

делу», они отражены следующим образом: «1. Суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также орган дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель обязаны принять все предусмотренные настоящим Кодексом меры к всестороннему, полному и объективному выяснению обстоятельств, подлежащих доказыванию для установления объективной истины по уголовному делу».

Есть ли у кого и могут ли быть у кого возражения против необходимости осуществлять уголовное судопроизводство на всех его стадиях и этапах, «всесторонне, полно и объективно выясняя все подлежащие доказыванию обстоятельства уголовного дела»?

И далее в Законопроекте лица, осуществляющие уголовное преследование, строго предупреждаются, что они (прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также начальник подразделения дознания и дознаватель) «обязаны сохранять объективность и беспристрастность, не допуская обвинительного уклона в доказывании». Тут же уточняется, что «обстоятельства, оправдывающие обвиняемого (подозреваемого)…, подлежат тщательному и всестороннему исследованию и оцениваются наравне с обстоятельствами, изобличающими обвиняемого (подозреваемого)…».

И опять же: справедливость и ригористическая правовая обоснованность этих положений ни у кого сомнений вызвать не может, да и в несколько иных редакциях они содержались в уголовно-процессуальном законодательстве России и ранее, правда, без предлагаемой авторами Законопроекта амбициозной ссылки на объективную истину.

То, что действующий УПК не содержит в себе нормы, обязывающие лиц, осуществляющих уголовное преследование, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (как то предусматривала, например, ст. 20 УПК РСФСР 1960 г., и что предлагается реанимировать авторами Законопроекта), далеко не случайно.

Такой подход законодателя явился результатом осознания реалий деятельности лиц и органов уголовного преследования, возложенной на них процессуальной обязанности в каждом случае обнаружения признаков преступления принимать предусмотренные УПК меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления (ч. 2 ст. 21

УПК). Тем самым закон совершенно недвусмысленно определяет все направления деятельности указанных лиц и органов.

И если следователь (другие лица, осуществляющие уголовное преследование) прекращает уголовное преследование по реабилитирующим основаниям, это отнюдь не означает, что он выполнил функцию защиты, он просто в данном случае не нашел оснований для уголовного преследования. Если им уголовное дело прекращается по нереабилитирующим основаниям, то это также не свидетельствует о выполнении им функции защиты. Это обозначает лишь то, что по тем или иным причинам, связанным с личностью обвиняемого, его ролью в совершении или расследовании преступления и т.п., в его лице и в установленном законом порядке государство отказывается от дальнейшего уголовного преследования данного человека.

В то же время – и в этом нет никаких сомнений – обвинение должно быть объективным и обоснованным, что с логической неизбежностью предполагает необходимость исследования лицами и органами уголовного преследования как отягчающих, так и смягчающих ответственность обвиняемого обстоятельств.

Но выполнение функции уголовного преследования – законного и обоснованного обвинения – не будем лукавить! – невозможно без соответствующей психологической направленности на это следователя. Еще Ганс Гросс, учитывая реалии следственной деятельности, замечал, что «следователь приступает к следствию уже не свободным от некоторой предвзятости». И совершенно верно, на наш взгляд, уже в настоящее время комментируют это положение Г. Н. Изюров и Л. А. Зашляпин: «Предвзятость или, точнее, нацеленность на что-то (предвидение результата) является одной из существенных характеристик следователя (стороны обвинения)»[5].

И наконец: вывод следователя (прокурора) о доказанности совершения преступления конкретным лицом – это не объективная истина, обязанность установления которой пытаются возложить на органы уголовного преследования авторы Законопроекта; *этот вывод – лишь версия* обвинения, которую должен проверить «на

[5] *Изюров Г. Н., Зашляпин Л. А.* Функции обвинения и защиты как основание дифференциации научных направлений // Эволюция права и закона как фактор изменения криминалистики : генезис профессиональной защиты и представительства. Екатеринбург, 2003. С. 84.

прочность» – поддержать или опровергнуть суд в состязательном уголовном процессе. Считать следователя субъектом установления объективной истины, возлагать на него обязанность ее установления есть гносеологический и психологический нонсенс.

По нашему глубокому убеждению, требование о всестороннем, полном и объективном выяснении обстоятельств, подлежащих доказыванию, можно отнести, предъявлять лишь к такому профессиональному участнику уголовного судопроизводства, как суд, реализация процессуальной функции которого в состязательном судебном производстве по уголовному делу – осуществление правосудия (о чем будет подробнее говориться далее) – без того невозможна.

Однако если с пуританской логикой продолжить эту идею Законопроекта, то, видимо, в первую очередь, в нем следовало поставить вопрос о необходимости исключения из УПК глав 40 и 40.1. Очевидно, что при применении предусмотренного ими особого порядка принятия судебного решения речи о всестороннем, полном и объективном исследовании судами всех обстоятельств рассматриваемых в этих случаях уголовных дел «в их системном единстве»[6] *вести в принципе нельзя. Между тем доля принятых в этом режиме судебных решений (по опубликованным статистическим данным) приближается к 40 % из числа всех рассмотренных судами в настоящее время уголовных дел.*

Не считая для себя возможным (из-за отсутствия должной философской подготовки и каких-либо притязаний в этом отношении) включаться в очередную дискуссию о том, что есть истина, хотелось бы высказать свое мнение о целях и возможных последствиях принятия законодателем названных выше предложений Законопроекта.

Так для чего, как это нам представляется, авторы Законопроекта обратились к столь неоднозначному понятию объективной истины, к утверждению о необходимости закрепления в уголовно-процессуальном законе «института объективной истины»? По нашему разумению, для прикрытия ее безупречным флером нескольких сугубо прагматических взаимосвязанных и взаимообусловленных законодательных предложений, а именно:

---

[6] *Смирнов Г. К.* Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. 2012. № 4. С. 11.

1) возрождения активности суда как субъекта ее установления на данной стадии уголовного процесса;

2) воссоздания института возвращения судом уголовных дел для производства дополнительного расследования, в том числе и для возможности «поворота к худшему» в объеме ранее предъявленного подсудимому обвинения и уголовно-правовой квалификации его действий.

Сама правомерность постановки этих проблем – точнее их реанимации, «это мы проходили», новое, увы, чаще всего повторение старого – и предлагаемых Законопроектом их решений, при всем нашем скептическом к ним отношении (относительно первого – полного, второго – частичного, о чем будет подробнее говориться далее), сомнений не вызывает.

Однако ничего, кроме крайне резкого отчуждения, принципиального несогласия и чувства глубочайшего беспокойства в связи с возможностью восприятия законодателем, не может не вызывать опять же вуалируемое покровом установления в уголовном судопроизводстве объективной истины, методологически – важное предложение авторов Законопроекта о трансформации принципа презумпции невиновности.

Как известно, ст. 14 УПК РФ в полном соответствии с нормами международного права и ст. 49 Конституции РФ трактуют презумпцию невиновности следующим образом.

С т а т ь я 14. Презумпция невиновности

1. Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

2. Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения.

3. Все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого.

4. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях.

Однако, по мнению авторов Законопроекта, «закрепленная в статье 14 УПК РФ *юридическая фикция презумпции невиновности*, предполагающая толкование неустранимых сомнений в пользу обвиняемого, *может быть применена лишь в случае невозможности достижения по делу объективной истины и только после принятия исчерпывающих мер к ее отысканию»*[7] (курсив наш. – *О. Б.*).

Иными словами, Законопроектом предлагается не только возможность неопределенно длительного нахождения человека в статусе лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, – до «принятия исчерпывающих мер по возможностям достижения по делу объективной истины»[8].

Заметим, что такие меры могут приниматься и после неоднократного возвращения судом дела для доследования (об этой инициативе Законопроекта будет говориться далее). Также неясно, кто и на каком основании будет принимать решение о бесперспективности дальнейших усилий по достижению по делу желаемой объективной истины.

Более опасно другое: несмотря на внешне респектабельную оговорку, что предлагаемая Законопроектом редакция презумпции невиновности касается лишь толкования неустранимых сомнений в пользу обвиняемого, она с логической неизбежностью – будем реалистами – означает возложение на обвиняемого обязанности доказывать свою невиновность.

По нашему убеждению, такая трактовка незыблемого в любом цивилизованном уголовном процессе принципа презумпции невиновности, в сути своей, генетически возрождает известное в советские годы выражение (если не ошибаемся, приписываемое Ф. Э. Дзержинскому): «Если вы еще не арестованы, это не ваша заслуга, а недоработка наших органов; будем исправлять». И все последствия этого подхода к отысканию объективной истины в уголовном судопроизводстве…

---

[7] Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу» // Следственный комитет Российской Федерации. URL: http://www.sledcom.ru/discussions/?SID=3551

[8] На ненормальность такого положения нами неоднократно обращалось внимание ранее (см., например: *Баев О. Я.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М., 2012).

Трансформацию роли суда в исследовании обстоятельств рассматриваемого уголовного дела Законопроект предлагает закрепить следующим образом.

«С т а т ь я 16.1. Установление объективной истины по уголовному делу

2. Суд не связан мнением сторон. При наличии сомнений в истинности мнения сторон суд принимает все необходимые меры к установлению действительных фактических обстоятельств уголовного дела в целях обеспечения отправления справедливого правосудия»;

9) часть первую статьи 243 изложить в следующей редакции:

«1. Председательствующий руководит судебным заседанием, принимая необходимые меры к всестороннему, полному и объективному выяснению всех обстоятельств уголовного дела, а также обеспечивая состязательность и равноправие сторон»;

11) статью 252 дополнить частью третьей следующего содержания:

«3. Суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе восполняет неполноту доказательств в той мере, в какой это возможно в ходе судебного разбирательства, сохраняя при этом объективность и беспристрастность и не выступая на стороне обвинения или стороне защиты».

Анализ этого предложения представляется целесообразным начать с тезисного изложения двух уголовно-процессуальных аксиом.

Достаточно четко определенное в ст. 6 УПК назначение уголовного судопроизводства достигается в результате диалектического процесса реализации ее участниками соответствующих их месту в этой деятельности уголовно-процессуальных функций. Основными из них (по мнению ряда исследователей, единственными), как известно, являются функции уголовного преследования (обвинения), защиты от уголовного преследования, разрешения уголовного дела (осуществления правосудия, если речь идет о разрешении уголовного дела в результате его судебного разбирательства). Очевидно, что структурирующей все уголовное судопроизводство является первая из них: нет уголовного преследования, нет необходимости в защите от него, нет нужды в осуществлении правосудия.

Совместить их выполнение одним участником уголовного судопроизводства в правовом цивилизованном обществе, в принци-

пе, невозможно. Можно: а) обвинять; б) защищаться от обвинения; в) осуществлять правосудие. В то же время нет никаких сомнений, что выполнение лицом возложенной на него уголовно-процессуальной функции должно осуществляться объективно[9].

Деятельность суда нельзя отождествлять с деятельностью ученого, осуществляющего научный эксперимент, производящего необходимые для достижения им конечной цели своего исследования (она же состоит в подтверждении или опровержении одной некой выдвинутой им, другими исследователями научной гипотезы) серии тех или иных (физических, химических, биологических и т.д.) опытов.

Суд же одновременно проверяет «на прочность» две частные гипотезы – версии обвинения и защиты, сформулированные по материалам досудебного производства по уголовному делу не им, а лицами, выполняющими соответствующие, но противоположные друг другу функции.

При этом часто мнение суда может не совпадать с мнениями отстаивающих свою версию сторон.

К примеру, прокурор, выступая в судебном процессе, всецело поддерживает версию, изложенную в обвинительном заключении о совершении подсудимым убийства при отягчающих обстоятельствах; адвокат-защитник, поддерживая позицию своего подзащитного, полагает, что его клиент (вспомним выражение А. Ф. Кони) «невиновен вовсе». Суд на основании всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, доказательств, представленных каждой из состязающихся в процессе сторон, приходит к выводу о совершении подсудимым убийства при смягчающих его ответственность обстоятельствах.

Судебная практика, когда суд в результате рассмотрения уголовного дела по собственной инициативе, а не в результате оценки доказательств, предоставленных стороной защиты, приходит к выводу о том, что исследуемое преступление совершено не подсудимым, а иным конкретным лицом, нам неизвестна[10].

---

[9] «Выполнять *одну* из нескольких процессуальных функций и выполнять ее *односторонне* – вещи разные», – верно заметил по этому поводу В. Г. Ульянов. См.: *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 21.

[10] Такие случаи скорее всего возможны лишь в детективных романах и телесериалах.

Однако «по собственной инициативе восполняя неполноту доказательств в той мере, в какой это возможно в ходе судебного разбирательства» (как то предлагается Законопроектом), суд тем самым неукоснительно выступает на стороне либо обвинения, либо защиты, ибо восполняет доказательства, предоставленные той или иной из названных сторон.

«*Такой процесс*, – замечал в начале XX в. Н. Н. Полянский, – *в котором судья* не только оценивает доказательства по делу и делает на основании их свой вывод о виновности или невиновности подсудимого, о применимости к нему того или иного закона и т.п., но и *сам производит розыск, собирает доказательства за и против обвиняемого, сам является его защитником и обвинителем, – такой процесс называется розыскным, или инквизиционным.*

Розыскной процесс находится в решительном противоречии с духом правового государства»[11] (курсив наш. – *О. Б.*).

При этом нельзя не учитывать, что такая активность суда будет носить (увы, носит и в настоящее время, когда суд таковую проявляет), как правило, обвинительный характер.

Дело в том, что, как это убедительно показывают психологические исследования, «не те позиции и взгляды, которые субъект хотел бы показать экспериментатору, а те, которые фактически влияют на его поведение на уровне подсознания, показали, что у 80 % судей из числа исследованных выражено негативное отношение к подсудимому».

Приведя эти данные, К. К. Панько весьма точно обращает внимание на то, что с позиции психологии это «является не столько следствием профессиональной деформации личности судьи, сколько следствием общей установки на подсудимого среди участников судопроизводства по принципу выработки условно-рефлективной связи на основе многочисленных совпадений (алгоритм формирования обвинительной установки). Профессиональный опыт судьи в подавляющем количестве случаев фиксирует, что люди, которых следствие обвиняло в преступлении, оказывались преступниками на самом деле»[12].

---

[11] Цит. по: *Смолькова И. В*. Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. М., 2012. С. 41.

[12] *Панько К. К.* К вопросу о фикциях уголовно-правовых и процессуальных // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2012. Вып. 1 (12). С. 435–436.

И это наблюдение не ново; оно, можно сказать, соответствует многовековому опыту наблюдений за судейской работой.

Еще в первой половине XIX в. Я. Баршев об этой проблеме высказался подобным же образом: «...нельзя отвергнуть, что частое исследование преступлений и частый опыт, что в жизни человека много низкого и недостойного, может сделать уголовного судью недоверчивым и дать ему повод, при первом следствии, предполагать уже в следимом деянии преступление»[13].

Поэтому ригористическое указание в Законопроекте на то, что при этом суд обязан сохранять объективность и беспристрастность и не выступать на стороне обвинения или стороне защиты, носит исключительно декларативный характер, выполнение которого судом и гносеологически, и психологически невозможно.

Обязанность суда, повторим, – не видоизменять условия эксперимента, опыта, проводимого для подтверждения своей гипотезы (версии) состязающимися в суде сторонами, а оценивать достоверность каждой из них с точки зрения достаточности и достоверности предоставленных каждой из сторон доказательств и по результатам этого выносить итоговое решение – отправлять правосудие. Иным образом цель обеспечения отправления справедливого правосудия в уголовном судопроизводстве недостижима.

Реанимацию института возвращения судом уголовного дела для производства дополнительного расследования Законопроект предлагает «легализовать»:

А) дополнением ст. 237 УПК («Возвращение уголовного дела прокурору») частью 1.1 следующего содержания:

«1.1. Уголовное дело возвращается прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению судом только по ходатайству стороны в случаях:

1) неполноты предварительного следствия или дознания, которая не может быть восполнена в судебном заседании, в том числе если такая неполнота возникла в результате признания доказательства недопустимым и исключения его из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве;

2) наличия оснований для предъявления обвиняемому нового обвинения, связанного с ранее предъявленным, либо для изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся

[13] Цит. по: *Смолькова И. В*. Указ. соч. С. 12.

по фактическим обстоятельствам от обвинения, содержащегося в обвинительном заключении или обвинительном акте»;

Б) дополнением ст. 252 УПК («Пределы судебного разбирательства») частью третьей следующего содержания:

«…При отсутствии возможности устранить неполноту доказательств в судебном разбирательстве суд в порядке, установленном пунктом 1 части 1.1 ст. 237 настоящего Кодекса, возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению».

Внесение этих законодательных предложений (а их инициатором, напомним, является Следственный комитет России) есть не что иное, как констатация факта[14] крайне низкого качества предварительного расследования преступлений в стране в целом, того, что для рассмотрения в суды часто поступают не просто плохо расследованные уголовные дела, но и те уголовные дела, по которым по неким причинам (об этом будет говориться далее) на предварительном следствии принимались неверные заниженные решения об объеме и квалификации действий лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, а некие лица необоснованно от таковой освобождались. Иными словами, внося эти предложения, авторы Законопроекта расписались в невозможности обеспечить качество и эффективность своевременного предварительного расследования преступлений.

Увы, вместо того, чтобы принимать кардинальные меры по повышению качества предварительного расследования преступлений, в том числе посредством принципиального улучшения ведомственного контроля и восстановлением прокурорского надзора за ним обеспечивать обоснованное и законное обвинение, Следственный комитет России предлагает переложить эти обязанности на суд, который (по утверждению его представителя) «в рассматриваемом случае не подменяет собой какую-либо из сторон, а лишь восполняет доказательственную базу вне зависимости от обвинительной или оправдательной природы недостающих доказательств, ориентируясь лишь на истину»[15].

---

[14] Факта «объективной истины», скажем мы, пользуясь терминологией Законопроекта.

[15] *Смирнов Г. К.* В защиту проекта закона об установлении истины в уголовном процессе // Уголовное право. 2012. № 4.

Но не только это важно, важно другое – последствия воссоздания данного правового института как для достижения самого назначения уголовного судопроизводства, соблюдения его принципов, так и для осуществляющих его и вовлекаемых в него в том или ином качестве (в первую очередь подсудимых и потерпевших) лиц.

Последствия, подчеркнем, негативные последствия предлагаемой Законопроектом реанимации института возвращения судом уголовного дела для производства доследования по причине «неполноты предварительного следствия или дознания, которая не может быть восполнена в судебном заседании…», представляются более чем очевидными.

Во-первых, возрождение этого института, по существу, освободит суд от обязанности всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (а именно это вменяется в обязанность суда Законопроектом), и принимать по нему итоговое решение – постановлять обвинительный или оправдательный приговор в отношении подсудимого (подсудимых) – явится для суда некой индульгенцией в этом отношении. Нет, видимо, никаких сомнений, что суду значительно легче констатировать «неполноту предварительного расследования, невосполнимую в судебном заседании», чем постановить приговор – обвинительный или оправдательный – по сложному уголовному делу. А таких уголовных дел в современной судебной практике в настоящее время большинство.

Во-вторых, опять же не будем лукавить, «невосполнимая в судебном заседании неполнота предварительного следствия» генетически обусловливается осознанием судом недостаточности или недостоверности исследованных им доказательств для постановки обвинительного приговора.

Иными словами, суд, возвращая уголовное дело по этим основаниям для производства дополнительного расследования, не осуществляет правосудие; он, по существу, говорит органам предварительного расследования: «Ребята, поработайте еще, а потом мы осудим». Что это, как нескрываемый и очевидный обвинительный уклон в деятельности суда, о какой объективности суда в этом случае может идти речь?

Нам представляется, что недопустимость подобного решения о восполнении недостатков предварительного следствия весьма на-

глядно усматривается из следующего уголовного дела, ставшего предметом изучения Президиумом Верховного Суда РФ:

Салпагаров был оправдан судом с участием присяжных заседателей по обвинению в совершении убийства, сопряженного с разбоем; уголовное дело было направлено прокурору для производства предварительного расследования и установления лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

После вступления этого приговора в законную силу органами предварительного расследования были получены новые веские доказательства, изобличающие Салпагарова в совершении ранее инкриминированного ему преступления. В частности, в результате проведенной в ходе повторного расследования судебной генетической экспертизы на ранее изъятой его одежде были обнаружены следы крови потерпевшей.

Отклоняя заключение заместителя Генерального прокурора РФ о необходимости отмены данного оправдательного приговора по вновь открывшимся обстоятельствам, Президиум Верховного Суда РФ пришел к следующим двум выводам:

1. «Конституционным Судом РФ в постановлении однозначно выражена позиция о том, что, возобновляя производство по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, *суд обеспечивает не восполнение недостатков обвинительной и судебной деятельности, а возможность исследования тех фактических обстоятельств, которые уголовный закон признает имеющими значение для определения основания и пределов уголовно-правовой охраны*, но которые в силу объективных причин ранее не могли входить в предмет исследования по уголовному делу.

По смыслу закона такие новые обстоятельства не могут быть обусловлены какими-либо упущениями со стороны суда либо органов и должностных лиц, осуществляющих предварительное расследование и поддержание обвинения в суде»[16].

2. *«Законодательство Российской Федерации не содержит правовых механизмов, допускающих пересмотр вступившего в силу оправдательного приговора по основаниям возникновения обстоятельств, ставящих под сомнение его обоснованность, если такие новые обстоятельства не были известны суду в связи с допущенной по делу неполнотой предварительного или судебного следствия»*[17] (выделено везде нами. – *О. Б.*).

---

[16] Иными словами: что мешало провести данную генетическую экспертизу при первоначальном расследовании дела или в суде при рассмотрении этого дела по инициативе государственного обвинителя, а может быть, и самого суда?

[17] Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24 ноября 2010 г. № 228П10ПР. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»: Решения высших судов».

Мы убеждены, что приведенные выводы Президиума Верховного Суда РФ всецело и вполне корректно экстраполировать и на рассматриваемую нами проблему – недопустимости реанимации института возвращения судом уголовного дела для доследования по причине необходимости восполнения неполноты предварительного следствия.

Отсутствие в УПК института возвращения судами уголовных дел для производства доследования в определенной мере может привести к ущемлению законных интересов потерпевших, особенно в тех случаях, когда первоначальное уголовное преследование подозреваемого/обвиняемого оказалось несостоятельным именно в связи с тем, что основные обвинительные доказательства были сформированы следователем с грубейшими и существенными нарушениями процессуального порядка производства следственных действий. Иными словами, в чем в такой ситуации «виноват» потерпевший?

Именно этот вопрос задал адвокату – представителю потерпевшего – его доверитель, когда суд, согласившись с доводами стороны защиты, признал недопустимыми все основные доказательства обвинения М. в разбойном нападении (протокол обыска, протоколы предъявления М. на опознание потерпевшему, предъявления для опознания предмета, использованного при совершении преступления); государственный обвинитель в связи с этим был вынужден отказаться от поддержания обвинения, потому уголовное преследование в отношении М. было прекращено.

– «Меня чуть не убили, сожгли мою машину (разбой был связан с нападением на частного таксиста), откуда я знал, и почему я должен был знать, как надо проводить расследование»? – спросил он[18].

В этих случаях вся правоприменительная деятельность в области уголовной юстиции должна следовать, подчиняться (даже, увы, может быть, в ущерб интересам потерпевшего) выстраданной веками правовой догме: «лучше оправдать десять виновных, чем осудить одного невиновного».

В-третьих, воссоздание рассматриваемого правового института неукоснительно (и об этом мы вкратце упоминали выше) приведет к игнорированию, нарушению не столь давно введенно-

[18] В одной из своих работ мы предлагаем, может быть, и дискуссионное решение этой проблемы. См.: *Баев О. Я.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании : учеб. пособие. М., 2012.

го в УПК принципа разумности сроков уголовного судопроизводства (ст. 6.1.; он же, наш взгляд, по существу обозначает принцип разумности сроков уголовного преследования).

Оставление лица после возвращения судом уголовного дела в его отношении на доследование (а каких-либо ограничений на количество принятия судом по уголовному делу таких решений Законопроект не предусматривает) обусловливает продолжение его нахождения в статусе обвиняемого (с соответствующими в связи с этим принятыми к нему мерами процессуального принуждения). Иными словами, этот принцип любого цивилизованного правового судопроизводства Законопроект попросту зачеркивает.

Если обобщить все сказанное выше о предложениях авторов Законопроекта реанимировать в УПК институт возвращения судами уголовных дел для производства дополнительного расследования и предоставления суду активных полномочий в доказывании, то они сводятся к единственному. А именно – к восстановлению роли суда не как органа осуществления правосудия по уголовным делам, а как субъекта борьбы с преступностью, задачей которого в этом случае, как то было и по УПК РСФСР 1960 г. (ст. 2), наравне с органами уголовного преследования «является быстрое и полное раскрытие преступлений».

Интересно заметить, что в пояснительной записке к Законопроекту необходимость введения в УПК института установления объективной истины обосновывается и тем, что этот институт закреплен в уголовно-процессуальном законодательстве ряда зарубежных европейских стран (правда, интерпретация в ней этих положений вызывает возражения у отдельных ученых).

В то же время в пояснительной записке «почему-то» не упоминается, что в подавляющем числе государств, в том числе и постсоветского пространства, институт возвращения судами уголовных дел для производства дополнительного предварительного расследования либо вообще не существовал, либо исключен из соответствующих УПК в последние годы.

Самым последним примером этого может явиться исключение ранее существовавшего в украинском уголовно-процессуальном законодательстве института возвращения судами уголовных дел для доследования из Уголовного процессуального кодекса Украины 2012 г. Ректор Харьковского института МДВ Украины А. Бан-

дурко, комментируя отмену института возвращения судами дел на доследование, пишет: «Если нет доказательств, суд должен оправдать обвиняемого, а не отправлять дело на дополнительное расследование. Иногда это превращается в длительный процесс, и обвиняемые должны находиться под стражей 3–4 года, ожидая решения суда. Процент оправданных после вступления в действие нового закона, – предполагает он, – вырастет примерно до 40 %»[19].

Однако нет никаких сомнений в необходимости создания некого правового механизма – и на это неоднократно обращалось внимание в литературе, в том числе и автором настоящей статьи[20], – реагирования судов на неполноту и недостатки предварительного расследования рассматриваемых ими уголовных дел. Более того, на то, что существующее положение о пределах судебного разбирательства (в ст. 252 УПК) делает суды во многом, в сущности, «заложниками» органов уголовного преследования, принятых ими решений об объеме обвинения и уголовно-правовой квалификации действий подсудимого.

Несложно представить себе ситуацию, когда следователь по тем или иным причинам[21] необоснованно либо прекращает уголовное преследование в отношении отдельного фигуранта, либо также «занижает» объем доказанного обвинения и/или также необоснованно квалифицирует его действия по более «мягкой» статье УК, чем которую, исходя из материалов дела, ему следовало было объективно вменить. И с таким его решением, опять же в силу неких причин, согласился прокурор при утверждении обвинительного заключения (тем самым возбудив по делу государ-

---

[19] URL: http://vecherniy.kharkov.ua/news/60541/

[20] См.: *Баев О. Я.* О необходимости правового механизма реагирования на новые обстоятельства уголовного дела в суде первой инстанции // Рос. юстиция. 2006. № 5.

[21] Не будем здесь вдаваться в генезис многих из них. Т. Г. Морщакова, думается нам, ошибается, когда утверждает, что и в настоящее время «следствие всегда предъявляет максимальный объем обвинений». URL: http://clubs.ya.ru/4611686018427390494/replies.xml?item. Самой безобидной мотивацией для принятия следователями противоположных решений является нежелание по тем или иным субъективным причинам менять предметную подследственность и подсудность.

ственное обвинение в рамках предъявленного следственного обвинения).

Как уже было показано, авторы Законопроекта убеждены, что единственным способом реагирования суда на такие ситуации является возвращение уголовного дела для производства дополнительного расследования, с чем, повторим, мы в принципе не согласны.

Но существует и другой вариант разрешения данных ситуаций, в том числе и «для поворота к худшему» в отношении подсудимого. К примеру, в УПК Украины 2012 г. он сформулирован следующим образом[22]:

«С т а т ь я 333. Применения мер обеспечения уголовного производства и проведения следственных (розыскных) действий в ходе судебного производства

…3. В случае, если во время судебного разбирательства возникнет необходимость в установлении обстоятельств или проверке обстоятельств, имеющих существенное значение для уголовного дела, и они не могут быть установлены или проверены другим путем, суд по ходатайству стороны уголовного производства вправе поручить органу досудебного расследования провести определенные следственные (розыскные) действия. В случае принятия такого решения суд откладывает судебное разбирательство на срок, достаточный для проведения следственного (розыскного) действия и ознакомления участников судебного разбирательства с его результатами.

4. При рассмотрении ходатайства суд учитывает значение обстоятельств, об установлении или проверке которых просит лицо, обратившееся с ним, возможность их установки или проверки путем проведения следственных (розыскных) действий и причины, по которым не были осуществлены надлежащие действия для установки или проверки на стадии досудебного расследования. *Суд отказывает в удовлетворении ходатайства прокурора, если он не докажет, что следственные (розыскные) действия, о проведении которых он просит, не могли быть проведены во время досудебного расследования из-за того, что не были и не могли быть известны обстоятельства, которые свидетельствуют о необходимости их проведения*[23].

---

[22] В несколько иной редакции ниже излагаемые положения были внесены в УПК Украинской ССР 1960 г., действовавший до принятия данного Кодекса в 2001 г.

[23] Выделено нами как положение, всецело подтверждающее ряд наших сформулированных выше доводов о неправомерности реанимации предлагаемых Законопроектом новелл.

5. В постановлении суда о поручении проведения следственного (розыскного) действия отмечается, для выяснения или проверки каких обстоятельств и какие именно следственные (розыскные) действия необходимо провести, и устанавливается срок исполнения поручения. Следственные (розыскные) действия, проводимые по поручению суда, осуществляются в порядке, предусмотренном главами 20 и 21 настоящего Кодекса.

6. Прокурор обязан предоставить доступ к материалам, полученным в результате проведения следственных (розыскных) действий по поручению суда, участникам судебного разбирательства в порядке, предусмотренном статьей 290 настоящего Кодекса, и предоставить их суду в установленный срок.

С т а т ь я 337. Определение границ судебного разбирательства

1. Судебное разбирательство проводится только в отношении лица, которому предъявлено обвинение, и только в пределах предъявленного обвинения согласно обвинительному акту, кроме случаев, предусмотренных настоящей статьей.

2. Во время судебного разбирательства прокурор может изменить обвинение, выдвинуть дополнительное обвинение, отказаться от поддержания государственного обвинения.

С т а т ь я 338. Изменение обвинения в суде

1. С целью изменения правовой квалификации и/или объема обвинения прокурор вправе изменить обвинение, если во время судебного разбирательства установлены новые фактические обстоятельства уголовного преступления, в совершении которого обвиняется лицо.

2. Придя к убеждению, что обвинение нужно изменить, прокурор после выполнения требований статьи 341 настоящего Кодекса составляет обвинительный акт, в котором формулирует измененное обвинение и излагает обоснование принятого решения. Копии обвинительного акта предоставляются обвиняемому, его защитнику, потерпевшему, его представителю и законным представителям. Обвинительный акт приобщается к материалам уголовного производства.

3. Если в обвинительном акте с измененным обвинением ставится вопрос о применении закона Украины об уголовной ответственности, предусматривающего ответственность за менее тяжкое уголовное преступление, или об уменьшении объема обвинения, председательствующий обязан разъяснить потерпевшему его право поддерживать обвинение в ранее предъявленном объеме.

4. Суд разъясняет обвиняемому, что он будет защищаться в судебном заседании от нового обвинения, после чего откладывает рассмотрение не менее чем на семь дней для предоставления обвиняемому, его защитнику возможности подготовиться к защите против нового обвинения. По хода-

тайству стороны защиты этот срок может быть сокращен или продлен. По истечении этого срока судебное разбирательство продолжается.

С т а т ь я 339. Выдвижение дополнительного обвинения

1. В случае получения сведений о возможном совершении обвиняемым другого уголовного преступления, по которому обвинение не выдвигалось и которое тесно связано с первоначальным и их отдельное рассмотрение невозможно, прокурор после выполнения требований статьи 341 настоящего Кодекса имеет право обратиться в суд с мотивированным ходатайством о рассмотрении дополнительного обвинения в одном производстве с первоначальным обвинением.

2. В случае удовлетворения такого ходатайства прокурора суд обязан отложить судебное разбирательство на срок, необходимый для подготовки к защите от дополнительного обвинения и выполнения прокурором требований, предусмотренных статьями 276–278, 290–293 настоящего Кодекса, но не более чем на четырнадцать дней. Срок отложения судебного рассмотрения может быть продлен судом по ходатайству стороны защиты в случае, если объем или сложность нового обвинения требуют больше времени для подготовки к защите.

3. По истечении установленного судом срока судебное разбирательство должно быть начато с подготовительного судебного заседания. Новое исследование доказательств, которые уже были исследованы судом к выдвижению дополнительного обвинения, осуществляется только в случае признания судом такой необходимости».

Заметим, что подобные положения содержат УПК Киргизии (ст. 264), Беларуси (ст. 301) и других стран.

На наш взгляд, приведенный правовой механизм реагирования судом на недостатки предварительного расследования преступлений – вполне цивилизованный, праксеологически-рациональный, всецело соответствующий нормам международного права способ решения рассмотренных правовых и правоприменительных коллизий.

Тут же выскажем и такое предположение. Нам представляется, что по уголовным делам о преступлениях, когда объектом их посягательств являются не конкретные физические либо юридические лица, а как бы государство в целом (скажем, шпионаж, контрабанда, легализация денежных средств и имущества и т.п.), «поворот к худшему» в судебном уголовном преследовании недопустим. Иными словами, он недопустим по уголовным делам, по которым нет потерпевших в уголовно-процессуальном значении этого понятия.

Это наше предложение основано на следующем рассуждении. В таких случаях, на наш взгляд, именно государство в лице компетентных и специально уполномоченных чиновников своей правоохранительной системы (следователя, прокурора) сочло необходимым и достаточным инкриминировать подсудимому определенные совершенные им действия и квалифицировать их по определенной статье уголовного закона, и именно таким образом удовлетворить общественные интересы в уголовном судопроизводстве, т.е. предоставило им в этом отношении право на властное правовое усмотрение. При этом, подчеркнем, потерпевших в уголовно-процессуальном смысле по таким делам не имеется.

Но совершенно иначе выглядит эта проблема по делам о преступлениях против личности, имущественных преступных посягательствах, других криминальных деяниях, в результате которых физический, имущественный, моральный вред причинен определенным физическим или юридическим лицам. По ним при наличии на то должных оснований «поворот к худшему» в судебном разбирательстве должен быть допустим.

И в заключение: высказанные в данной статье мнения не есть «объективная истина». Они есть авторская реакция[24] на реакцию[25].

---

[24] Реакция – действие, состояние, процесс, возникающие в ответ на какое-либо действие. См.: Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 1119.

[25] Реакция – политика активного сопротивления прогрессу; стремление закрепить или восстановить старые отжившие порядки. См.: Большой толковый словарь русского языка. СПб., 1998. С. 1108.

ПРАВОВЫЕ И ТАКТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ УСМОТРЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ*

(*Извлечения*)

Глава 1
УСМОТРЕНИЕ В УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ

§ 1. Уголовное преследование как «поле» усмотрения правоприменителя.
§ 2. Теоретические основы феномена усмотрения в уголовном преследовании.
§ 3. Предмет усмотрения в уголовном преследовании, его структура и информационные основы.

§ 1. Уголовное преследование как «поле» усмотрения правоприменителя

Аксиоматичное ныне положение о том, что в уголовном судопроизводстве воплощаются три основные уголовно-процессуальные функции – обвинение, защита и разрешение уголовного дела и что они реализуются различными профессиональными участниками уголовного процесса, – достаточно сложно пробивало себе дорогу в отечественной юридической литературе.

Так, например, еще в 70-х годах прошлого века В. Г. Даев утверждал: «В советском уголовном процессе функции обвинения… ни у одного участника процессуальной деятельности нет и быть не может»[1].

Увы, уже в 2001 г. этот же тезис почти дословно воспроизвел В. С. Джатиев в следующем категорическом заявлении: «На мой взгляд, в уголовном процессе нет и не может быть функции обви-

---

* Впервые опубликовано: *Баев О. Я.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М. : Юрлитинформ, 2012.

[1] *Даев В. Г.* Обвинение в советском уголовном процессе // Изв. вузов. Правоведение. 1970. № 1. С. 78.

нения, если, конечно, под функцией подразумевать роль и назначение конкретного субъекта в конкретной же системе общественных отношений»[2].

Другие ученые, не отрицая самого факта существования названных выше уголовно-процессуальных функций, полагали возможным реализацию их в процессе одним и тем же лицом. «Невозможно отрицать, – поддерживая ранее высказанную М. С. Строговичем позицию, писал В. М. Савицкий, – что и следователь выполняет функцию защиты… В большинстве случаев без участия следователя функция защиты не может быть реализована, поскольку сам обвиняемый далеко не всегда в состоянии квалифицированно и в полном объеме осуществлять свое право на защиту»[3].

Еще дальше в обосновании этой позиции уже в 80-х годах прошлого века пошел В. Д. Адаменко. Приведя замечание К. Маркса о том, что соединение в одном лице судьи, обвинителя и защитника противоречит законам психологии, он тут же резюмировал: «…действие социалистического принципа состязательности в уголовном процессе и обязанность суда при вынесении решения оценивать все обстоятельства дела, в том числе обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, позволяют сделать вывод о нераспространении тезиса (указанного замечания К. Маркса. – *О. Б.*) на советскую судебную систему»[4]. Комментарии по поводу этого утверждения, как говорится, излишни… Всецело следует согласиться с А. М. Лариным, который по этому вопросу заметил: «Ведь сразу возникает вопрос: от чего или от кого защищает следователь? Ответ же, что следователь защищает обвиняемого от обвинения, следователем же предъявленного и поддерживаемого, вряд ли кого удовлетворит. Но иной ответ в рамках концепции, относящей следователя к субъектам защиты, невозможен»[5].

---

[2] *Джатиев В. С.* О прокуратуре Российской Федерации. Инициативный проект федерального конституционного закона и краткие пояснения к нему. Владикавказ, 2001. С. 48.

[3] *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. М., 1975. С. 41.

[4] *Адаменко В. Д.* Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 50.

[5] *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу : Процессуальные функции. М., 1986. С. 25. Более детально эта проблема будет рассматриваться в следующем разделе нашей работы.

И лишь в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации 2001 г. (далее для краткости – УПК) на законодательном уровне было однозначно сформулировано: «Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон.

Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо» (ст. 15).

При этом под уголовным производством понимается «досудебное и судебное производство по уголовному делу» (п. 56 ст. 5 УПК)[6].

О том, на кого же возлагается в уголовном процессе функция обвинения, впервые с нормативных позиций было сказано в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 7 октября 1997 г.: «Функция осуществления публичного обвинения, независимо от различий в установленных законом процессуальных формах, возлагается на органы дознания, предварительного следствия и прокуратуры»[7].

Логическую и, несомненно, совершенно верную точку в этом вопросе поставил законодатель в УПК: в состязательном уголовном судопроизводстве функцией прокурора, следователя, руководителя следственного органа и дознавателя является обвинение. Оно реализуется каждым из них в пределах своей компетенции в процессе осуществляемой этими лицами процессуальной деятельности в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления, именуемой уголовным преследованием (п. 55 ст. 5 УПК).

Осуществление уголовного преследования есть не только право, но и прямая, установленная законом, процессуальная обязанность этих лиц: «В каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, органы дознания и дознаватель

---

[6] В связи с этим с учетом приведенных законодательных положений представляется, по крайней мере, странным утверждение В. Г. Ульянова о том, что «на предварительном следствии нет сторон, нет состязательности…». См.: *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 42. Этой же точки зрения придерживается и В. П. Божьев. См.: *Божьев В.* Состязательность на предварительном следствии // Законность. 2004. № 1. С. 3–6.

[7] Рос. газета. 1997. 17 окт.

принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления» (ч. 2 ст. 21 УПК).

Можно предположить, что именно в связи с таким подходом к определению сущности уголовно-процессуальной функции следователя УПК не содержит общей нормы, аналогичной ст. 20 УПК РСФСР 1960 г., которая возлагала на него обязанность всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявления как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого, смягчающих и отягчающих его ответственность обстоятельств[8].

В то же время обвинение должно быть не только объективным и обоснованным, но и явиться результатом лишь законной и допустимой деятельности лиц, осуществляющих уголовное преследование (ст. 7–13 и др. УПК). Тут же следует заметить, что, если следователь или руководитель следственного органа (далее под следователем, если иное не оговаривается, понимаются и другие профессиональные представители стороны обвинения) прекращает уголовное преследование по реабилитирующим основаниям, это отнюдь не означает, что он выполнил функцию защиты, он просто в данном случае не нашел оснований для уголовного преследования. Если им уголовное дело прекращается по нереабилитирующим основаниям, то это также не свидетельствует о выполнении им функции защиты. Это обозначает лишь то, что по тем или иным причинам, связанным с личностью обвиняемого, его ролью в совершении или расследовании преступления и т.п., в его лице и в установленном законом порядке государство отказывается от дальнейшего уголовного преследования данного человека.

И потому совершенно прав В. Г. Ульянов, отмечая, что авторы, которые полагают возможным наделение одного лица несколькими процессуальными функциями (в частности, функцией обвинения и функцией защиты), «смешивают содержание этой функции со способом ее осуществления. Выполнять *одну* из нескольких процессу-

[8] В УПК РСФСР 1923 г. данное положение было сформулировано следующим образом: «При производстве предварительного следствия следователь обязан выяснить и исследовать обстоятельства, как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а равно все обстоятельства, как усиливающие, так и смягчающие степень и характер его ответственности» (ст. 111).

альных функций и выполнять ее *односторонне* – вещи разные»[9]. И здесь представляется уместным хотя бы вкратце вспомнить историю данного уголовно-процессуального института в отечественном законодательстве и в уголовно-процессуальной теории и на этой основе рассмотреть несколько представляющихся принципиальными проблем его современного содержания. В Уставе уголовного судопроизводства России 1864 г. с учетом специфики устанавливаемого им уголовного процесса говорилось о «судебном преследовании» как поводе к началу производства по уголовному делу: оно «возбуждается как должностными, так и частными лицами» (ст. 2).

Первый УПК РСФСР, утвержденный ВЦИК 15 февраля 1923 г., достаточно широко пользовался понятием уголовного преследования. В ст. 4 этого УПК РСФСР было установлено: «Уголовное преследование не может быть возбуждено, а возбужденное не может быть продолжаемо и подлежит прекращению во всякой стадии процесса…»; нормы, предусмотренные ст. 9, вменяли в обязанность прокуратуре «возбуждать уголовное преследование перед следственными и судебными органами по всякому совершившемуся и подлежащему наказанию преступлению».

Затем по причинам, требующим отдельного анализа (в основном связанным с идеологическими особенностями советской государственности), понятие уголовного преследования из процессуального законодательства исчезло. Регламентировавший уголовное судопроизводство страны на протяжении более сорока лет УПК РСФСР 1960 г. им не пользовался (вплоть до изменений, внесенных в ст. 47 этого Кодекса Федеральным законом от 20 марта 2001 г. в связи с ратификацией «Конвенции о защите прав и основных свобод»).

В этой редакции УПК РСФСР ст. 47 допускала участие к участию в деле защитника во всех случаях, когда к лицу, подозреваемому в совершении преступления, применены меры процессуального принуждения или когда его права и свободы затронуты действиями, связанными с его уголовным преследованием. Вообще, в современном российском праве термин «уголовное преследование» впервые обрел право на жизнь несколько ранее – в Федеральном

[9] *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 21.

законе «О прокуратуре Российской Федерации», ст. 1 которого возлагала на прокурора наряду с надзором за исполнением законов и осуществление уголовного преследования.

И лишь УПК на законодательном уровне четко определил содержание уголовного преследования как, по сути дела, стержня всего уголовного судопроизводства. Нет уголовного преследования – нет надобности в защите от него, нет надобности в судебном процессе, осуществлении правосудия относительно сформулированного в результате этой деятельности обвинения подсудимого в совершении преступления (в том числе и направленного на его реабилитацию). Вновь необходимо повторить его определение: «Уголовное преследование – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления». Тем не менее в интервале между УПК РСФСР 1923 г. и УПК РФ 2001 г. в отечественной уголовно-процессуальной литературе этот институт весьма активно использовался и анализировался. Следует привести несколько суждений, раскрывающих его сущность, сформулированных ведущими отечественными юристами.

М. С. Строгович рассматривал обвинительную деятельность (уголовное преследование) как «совокупность процессуальных действий, направленных на то, чтобы изобличить в совершении преступления привлеченное к уголовной ответственности лицо и обеспечить применение к нему заслуженного наказания». Она, по его мнению, состоит в собирании доказательств, уличающих обвиняемого или устанавливающих отягчающие его вину обстоятельства, применении принудительных мер, обеспечивающих изобличение обвиняемого и наказание его, а также в действиях, направленных на обоснование перед судом обвинения и необходимости заслуженного наказания[10].

А. М. Ларин полагал, что уголовное преследование есть предшествующая разрешению дела уголовно-процессуальная деятельность, которая состоит в формулировании и обосновании вывода о совершении определенным лицом конкретного преступления[11].

---

[10] *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 190.

[11] См.: *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу : Процессуальные функции. М., 1986. С. 25.

В последние годы к исследованию сущности института уголовного преследования неоднократно обращались также видные отечественные криминалисты.

Так, А. Б. Соловьев пришел к выводу, что на досудебных стадиях судопроизводства уголовное преследование состоит «в деятельности специально уполномоченных на то законом должностных лиц в пределах их компетенции, направленной на обеспечение неотвратимости наказания за совершенное преступление и реализуемой при расследовании преступлений путем возбуждения уголовного дела против конкретного лица, его задержания, применения меры пресечения до и после предъявления обвинения, привлечения к уголовной ответственности, проведения следственных действий, ограничивающих конституционные права подозреваемых, обвиняемых, составления обвинительного заключения и передачи уголовного дела в суд для осуществления правосудия»[12].

Эта же точка зрения, в первую очередь, на спорный, по нашему мнению, вопрос о моменте начала уголовного преследования разделяется, в сути своей, и другими учеными, в частности, В. М. Корнуковым, по категорическому утверждению которого «уголовное преследование может осуществляться только в отношении определенного лица… При возбуждении уголовного дела против конкретного лица начало уголовного преследования совпадает с началом производства по уголовному делу»[13].

С такими подходами к формулированию сущности уголовного преследования согласиться нельзя в принципе, ибо, как видим, в их основе лежит посылка о том, что уголовное преследование осуществляется только в отношении конкретного лица. Она же представляется в принципе ошибочной. Если придерживаться этой точки зрения, то сразу же с логической неизбежностью напраши-

---

[12] *Соловьев А. Б.* Функция уголовного преследования в досудебных стадиях процесса // Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы. М., 1997. С. 144.

[13] Курс уголовного судопроизводства : учебник : в 3 т. / под ред. В. А. Михайлова. М. ; Воронеж, 2006. Этой же позиции придерживаются Б. Х. Толеубекова, К. Ж. Капсалямов и ряд других процессуалистов. См., напр.: *Толеубекова Б. Х.* Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан : Общая часть. Алматы, 1998. С. 79 ; *Капсалямов К. Ж.* Функция уголовного преследования и реализация мер пресечения // Актуальные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и криминалистики. Ч. 1. М., 2004. С. 79.

вается вопрос: а чем же тогда занимается, какую уголовно-процессуальную функцию выполняет следователь до появления в расследуемом им уголовном деле процессуальной фигуры подозреваемого (не говоря уже об обвиняемом)?

В основе разрешения этой наиболее принципиальной проблемы сущности уголовного преследования (как и других проблем, лежащих в области исследования этого как одного из главных уголовно-процессуальных институтов) должны лежать приведенное выше законодательное определение уголовного преследования, а также ряд других связанных с ним норм.

Их системное толкование не оставляет сомнений в том, что уголовное преследование существует в двух формах: *опосредованном* и *непосредственном уголовном преследовании.*

Вся деятельность профессиональных представителей стороны обвинения, все уголовное преследование во всех своих структурных элементах и звеньях – от возбуждения уголовного дела дознавателем, следователем до поддержания государственного обвинения в суде прокурором – по своему определению имеет единую *цель – обвинение,* вновь необходимо подчеркнуть: *законное и обоснованное.* Более того, мы берем на себя смелость сделать следующий, на первый взгляд, может быть, несколько эпатажный вывод.

Конечная цель всей деятельности следователя (других представителей органов уголовного преследования) заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешении в пределах своей уголовно-процессуальной функции, предполагающих обоснованное и законное формулирование обвинительного тезиса в отношении конкретного лица, либо констатацию факта отсутствия для того оснований или необходимости (возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами.

Однако если факт, содержащий достаточные признаки преступления, остался в целом латентным, или сведения, полученные из перечисленных в ст. 140 УПК источников, не содержат основания для возбуждения уголовного дела (ст. 148 УПК), таковое, что очевидно, не возбуждается. А потому в принципе в таком случае об уголовном преследовании лица, учинившего данный факт, говорить не приходится. Особенно наглядно это положение проявля-

ется относительно фактов, содержащих признаки преступлений, преследуемых в частно-публичном порядке.

Даже располагая достаточными и неопровержимыми данными о лице, которое совершило изнасилование без квалифицирующих обстоятельств, другое преступление из числа перечисленных в ч. 3 ст. 20 УПК, правоохранительные органы лишены права на возбуждение по данному факту уголовного дела и начало непосредственного уголовного преследования этого лица (за исключением обстоятельств, предусмотренных ч. 4 этой же статьи УПК). Такая же ситуация складывается при решении вопроса о возбуждении уголовного дела и осуществлении непосредственного уголовного преследования в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, судьи и других отдельных категорий лиц, перечисленных в ст. 447 УПК. Не дадут соответствующие инстанции согласия на возбуждение уголовного дела в отношении такого лица – таковое не может быть возбуждено, а следовательно, нет речи о его уголовном преследовании.

Нет возбужденного уголовного дела – в принципе, быть не может и уголовного преследования кого-либо в совершении какого-либо преступления. Не проведены следственные действия после его возбуждения, но еще до появления подозреваемого, обвиняемого, в том числе и связанные в ряде случаев с применением мер процессуального принуждения[14], – таковые зачастую в уголовном деле не появятся. В связи с этим принципиально нельзя согласиться с Н. П. Кузнецовым, также полагавшим, что «деятельность стороны обвинения, осуществляемая до появления в деле подозреваемого и обвиняемого, уголовным преследованием не является»[15]. Невольно напрашивается уже сформулированный выше вопрос: чем же в таком случае она является, какую цель она преследует?

В таком случае, считает В. П. Божьев, «следователь реализует функцию расследования преступлений, которой по УПК РФ

---

[14] Например, получение от свидетеля или потерпевшего обязательства о явке, их приводе либо меры, связанные с ограничением конституционных прав граждан (характерным примером которых является контроль и запись телефонных и иных переговоров, осуществляемая в соответствии со ст. 186 УПК РФ не только в отношении подозреваемого, обвиняемого, но и иных лиц).

[15] Уголовный процесс России : учеб. пособие / под ред. З. Ф. Ковриги и Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 52.

как бы нет, но в реальной действительности существует вне зависимости от того, что наличие этой функции признают не все процессуалисты»[16].

Однако при этом В. П. Божьев не дает ответа на вопрос о целевом назначении этой функции: какова же цель расследования следователем преступлений? Мы убеждены – исключительно для установления и обоснованного изобличения лица, совершившего деяние, либо установления факта отсутствия преступного деяния или состава преступления в действиях изобличенного в его совершении лица.

Более того, В. П. Божьев, высказав данное положение, тут же делал и следующий весьма парадоксальный вывод: «Строго говоря, если в качестве подозреваемого или обвиняемого фигурирует лицо, непричастное к преступлению, то деятельность по его “изобличению” нельзя назвать уголовным преследованием»[17].

Чем же (вновь зададим этот сакраментальный вопрос) в таком случае такая деятельность является? И как этот вывод соотносится с положениями гл. 18 УПК, регламентирующей порядок реабилитации гражданина, возмещения ему имущественного и морального вреда, причиненного *именно незаконным уголовным преследованием* (ст. 133–139)?

Далеко не случайно в приведенном выше законодательном определении говорится о том, что уголовное преследование осуществляется стороной обвинения не в *отношении* подозреваемого, обвиняемого, *а в целях* изобличения его в совершении преступления.

Более того, не только непосредственное изобличение конкретного лица в совершении преступления является предметом уголовного преследования в широком смысле этого понятия. В первую очередь в его канву входит установление самого факта события преступления. Об этом со всей определенностью свидетельствует ст. 21 УПК, именуемая «Обязанность осуществления уголовного преследования», ч. 2 которой гласит: «В каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим

[16] *Божьев В. П.* Состязательность на предварительном следствии // Законность. № 1. С. 5.

[17] Там же.

Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления». Тем самым закон совершенно однозначно и недвусмысленно подчеркивает единство самой сущности уголовного преследования и выделяет некоторые его структурные элементы.

Необходимо напомнить, что еще Ганс Гросс, учитывая реалии следственной деятельности, замечал, что «следователь приступает к следствию уже не свободным от некоторой предвзятости». И совершенно верно уже в настоящее время комментируют это положение Г. Н. Изюров и Л. А. Зашляпин: «Предвзятость, или, точнее, нацеленность на что-то (предвидение результата) является одной из существенных характеристик следователя (стороны обвинения)[18].

И если в связи с этим позволить себе провести, может быть, несколько вольную аналогию, то правомерен вопрос: чем занимается охотничья собака до того, как загнать зайца? Ответ – преследует зайца, идет по его следам, ищет зайца, эти следы оставившего, чтобы в результате его обнаружить.

Иное дело, что, как справедливо заметил В. С. Зеленецкий, «на деятельности, образующей содержание функции уголовного преследования, не может не отражаться специфика той или иной стадии, где эта деятельность осуществляется. Например, в стадии предварительного расследования названная функция реализуется сначала в деятельности следователя по изобличению лица, совершившего преступление, затем приобретает форму следственного обвинения, а после утверждения прокурором обвинительного заключения – форму обвинения государственного»[19].

Следует отметить, что такое ви́дение сущности института уголовного преследования далеко не оригинально.

Еще в первой половине XIX в. Я. И. Баршев, комментируя Свод законов Российской империи 1832 г., подразделял расследование преступлений на два вида: предварительное и формальное.

---

[18] *Изюров Г. Н., Зашляпин Л. А.* Функции обвинения и защиты как основание дифференциации научных направлений // Эволюция права и закона как фактор изменения криминалистики : генезис профессиональной защиты и представительства. Екатеринбург, 2003. С. 84.

[19] *Зеленецкий В. С.* Функциональная структура прокурорской деятельности. Харьков, 1978. С. 26.

Предметом предварительного следствия, по его мнению, является: «1) приведение в известность или возможно большую вероятность действительности того обстоятельства, на котором основывается деяние, кажущееся преступлением; 2) раскрытие его вероятно преступного свойства; 3) собрание улик, изобличающих в известном лице виновника его; 4) собрание всех доказательств дела, которые или сами собой представляются на вид, или суть такого свойства, что впоследствии нельзя уже будет получить их, а должно отыскивать их и собирать по горячим следам».

«Цель формального следствия, – писал далее Я. И. Баршев, – состоит в том: 1) чтобы преступление, которое в предварительном следствии доведено только до вероятности, привесть в полную известность; 2) чтобы объяснить всю степень вины или невиновности того лица, которое признано в нем подозрительным; одним словом, доставить столь подробное и полное исследование дела, чтобы на нем можно было основать впоследствии решительный, обвинительный или оправдывающий приговор».

А потому предварительное следствие – это «объем всех тех действий относительно исследования уголовных дел, которые предпринимаются для уяснения поводов к уголовному суду, для приведения в возможную известность состава преступления и для раскрытия тех причин, которые на какое-либо лицо указывают как на вероятного виновника преступления»; формальное – «объем всех действий следователя, которые направляются против известного лица, поставленного в состояние обвинения по причине известного преступления, чтобы иметь возможность окончательно решить, действительно ли и в каком виде и степени учинило оно рассматриваемое преступление и достойно ли оно наказания»[20].

Иными словами, Я. И. Баршев прямо указывает на существование двух видов, форм уголовного преследования; по принятой в данной работе терминологии – опосредованной («предварительное следствие») и непосредственной («формальное следствие») форм уголовного преследования, и раскрывает содержание каждой из них.

---

[20] *Баршев Я. И.* Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. М., 2001. С. 73–74, 77, 94–95.

Такая специфика уголовного преследования в полной мере свойственна и современному российскому уголовному судопроизводству.

А потому следует согласиться с авторами, которые считают, что «преследование граждан в уголовном порядке представляет собой процессуальную деятельность соответствующих государственных органов по привлечению к уголовной ответственности лиц, совершивших преступления, включающую и возбуждение процесса расследования, и само расследование обстоятельств преступления, и поимку преступника, и доказывание его виновности в судебном заседании»[21]. Право на эту деятельность «возникает с момента совершения преступления, а обязанность – с момента получении информации о нем лицами, уполномоченными на то законом, сущность которой составляют отыскание, собирание и использование информации о преступлении и иных имеющих значение для дела обстоятельствах»[22].

Говорить об уголовном преследовании, имея в виду его осуществление только в отношении конкретного лица, не включая в него деятельность, приводящую к его, конкретного лица, выявлению, – все равно что попытаться одной линией начертить прямоугольник – либо без длины, либо без высоты.

Следует сказать, что это наше мнение о видах уголовного преследования вызвало достаточно резкое неприятие со стороны отдельных юристов. Так, А. Б. Соловьев считает, что «внешне такой подход соответствует состязательности в досудебных стадиях. Однако нельзя забывать, что на предварительном следствии принцип состязательности действует в ограниченном виде и в случаях, когда между сторонами возникает спор по вопросам правоприменения, разрешаемый судом. О какой состязательности и о каком уголовном преследовании можно серьезно говорить до появления процессуальной фигуры подозреваемого?»[23].

---

[21] *Шалумов М. С.* Уголовное преследование как функция прокуратуры // Правоведение. 1996. № 4. С. 28.

[22] *Коршунова О. Н.* Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы уголовного преследования : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 8.

[23] *Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Буланова Н. В.* Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 11. В принципе, хотя и менее безапелляционно, эту позицию разделяет и С. А. Шейфер. См.: *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 20008. С. 27).

Более того, отдельные авторы «в чистую», полностью отрицают действие принципа состязательности сторон в досудебном производстве по уголовному делу. «Непременные условия реализации принципа состязательности, – считает, например, В. И. Зажицкий, – наличие предмета судебного спора и нахождение суда и сторон в одно и то же время в зале судебного заседания, где этот спор будет разрешен судом»[24].

В работе, посвященной состязательности в досудебном производстве по уголовному делу, уже был дан ответ на аналогичный вопрос, поставленный в свое время В. П. Божьевым[25]. А потому здесь лишь вкратце повторим высказанные в ней по этой проблеме аргументы.

Состязаться между собой стороны должны начинать (и в настоящее время уже реально начинают на практике) задолго до суда, зачастую еще до появления процессуальной фигуры подозреваемого. Именно на это прежде всего, направлена активно проводимая в жизнь законодательная тенденция расширения полномочий адвоката: от возможности его участия в допросе свидетеля до права защитника на самостоятельное собирание доказательств.

До суда стороны состязаются друг перед другом: каждая из них убеждает другую сторону в обоснованности именно своей позиции, при необходимости используя криминалистические (технические, тактические, методические) средства.

Состязание друг перед другом, убеждение противника в обоснованности именно своей позиции – обычный и наиболее распространенный метод разрешения любых межличностных (так называемых внешних) конфликтов. И лишь когда он не приводит к удовлетворительному для обеих сторон (и объективно, и субъективно) разрешению конфликта, они обращаются к посредству арбитра. И то, что по результатам предварительного расследования прекращается более трети уголовных дел (данные В. П. Божьева), как раз и свидетельствует о разрешении конфликтов, лежащих в основе их возбуждения, вследствие состязания сторон в процессе

---

[24] *Зажицкий В. И.* О процессуальном положении следователя // Государство и право. 2011. № 6. С. 43.

[25] См.: *Баев О. Я.* О состязательности в досудебном производстве по уголовному делу // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 6. Воронеж, 2005.

расследования, в ходе опосредованного уголовного преследования следует повторить, зачастую еще до появления процессуальной фигуры подозреваемого, именно таким образом.

Еще две проблемы, связанные с определением института уголовного преследования (меньшей степени общности, чем та, которая проанализирована выше), требуют рассмотрения в рамках настоящей работы для более четкого определения «поля» усмотрения лицами, уголовное преследование реализующих.

По-видимому, указания отдельных ученых (З. Ф. Коврига, А. Б. Соловьев и др.) на предназначение уголовного преследования как деятельности, направленной исключительно на обеспечение неотвратимости наказания, сущностно не совсем корректны хотя бы по следующей причине. Далеко не всегда в отношении лица, законно и обоснованно изобличенного в результате уголовного преследования в совершении преступления, составляется обвинительное заключение, а затем этот человек подвергается наказанию.

Имеются в виду и случаи прекращения уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям, и прекращения уголовного преследования в связи с необходимостью применения к лицу, совершившему уголовно-противоправное деяние, не уголовного наказания, а принудительных мер медицинского характера в порядке, предусмотренном гл. 51 УПК, и, наконец, к примеру, случаи прекращения уголовного преследования в связи с недостижением лицом, такое деяние учинившим, возраста, с которого возможна уголовная ответственность.

Кроме того, в определение содержания уголовного преследования не следует включать (как это делают ряд криминалистов) перечисление тех или иных отдельных действий и процессуальных решений, которые осуществляются в его рамках. Такой перечень всегда будет неполным и не всегда точным.

Таким образом, *уголовное преследование* есть процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения и направленная каждым ее представителем в пределах своей компетенции на обнаружение преступления, выявление, законное и обоснованное изобличение подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в его совершении.

Формулируя это определение (как и все другие, которые будут далее содержаться в данной работе), следует всецело присоединиться к словам В. М. Савицкого, который исследование тер-

минологии уголовно-процессуального закона завершает словами: «Умен, очень умен был тот древний римлянин, когда, помучившись с составлением (или, может быть, с прочтением, уяснением?) очередного эдикта, он в сердцах воскликнул: omnis defenitio perculosa est – всякое определение опасно!»[26]

Именно – и лишь в этом правовом поле должностные лица, отнесенные уголовно-процессуальным законом к профессиональным участникам уголовного судопроизводства со стороны обвинения (гл. 6 УПК), реализуют свои возможности на усмотрение, к рассмотрению сущности которого и следует перейти.

§ 2. Теоретические основы феномена усмотрения в уголовном преследовании

Феномен усмотрения в структуре правоприменения актуален для правовых систем всех государств, издавна и активно в юридической литературе многих из них изучается.

Диапазон различных подходов к исследованию дефиниции и сущности усмотрения в зарубежной юридической и социологической науках отчетливо просматривается из их изложения, которым О. А. Папкова предваряет свою работу, посвященную вопросам усмотрения суда применительно к гражданскому и арбитражному судопроизводству. Для введения в изучаемую проблематику целесообразно без авторских комментариев воспроизвести некоторые из этих подходов «по Папковой».

«Р. Дворкин (R. M. Dworkin) придерживается мнения, согласно которому усмотрение – это сравнительная категория, вытекающая из содержания юридической нормы и существующая только “как область, открытая близлежащим понятием ограничения”.

Д. Галлиган (D. J. Galligan) полагает, что метафора Р. Дворкина (R. M. Dworkin) о пончике, “дырка” которого является усмотрением, а края – его ограничениями, может обманчиво передавать отражение различий между усмотрением и нормами права, которые трудно выявить, когда правовые нормы имеют пробелы или неопределенны, абстрактны или коллизионны. Р. Дворкин (R. M. Dworkin) размышляет далее и отмечает, что юридические нормы позволяют осуществлять усмотрение двух видов: слабое и

[26] *Савицкий В. М.* Язык процессуального закона. Вопросы терминологии. М., 1987. С. 108.

сильное усмотрение. Первый вариант "слабого" (weak) усмотрения осуществляется при наличии юридической нормы. Второй вариант "слабого" (weak) усмотрения проявляется там, где должностное лицо обладает заключительным властным полномочием для вынесения решения, которое не может быть ни изменено, ни отменено. Второй вид усмотрения – это "сильное" (strong) усмотрение, которое осуществляется, когда лицо, выносящее решение, "не связано юридическими нормами, установленными для разрешения спорного правового вопроса".

Р. Гудин (R. E. Goodin), продолжая аналитическую линию Р. Дворкина (R. M. Dworkin), предлагает другие две пары контрастов в определении усмотрения в дополнение к варианту сильного – слабого различия. Во-первых, ученый указывает, что должностные лица обладают "формальным" (formal) усмотрением, когда право выбора закреплено в юридической норме. В том случае, если язык нормы неясный и право выбора подразумевается, ученый определяет полученное в результате усмотрение как "неформальное" (informal). Во-вторых, по мнению ученого, должностные лица, чьи решения являются предметом пересмотра и могут быть проверены иным должностным лицом, обладают "предварительным" (provisional) усмотрением, а те, чьи решения не могут быть пересмотрены, обладают "окончательным" (ultimate) усмотрением.

В подробном анализе, проведенном Д. Галлиганом (D. J. Galligan), проявляется восприимчивость взглядов социологов на усмотрение. Труд ученого ценен его вкладом в уяснение смысла понятия "усмотрение". Д. Галлиган (D. J. Galligan) указывает, что в широком смысле усмотрение означает область автономии, в которой решение правового вопроса отражает в какой-то степени субъективное мнение правоприменителя. Он добавляет, что идея усмотрения "предполагает также, что решения, которые принимает одно должностное лицо, должны восприниматься строго определенным образом другими должностными лицами".

Подобные идеи ученого оцениваются в зарубежной науке двояко. "Основное содержание усмотрительной власти" объясняется как "властное полномочие, делегированное внутри системы власти должностному лицу или группе должностных лиц, когда они имеют некоторый значительный объем правомочий для установления правил, в соответствии с которыми осуществляется дан-

ная власть, и для применения их в процессе вынесения конкретных решений… Главным в понятии "усмотрение" является идея, состоящая в том, что в пределах определенной области власти должностное лицо должно действовать в соответствии с целями и потом определять тактику и стратегию для их достижения. Это может быть усмотрение в уяснении и толковании целей: усмотрение в отношении тактики, стандартов, процедур, необходимых для достижения целей»[27].

Как видим, взгляды на усмотрение как на феномен права и правоприменительной деятельности в зарубежной науке не только различны, но иногда и просто полярны.

При анализе современной отечественной процессуальной, в первую очередь, естественно, уголовно-процессуальной, литературы, в которой в тех или иных аспектах исследуются проблемы усмотрения, также отчетливо проявились несколько подходов к их решению, в том числе и отличных от вышеприведенных мнений по ним зарубежных юристов и социологов.

Так, А. Б. Ярославцев полагает, что, *усмотрение – это отношение* к характеру разрешения неурегулированной законом ситуации. «Оптимальное усмотрение следователя, – пишет он, – это его отношение (мнения, суждения, взгляды, оценки) к характеру разрешения неурегулированной законом следственной ситуации, обусловленное имеющимся у него жизненным и профессиональным опытом, общими и профессиональными знаниями, навыками, умениями, физическими и психическими особенностями его личности»[28].

Эту дефиницию нельзя признать удачной. Основным недостатком данного определения является сведение содержания рассматриваемого феномена лишь к его генезису, к тому, что лежит в основе разрешения возникшей перед исследователем (следователем, судьей) ситуации.

Однако несомненно, что практическая, прикладная, процессуальная значимость усмотрения состоит не во внутренних душевных колебаниях этого субъекта, не в так называемом когнитивном диссонансе (его внутреннем конфликте). Она состоит в сущности

---

[27] *Папкова О. А.* Усмотрение суда. М., 2005. С. 29–31.

[28] *Ярославцев А. Б.* Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 4.

принимаемых им в результате на этой основе процессуальных и тактических решений как таковых.

То, что обозначается данным автором в качестве усмотрения, составляет содержание других категорий, а именно индивидуального правосознания профессионального субъекта уголовного судопроизводства и его внутреннего убеждения, на основе которых и формируется усмотрение следователя/судьи при разрешении проблем, возникающих перед ним при разбирательстве (расследовании/рассмотрении) конкретного уголовного дела.

Напомним, что в самом общем виде под правосознанием понимается совокупность взглядов, идей, выражающих отношение человека к праву, законности, правосудию, его представление о том, что является правомерным или неправомерным. «Психологическую сторону правосознания составляют привычки, чувства, эмоции людей в отношении правовых явлений»[29].

«Внутреннее убеждение следователя (судьи, эксперта) – психическое состояние, возникающее как результат оценки доказательств, осуществленной свободно, без следования каким-либо внешним догмам с учетом специфики конкретного уголовного дела. Внутреннее убеждение формируется при отсутствии каких-либо внешних критериев»[30].

Иными словами, предлагаемое А. Б. Ярославским определение не раскрывает самую сущность и функцию усмотрения как деятельного, именно деятельного, феномена в области уголовного судопроизводства. Один из классиков теории усмотрения в современной зарубежной юридической литературе Аарон Барак понимает под усмотрением *полномочие, которое закон дает судье,* чтобы делать выбор из нескольких альтернатив, из которых каждая законна. И тут же совершенно верно обращает внимание (и, по сути, тем самым предвосхищая основное критическое замечание, которое вызывает у нас позиция А. Б. Ярославцева) на то, что «судейское усмотрение по определению не является ни эмоциональным, ни умственным состоянием. Это скорее юридическое условие, при котором судья волен делать выбор из ряда вариантов»[31].

---

[29] См.: Юридический энциклопедический словарь. М., 1987. С. 359 ; Большой толковый словарь русского языка. СПб., 1998. С. 953.

[30] *Белкин Р. С.* Криминалистическая энциклопедия. М., 2000. С. 37.

[31] *Барак А.* Судейское усмотрение. М., 1999. С. 13.

Добавим также, что введение А. Б. Ярославским указания на то, что усмотрение касается разрешения лишь неурегулированной законом ситуации, также представляется некорректным; видимо, о чем подробнее будет говориться далее, речь в этом отношении следует вести о ситуациях, способы и средства разрешения которых не предписаны законом однозначно, императивно.

Такими – не допускающими какого-либо усмотрения, к примеру, являются императивно законом предписанные условия и порядок производства отдельных следственных действий, ряд обстоятельств, установление которых в силу требования закона возможно лишь указанным им образом (скажем, обстоятельства, указанные в ст. 196 УПК, как случаи обязательного назначения судебной экспертизы).

Следует всецело согласиться с тем, что допустимое усмотрение (в следственной, судейской или иной другой профессиональной деятельности в любой отрасли судопроизводства) по определению может относиться лишь к выбору из альтернатив, либо прямо предусмотренных законом, либо ему не противоречащих. Дело в том очевидном факте, что усмотрение есть не что иное, как принятие соответствующим субъектом решения возникшей перед ним проблемной ситуации в деятельности по достижению некой сформулированной им для себя (либо нормативно ему предписанной) цели. Она же, цель, как известно, «как закон» структурирует всю деятельность по ее достижению.

Конечная цель уголовного судопроизводства заключается в установлении факта (отсутствия факта) существования уголовно-правового конфликта и его разрешении профессиональными участниками уголовного процесса, каждым в пределах своей уголовно-процессуальной функции, непрофессиональными его участниками – в пределах предоставленных каждому из них процессуальных прав по участию в разрешении уголовного-правового конфликта.

Для ее достижения соответственным образом структурируются конечные цели деятельности отдельных профессиональных участников уголовного процесса.

Конечная цель деятельности следователя[32] заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его

[32] Под «следователем» в данном контексте понимается также и дознаватель, и руководители следственного органа и органа дознания.

разрешении в пределах своей уголовно-процессуальной функции, предполагающих обоснованное и законное формулирование обвинительного тезиса в отношении конкретного лица либо констатацию факта отсутствия для того оснований или необходимости (либо возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами. Конечная цель деятельности прокурора в уголовном процессе (с учетом его современных функций в досудебном производстве по уголовному делу) – принятие решения о необходимости возбуждения в отношении привлекаемого к уголовной ответственности лица государственного обвинения, в поддержании и отстаивании его в судах различных инстанций (первой и контрольных)[33].

Конечная цель деятельности адвоката-защитника – в обосновании того, что его подзащитный – воспользуемся словами А. Ф. Кони – не виноват вовсе, либо виноват не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования.

Иными словами, достижение всеми этими лицами конечных целей своей деятельности завершается принятием каждым из них, чаще всего, более того – как правило, по своему усмотрению, соответствующих решений по ее итогам[34].

Само же принятие решения, независимо от сферы деятельности, в которой оно принимается, его вида, формы облечения, в посвященной теории принятия решений литературе чаще всего рассматривается как процесс, состоящий из пяти этапов: диагностика проблемы; формулировка критериев (стандартов) и ограничений; определение альтернатив; оценка альтернатив; окончательный выбор решения[35].

Применительно к уголовному производству в целом достаточно подробно была рассмотрена сущность этой структуры принятия решений в ряде предыдущих публикаций автора[36].

---

[33] Что отнюдь не исключает возможности отказа от этого по своему обоснованному на то усмотрению.

[34] См.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

[35] См.: *Мыльник В. В., Титаренко Б. П., Волочиенко В. А*. Исследование систем управления. М., 2006 ; *Баллод Б. А., Елизарова Н. Н*. Методы и алгоритмы принятия решений в экономике. М., 2009. С. 23.

[36] См.: *Баев О. Я.* Указ. соч. ; *Его же*. Уголовно-процессуальные решения и решения в уголовном судопроизводстве // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2009. Вып. 1 (6).

Однако до того, как предложить свое ви́дение феномена усмотрения и места его в уголовном преследовании, нельзя не остановиться на втором из перечисленных этапов принятия решений, для этой области деятельности весьма специфичном. Именно формулирование критериев и ограничений, соблюдение их (следование им) позволяют отличать допустимое усмотрение от произвола со стороны следователя (других лиц, осуществляющих уголовное преследование).

Ограничения, пишут специалисты в области исследования систем управления, обычно имеют внутренний и внешний характер. Первые из них находятся внутри организации, например ограниченность ресурсов. Вторые содержатся во внешней среде организации. К ним относятся, например, ограничивающие внешнюю деятельность организации законы.

Важно отметить, что в области правоприменения, в том числе и в уголовном судопроизводстве, эти ограничения носят принципиально иной характер.

«Ограничивающие деятельность» профессиональных участников уголовного процесса законы выступают для них в виде не внешних, а глубинных внутренних ограничений.

В частности, лица и органы, осуществляющие уголовное преследование, а потому вынужденные непрерывно в процессе его принимать соответствующие решения (как процессуальные, так и криминалистические), в этой своей деятельности «скованы» требованиями уголовно-процессуального закона – они могут действовать так и только так, как им предписывает уголовно-процессуальный закон.

Тут представляется уместным небольшое отступление.

Любой закон, в том числе закон уголовно-процессуальный, несовершенен. Тем более когда он, как часто у нас случается, принимается в некой лихорадочной спешке, без серьезного и широкого обсуждения его проектов со специалистами[37].

Этим, в частности, обусловлено то, что с момента принятия в 2001 г. Уголовно-процессуального кодекса РФ в него к настояще-

---

[37] Не имеет никакого смысла комментировать озвученную в СМИ одним из бывших ответственных сотрудников УБОП «оперативную» информацию о том, что за то, чтобы проект УПК прошел в Госдуме, из воровского общака заплатили 500 млн долл. См.: *Тарасова С.* Милицию надо прекратить бить // Воронежский курьер. 2011. 12 апр.

му времени внесено около 1000 (!) поправок, дополнений и изменений, многие из которых, в свою очередь, вызывают и у теоретиков, и у практиков критические замечания.

Но после его принятия Федеральным Собранием и утверждения Президентом страны и до тех пор, пока закон действует, он – Его Величество Закон.

В то же время нет ни малейших сомнений, что любой закон должен критически анализироваться и комментироваться в соответствующей литературе, что явится стимулом для его совершенствования и – главное – оптимизации его применения в практической деятельности.

И потому и действовать можно только по Закону, и маневрировать в правоприменительной деятельности можно только в рамках Закона.

В нем нет норм, необязательных для исполнения, тех, которыми можно было бы пренебречь. «Dura lex scripta tamen», – говорили древние римляне (Закон строг, но он так написан).

В связи с этим следует заметить, что необходимо с глубокой настороженностью относиться к одобрительно (как понимаем) цитируемому П. Г. Марфициным высказыванию В. И. Ленина о том, что «сочинить такой [правой] рецепт или такое общее правило… которое бы годилось на все случаи, есть нелепость»[38]. Эти слова, увы, могут быть расценены как индульгенция, выданная основоположником, безграничному произволу в области уголовного судопроизводства (что убедительно показала репрессивная практика 1930–1960 гг.).

И потому не случайно, что П. Г. Марфицин тут же оговаривается: «Зная об этом, законодатель и формирует “раму”, очерчивающую границы поведения исполнителя»[39].

В уголовном судопроизводстве говорить об усмотрении в создании норм права, по крайней мере, неуместно. «Судьи, – завершая анализ естественно-правовой, так называемой декларативной теории судебного усмотрения, верно, на наш взгляд, формулирует Л. Н. Берг, – не создают право, а лишь декларируют право, которое уже существовало до судебного прецедента… Судебное усмотре-

[38] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 41. С. 52.

[39] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002.

ние… представляет собой выбор в пределах правовой нормы»[40]. Иными словами, при производстве по уголовному делу, в частности, осуществляя по нему уголовное преследование, его субъект не создает «удобные» ему для конкретного случая уголовные и уголовно-процессуальные нормы; он осуществляет свою деятельность исключительно в пределах соответствующих действующих законов.

Не стоило бы столь подробно обосновывать эту правоприменительную аксиому, если бы не уверенность в том, что, к сожалению (и некоему по этому поводу недоумению), так и в настоящее время считают не все специалисты в области уголовного процесса.

К примеру, по мнению одного из них, изложенному в академическом издании, «уголовное судопроизводство в силу своего консерватизма и уязвимости относится недоверчиво к сведениям, установленным в рамках иной деятельности (в данном случае имеется в виду оперативно-розыскная деятельность. – *О. Б.*). Так происходит потому, *что в сознании юриста существует уверенность, что одно лишь соблюдение формы может обеспечить достоверность результата… и потому большинству людей, по слабости духа, необходимо “объективное обоснование”, на которое можно опереться. Когда-то это была “воля богов”, сейчас – норма (форма) закона»*[41] (выделено нами. – *О. Б.*).

На эти слова, свидетельствующие о вульгарно-нигилистическом отношении их автора к закону, можно было бы не обращать внимания, если бы… не их опасность. Увы, данное мнение может быть расценено как «теоретическое» обоснование соответствующего отношения к закону значительного числа практических работников уголовной юстиции, продолжающих считать право и закон (как писал Ю. О. Домбровский, имевший «счастье» испытать все достоинства «правосудия» советского периода нашей страны на себе) «факультетом ненужных вещей – наукой о формальностях, бумажках и процедурах»[42]. «Именно в области уголовного

---

[40] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 14, 16.

[41] *Баранов А. М.* Использование результатов негласных способов собирания доказательств в уголовном судопроизводстве // Государство и право. 2007. № 8. С. 64.

[42] *Домбровский Ю.* Факультет ненужных вещей. М., 1989. С. 87.

права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан», – писал еще в начале прошлого века И. Я. Фойницкий[43].

«История свободы, – спустя столетие, совершенно уместно практически повторяет это принципиальное положение А. В. Смирнов, – это история процессуальных гарантий»[44].

Человечество за всю многовековую и зачастую трагическую свою «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой минимально необходимой и возможной гарантией обеспечения прав человека от репрессивного механизма государства, от перехода допустимого усмотрения в произвол при правоприменении.

И потому любое существенное нарушение закона лицом, осуществляющим уголовное преследование или правосудие, влечет применение процессуальных санкций в виде признания принятого решения незаконным или/и необоснованным. Доказательства же, сформированные в ходе его реализации, являются недопустимыми для доказывания обвинения.

Лиц, принимающих решения, в литературе по теории решений для краткости обозначают как ЛПР. Далее также будет использоваться эта аббревиатура, либо с учетом направленности данного исследования в необходимых случаях они будут обозначаться как СУ – субъекты усмотрения.

Основные ограничения для принятия решений в целом, в том числе и «по усмотрению», накладываемые на этих лиц уголовно-процессуальным законом, заложены в первую очередь в установленных им принципах уголовного судопроизводства (в свою очередь, представляющих приложение к нему конституционных положений), сформулированных в виде категорических императивов.

Приведем ряд из них, более непосредственно, чем другие, касающихся изучаемой здесь проблемы:

– «Уголовное судопроизводство осуществляется в сроки, установленные настоящим Кодексом. Продление этих сроков допустимо в случаях и в порядке, которые предусмотрены настоящим

[43] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. С. 586.

[44] *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2002. С. 219.

Кодексом, но уголовное преследование, назначение наказания и прекращение уголовного преследования должны осуществляться в разумный срок» (ст. 6.1 УПК);

– «Никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут наказанию иначе как по приговору суда…» (ст. 8 УПК);

– «В ходе уголовного судопроизводства запрещаются осуществление действий и принятие решений, унижающих честь участника уголовного судопроизводства, а также обращение, унижающее его человеческое достоинство либо создающее опасность для его жизни и здоровья» (ст. 9 УПК);

– Нижней границей усмотрения в этом отношении, делающей его категорически недопустимым, но, увы, как о том свидетельствуют и судебная практика, и многочисленные публикации в СМИ, зачастую нарушаемой, является норма уголовного закона, устанавливающая ответственность за принуждение к даче показаний.

В силу значимости этого положения воспроизведем ее текст.

Статья 302. Принуждение к даче показаний

1. Принуждение подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля к даче показаний либо эксперта, специалиста к даче заключения или показаний путем применения угроз, шантажа или иных незаконных действий со стороны следователя или лица, производящего дознание, а равно другого лица с ведома или молчаливого согласия следователя или лица, производящего дознание, – (в ред. Федерального закона от 08.12.2003 № 162-ФЗ) наказывается лишением свободы на срок до трех лет.

2. То же деяние, соединенное с применением насилия, издевательств или пытки, – наказывается лишением свободы на срок от двух до восьми лет;

– «Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления или заключен под стражу при отсутствии на то законных оснований…» (ст. 10 УПК);

«Осознавая» повышенную социальную опасность усмотрения, и в этом отношении уголовный закон «предупреждает», криминализирует нарушающие данный уголовно-процессуальный принцип деяния.

Статья 301. Незаконные задержание, заключение под стражу или содержание под стражей

1. Заведомо незаконное задержание – наказывается ограничением свободы на срок до трех лет, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

2. Заведомо незаконные заключение под стражу или содержание под стражей – наказываются лишением свободы на срок до четырех лет.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, повлекшие тяжкие последствия, – наказываются лишением свободы на срок от трех до восьми лет.

– «Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью» (ст. 17 УПК).

«Границы», за пределами которых усмотрение в оценке доказательств, переходят в следственный / судебный уголовно-наказуемый произвол в этом отношении, криминализированы в следующих статьях УК:

Статья 299. Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности

1. Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет.

2. То же деяние, соединенное с обвинением лица в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, – наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Статья 300. Незаконное освобождение от уголовной ответственности

Незаконное освобождение от уголовной ответственности лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, прокурором, следователем или лицом, производящим дознание, – наказывается лишением свободы на срок от двух до семи лет.

Статья 305. Вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта

1. Вынесение судьей (судьями) заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта – наказывается штра-

фом в размере до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет либо лишением свободы на срок до четырех лет (в ред. Федерального закона от 08.12.2003 № 162-ФЗ).

2. То же деяние, связанное с вынесением незаконного приговора суда к лишению свободы или повлекшее иные тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Осознавая эту тонкую грань, законодатель также ограничил полномочия на усмотрение при принятии определенных решений рядом условий, иными словами, ввел правовые пределы для усмотрения при разрешении более или менее типовых ситуаций уголовного судопроизводства, в первую очередь осуществляемого в его рамках уголовного преследования.

Пределы усмотрения – «это правовые рамки, установленные управомоченными субъектами с помощью правовых юридических средств, четко ограничивающие объем применения права»[45].

Ограничения более низкого, если так можно выразиться, уровня установлены УПК – и о них мы также будем говорить далее – для ряда типовых ситуаций принятия решений и действий в соответствии с ними этих лиц в уголовном процессе.

А потому основополагающим атрибутивным признаком формулируемого здесь понятия является то, что усмотрение – это выбор из альтернатив, каждая из которых законна или не противоречит закону.

«[Судейское] усмотрение, – пишет по этому поводу А. Барак, – предполагает наличие зоны законных возможностей, каждая из которых законна в контексте системы. Любой вариант, который находится вне этой зоны, по определению незаконен, и судья не вправе по своему усмотрению решать, выбирать его или нет»[46].

К числу внутренних ограничений при принятии решений в области уголовного судопроизводства следует отнести также необходимость неукоснительного соблюдения при этом ЛПР требований общей и судебной этики. И именно к их выбору «по усмотрению» и реализации в уголовном преследовании более чем к любому дру-

---

[45] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 21.

[46] *Барак А*. Указ. соч. С. 19.

гому виду деятельности относятся известные слова «формально правильно, а по существу – издевательство».

Для адвокатов-защитников, принимающих решения в процессе профессиональной защиты своего клиента от уголовного преследования, критериями налагаемых на них внутренних ограничений являются несколько иные законодательные положения. Как известно, адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты, в своей деятельности он может использовать любые средства и способы защиты кроме тех, которые запрещены УПК; на него возложена обязанность (за исключением также указанных в законе случаев) поддерживать позицию своего подзащитного[47].

Однако следует сказать, чтобы сразу очертить круг субъектов усмотрения в уголовном судопроизводстве в целом, что адвоката в изучаемом здесь аспекте вряд ли можно однозначно отнести к их числу, хотя нет никаких сомнений, что и он, как сказано, является активно функционирующим субъектом принятия решений как таковых (в общепринятом значении этого понятия) в области судопроизводства.

Однако усмотрение в рассматриваемом здесь контексте – решение, обязательное для соблюдения и исполнения всеми лицами, на которых оно распространяется, носит обязательный для исполнения характер, что обеспечивается реализацией СУ своих властных на то полномочий.

К примеру, «право свободного усмотрения (дискреция) прокурора можно определить как разумный, обоснованный и справедливый выбор законных вариантов его поведения и принимаемых им решений с учетом конкретной обстановки при осуществлении уголовного преследования и надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия»[48].

Усмотрение же адвоката этими свойствами не обладает. Оно, усмотрение адвоката (выраженное в подаваемых им ходатайствах, жалобах, заявлениях, выступлениях в прениях сторон в суде, и т.п.) лишь инициирует необходимость реагирования на него субъекта, имеющего на то властные, обеспеченные процессуальным меха-

---

[47] Статьи 49, 53 УПК; ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

[48] *Оксюк Т.* Усмотрение прокурора в уголовном процессе // Законность. 2010. № 3. С. 3.

низмом реализации полномочия (следователем, прокурором, судом/судьей) путем принятия по мотивированному усмотрению соответствующего решения.

К сожалению, на практике далеко не всегда эти решения правоприменителей, обусловленные выраженным защитником в должной форме усмотрением, надлежащим образом ими мотивируются.

Можно проиллюстрировать это мнение одним из наиболее распространенных примеров, возникающих при осуществлении уголовного преследования в досудебном производстве по уголовным делам.

Как известно, следователь, дознаватель не может отказать подозреваемому, обвиняемому, его защитнику (а также потерпевшему и другим перечисленным в ч. 2 ст. 159 УПК лицам) в удовлетворении ходатайств о производстве действий для установления обстоятельств, имеющих значение для данного уголовного дела.

Однако, несмотря на, казалось бы, императивность этого положения, разрешаются такие ходатайства по усмотрению их адресатов о том, имеют ли эти обстоятельства значение по делу. И достаточно распространены ситуации, когда соответствующие решения СУ предопределяются его внутренним убеждением о характере таковых обстоятельств и, более того, зачастую организационными факторами (например, простым «нежеланием» тратить свое время на удовлетворение заявленных ходатайств, особенно в случаях, если это потребует необходимость продления срока предварительного расследования и/или содержания обвиняемого под стражей).

Иными словами, усмотрение адвоката есть разновидность решений (и об этом подробнее будет говориться ниже), правом на принятие которых обладают все (как профессиональные, так и непрофессиональные) участники уголовного судопроизводства. Но основное юридически значимое отличие усмотрения от решений, принимаемых адвокатами (не говоря уже о решениях непрофессиональных участников производства по уголовному делу) в процессе своего участия в этой деятельности, состоит в том, что оно – властно, его выполнение обеспечивается властными полномочиями для его реализации, составляющими часть процессуального статуса соответствующего СУ.

Так же состоит дело с соотношением частных гипотез, выдвигаемых в ходе уголовного судопроизводства, с криминалистическими версиями. Право на выдвижение частных гипотез об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, имеют все участники судопроизводства. Но криминалистическими (следственными, судебными и т.д.) версиями некоторые из этих частных гипотез становятся после того, как они в этом качестве будут восприняты и приняты для проверки лишь соответствующими должностными лицами (следователем, судьей и т.д.)[49].

Таким образом, вторым из атрибутивных признаков усмотрения в уголовном судопроизводстве является то, что оно есть прерогатива субъекта, обладающего властными полномочиями на обеспечение его реализации.

Под усмотрением применительно к уголовному преследованию, видимо, учитывая приведенное выше суждение А. Барака о необходимом характере альтернатив, – пишет П. Г. Марфицин, – следует понимать «выбранный следователем в пределах своих полномочий из ряда альтернатив (каждая из которых законна) вариант поведения (решения), отвечающий конкретным условиям дела»[50].

В принципе так же понимается усмотрение и для условий иных видов судопроизводства. Так, например, О. А. Папкова применительно к гражданскому и арбитражному процессам под судейским усмотрением понимает предусмотренную юридическими нормами, осуществляемую в процессуальной форме мотивированную правоприменительную деятельность суда, имеющую общие и специальные пределы, состоящую в выборе варианта решения правового вопроса[51].

В первую очередь они перечислены в процессуальном статусе определенного ЛПР, в его полномочиях и правах, сформулированных в терминах «уполномочен», «вправе» и т.п.[52]

Кроме того, варианты альтернатив для принятия ЛПР по своему усмотрению уголовно-процессуальных решений, отвечающих, как отметил П. Г. Марфицин, конкретным условиям дела, в исчерпы-

---

[49] См.: *Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р.* Криминалистика / под ред. Р. С. Белкина. М., 2003. С. 474.

[50] *Марфицин П. Г.* Указ. соч.

[51] См.: *Папкова О. А.* Усмотрение суда. М., 2005. С. 39.

[52] К примеру, «Следователь уполномочен…» (ст. 38 и др. УПК). «Прокурор / руководитель следственного органа вправе…» (ст. 37, 39, 40.1 и др. УПК).

вающем виде заложены в уголовно-процессуальном законе. При этом они – варианты альтернатив принятия решения по усмотрению ЛПР – законом конкретизированы применительно к отдельным уголовно-процессуальным решениям.

Так, для разрешения заявления или сообщения о преступлении УПК предусматривает возможность выбора ЛПР одной из следующих альтернатив:

1) о возбуждении уголовного дела в установленном им порядке;

2) об отказе в возбуждении уголовного дела;

3) о передаче сообщения по подследственности или в суд при условиях, им предусмотренных (ст. 145 УПК).

Диапазон мер пресечения обвиняемому, одну из которых может выбрать лицо, формирующее по этому поводу и по своему на то (основанному на конкретных материалах расследуемого дела) усмотрению процессуальное решение, также в исчерпывающем виде приведен в ст. 98 УПК.

Для завершения предварительного расследования закон предоставляет следователю также исчерпывающий перечень альтернатив: составление по нему обвинительного заключения или его прекращение по основаниям и при условиях, им же предусмотренных.

Прокурор при рассмотрении уголовного дела, поступившего от следователя с обвинительным заключением, «принимает по нему одно из следующих решений:

1. Прокурор рассматривает поступившее от следователя уголовное дело с обвинительным заключением и в течение десяти суток принимает по нему одно из следующих решений:

1) об утверждении обвинительного заключения и о направлении уголовного дела в суд;

2) о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями;

3) о направлении уголовного дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения, если оно подсудно вышестоящему суду» (ч. 1 ст. 221 УПК).

Рассматривая уголовное дело по существу, судья/суд может по своему усмотрению, основанному на его правосознании, внутрен-

нем убеждении, сложившемуся на исследованных материалах, принять одно из альтернативных итоговых решений, предусмотренных для того уголовно-процессуальным законом: постановить обвинительный или оправдательный приговор либо прекратить уголовное дело или уголовное преследование. Суд кассационной инстанции по своему усмотрению в результате оценки материалов дела на основе правосознания и внутреннего убеждения может:

а) оставить приговор без изменения;

б) изменить его в пределах, предусмотренных УПК;

в) отменить постановленный судом первой инстанции приговор (полностью или частично, с направлением уголовного дела на новое судебное разбирательство либо с его прекращением).

Тут же отметим, что отдельные следственные и судебные ситуации либо сокращают набор альтернатив, из которых СУ может произвести выбор, либо вообще исключают для него возможность принятия какого-либо решения по собственному смотрению.

К примеру, отказ суда в удовлетворении ходатайства следователя об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде содержания под стражей, обусловливает для следователя возможность избрания в отношении этого обвиняемого по своему усмотрению иной меры пресечения из числа, предусмотренных законом, за исключением содержания под стражей.

Отказ прокурора от поддержания обвинения (полный или частичный), как известно, в действующей редакции УПК, для суда обязателен, даже если судья (судьи) внутренне не согласен с позицией государственного обвинителя. Таким же обязательным для судьи является вердикт присяжных о виновности/невиновности подсудимого (за исключением случаев, предусмотренных ч. 4–5 ст. 348 УПК).

Бóльшая свобода в формировании альтернатив имеется у СУ при принятии собственно тактических и методических решений, ибо они в принципе не могут быть прямо опосредованы в уголовно-процессуальном законе, принимаются исключительно на основе усмотрения на то соответствующего субъекта. В этой части закон лишь предоставляет ему право на усмотрение для того.

Так, следователь может при производстве следственных действий применять технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказа-

тельств; он вправе привлечь к участию в следственном действии должностное лицо, осуществляющее оперативно-розыскную деятельность (ст. 164 УПК), и т.д.

И тут же нельзя не сказать об одном крайне необдуманном положении УПК, касающемся усмотрения следователя при производстве им допроса. Имеется в виду положение, которое следует в ч. 2 ст. 189 УПК за запретом постановки допрашиваемому наводящих вопросов: *«В остальном следователь свободен в выборе тактики допроса»*.

Нет сомнений, что оно может быть воспринято на практике как своеобразная индульгенция для применения следователем исключительно на основе своего на то усмотрения тактических приемов, не соответствующих детально проработанным криминалистической тактикой критериям их допустимости, может размыть границу между допустимым усмотрением и произволом.

Достаточно вспомнить об уже имеющемся опыте применения таких весьма спорных с позиции критериев допустимости тактических приемов, как использование при допросе музыки, запахов, биоритмов, гипнотического состояния допрашиваемого и... даже его сновидений (!)[53].

Само же производство большинства из следственных действий закон оставляет на усмотрение ЛПР, формулируя это как право следователя: в указанных в ст. 179 УПК целях следователь может произвести освидетельствование; он вправе провести следственный эксперимент (ст. 181), очную ставку (ст. 192), предъявить для опознания лицо или предмет (ст. 193).

Однако, вновь на это следует обратить внимание: если следователь принял решение о производстве того или иного следственного действия по усмотрению, он под угрозой негативных процессуальных последствий, о которых ранее упоминалось, обязан соблюдать предписанные законом условия и порядок их проведения.

---

[53] См.: *Китаев Н. Н.* Вопросы теории и практики изобличения лиц, совершивших умышленное убийство : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1994 ; *Его же*. Неправосудные приговоры к смертной казни : системный анализ допущенных ошибок. Иркутск, 2001. С. 29–30 ; *Сатуев Р. С.* Сновидение : криминалистический фантом, или нетрадиционное средство получения значимой для выявления и расследования преступлений информации // Роль и значение деятельности профессора Р. С. Белкина в становлении и развитии современной криминалистики. М., 2002.

Рекомендации по «набору по усмотрению» альтернатив и (забегая несколько вперед) обоснование рациональности выбора одной из них в той или иной следственной ситуации при исследовании преступлений отдельных видов составляет предметную область соответствующих разделов науки криминалистики.

Можно сказать больше: по сути, вся прикладная криминалистика, выбор субъектом использования результатов ее достижений для реализации той или иной криминалистической рекомендации (главным образом, тактической или методической) есть его усмотрение о непосредственных способах формирования доказательств, предупреждения, преодоления и нейтрализации противодействия противостоящей ему стороны. Формируется таковое усмотрение в зависимости от конкретных обстоятельств исследуемого дела, сложившейся в этом отношении его ситуации, вида (категории) исследуемого преступления.

Для иллюстрации приведем пример тактико-методического усмотрения – формирования выбора вариантов из собственно криминалистических альтернатив по материалам конкретного уголовного дела. На месте обнаружения трупа потерпевшего, погибшего в результате произведенных в него выстрелов, обнаружены две стреляные гильзы от патронов к пистолету ПМ, само же огнестрельное оружие, из которого произведены выстрелы, отсутствовало.

Очевидно, что одна из первоначальных проблем, возникающих перед следователем в данной ситуации, – установление оружия, из которого эти выстрелы произведены, что позволит связать его владельца с совершенным убийством.

Возможные альтернативы для установления экземпляра пистолета, из которого они стреляны, видимо, следующие:

а) проверка всех пистолетов ПМ, находящихся на легальном вооружении в стране, по соответствующим видам регистрации (в частности, по пуле-гильзотекам);

б) выемка всех пистолетов ПМ, находящихся на вооружении в органах полиции и военных частях, в первую очередь дислоцированных неподалеку от места происшествия, с последующим проведением по ним идентификационных судебно-баллистических исследований;

в) незамедлительное назначение и производство судебно-баллистической экспертизы на предмет диагностического исследо-

вания обнаруженных гильз для установления индивидуальных особенностей ствола, из которого были произведены выстрелы патронами, снаряженными этими гильзами. После чего с участием специалиста в области судебной баллистики осмотр и выемка в указанных органах тех экземпляров оружия, которые имеют выявленные особенности, и производство судебной баллистической идентификационной экспертизы по этим стволам для разрешения вопроса, из какого из числа предоставленных эксперту экземпляров пистолета ПМ выстреляны гильзы, обнаруженные на месте происшествия.

И еще один довод в «пользу» неизбежности принятия решений в уголовном преследовании на основе усмотрения на то следователя (другого лица, его профессионально осуществляющего). Одним из этапов принятия решений, можно сказать, решающим, как уже упоминалось, является перебор альтернатив из числа возможных и допустимых (законных / не противоречащих закону) для разрешения проблемной ситуации, их оценка с точки зрения если не оптимальности, то рациональности той или иной из них для разрешения возникшей перед СУ проблемы. При этом в первую очередь ЛПР на основании собственного усмотрения определяются достоинства и недостатки каждой из этих альтернатив и возможные последствия от реализации. В то же время реально, что очевидно, в большинстве случаев однозначное сопоставление всех альтернатив практически невозможно: все они имеют свои преимущества и недостатки.

В рассматриваемом примере первая из формулированных альтернатив весьма трудоемка; более того, есть вероятность, что использованный при совершении убийства экземпляр пистолета в надлежащем порядке не был отстрелян. Реализация второй возможной альтернативы, и это очевидно, не только так же трудоемка, но и связана с массой организационных, процессуальных и других сложностей. Третья из них чревата тем, что основана лишь на «дедуктивном», возможно, ошибочном допущении о совершении преступления из одного из пистолетов ПМ из числа находящихся на вооружении в одной из названных выше организаций.

Однако на практике имеется множество причин, приводящих к тому, что ни одна из рассматриваемых альтернатив не обеспечивает оптимального решения проблемы. Иными словами, выби-

рается «по усмотрению» направление действия, являющееся приемлемым, но не обязательно наилучшим из возможных, ибо в этот момент ЛПР просто не может однозначно оценить тот или иной вариант решения в этом качестве – как наилучший.

Именно поэтому практически любое решение о действии в проблемной ситуации выбирается на основе интуиции и суждения, требует от ЛПР определенных эмоционально-волевых качеств – его индивидуального правосознания, хладнокровия, решительности, чувство ответственности, знания криминалистических рекомендаций, профессионального опыта и т.п.[54], и других качеств, лежащих в основе усмотрения, формирующего выбор решения. В связи с этим совершенно справедливым является вывод специалистов в области принятия решений, явившийся, несомненно, результатом обобщения практики, о том, что «в условиях неполноты информации ЛПР, имеющие разные предпочтения, могут принять различные решения»[55].

Об этом же применительно к судопроизводству пишет и А. Барак: «Различные судьи будут приходить к различным результатам, поскольку различны их личный опыт и их мировоззрение»[56].

Для условий уголовного преследования с учетом его специфики главное при этом заключается в том, чтобы сделанный выбор «не был безвозвратным», не исключал бы возможности реализации при необходимости других сформированных вариантов решения проблемы[57].

В анализируемом примере следователь отчетливо понимал, что ни одна из сформированных им альтернатив по названным выше причинам не является оптимальной. Однако он принял решение остановиться на последней из них, предполагая в случае, если

---

[54] См.: *Завалишина Д. Н.* Оперативное мышление и принятие решения // Проблемы принятия решений. С. 106.

[55] *Баллод Б. А., Елизарова Н. Н.* Указ. соч. С. 14.

[56] *Барак А.* Указ. соч. С. 162.

[57] Кстати сказать, в авиации есть такое понятие, как «высота принятия решения», означающее, что решение, принимаемое летчиком ниже определенной высоты, невыполнимо; поведение самолета в таких случаях будет диктоваться не принятым решением пилота, а объективными физическими закономерностями. Попутно следует заметить, что это основной логический довод о недопустимости применения по усмотрению суда такой «безвозвратной» меры наказания, как смертная казнь.

это решение не приведет к рациональному установлению оружия, из которого были произведены смертельные выстрелы, перейти по очереди к реализации другим.

Делая такой выбор, следователь основывался исключительно на логической посылке (которая, необходимо заметить, несомненно, могла оказаться и ошибочной), что вряд ли в сельской местности, где было совершено убийство, мог оказаться человек, обладающий пистолетом ПМ, не имеющий отношения к службе в указанных ведомствах.

В данном конкретном случае данное решение следователя оказалось оптимальным: владелец искомого пистолета был установлен в течение двух суток и изобличен в совершении этого преступления[58].

Существенным отличием усмотрения в уголовном судопроизводстве в целом от усмотрения ЛПР в других сферах и областях жизнедеятельности человека и общества, а следовательно, еще одним его атрибутивным признаком, является то, что здесь оно, усмотрение, неукоснительно облекается в форму того или иного правоприменительного акта, в нем «материализуется». Без этого, необходимо повторить замечание по поводу вышеприведенных определений этого понятия, оно остается «вещью в себе», для осуществления уголовного процесса незначимой; усмотрение во всем уголовном судопроизводстве, на всех его стадиях и этапах – деятельное, поведенческое.

Согласно латинской юридической фразеологии, понятие «actum» (акт) имеет два значения: поступок или действие; официальный документ, запись, протокол[59].

По В. И. Далю, слово «акт» «принято в значении бумаги, заключающей в себе постановление, решение, сделку, свидетельство, грамоту, документ, письмо»[60]. Такое же значение вкладывается в это понятие и в современном русском языке[61].

Иными словами, письменный акт – это либо некое постановление (решение), либо документ (свидетельство), опосредующий не-

---

[58] Пример из следственной практики автора.

[59] См.: Латинская юридическая фразеология. М., 1979. С. 11.

[60] *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. Т. 1. М., 1989. С. 9.

[61] См.: Новая российская энциклопедия : в 12 т. Т. 2. М., 2005. 233.

кое проведенное действие. С этих позиций в контексте данного исследования вполне правомерным является рассмотрение процессуального акта в следующих двух «ипостасях»:

а) как усмотрение ЛПР по поводу решения правовых вопросов при наличии для того допустимых альтернатив;

б) как усмотрение ЛПР о производстве следственных и других процессуальных действий, также в случаях, когда закон предоставляет ему в этом отношении различные альтернативы[62].

УПК в ст. 5, не давая самого понятия процессуального акта (как то сделано в УПК ряда государств, ранее входивших в состав СССР[63]), в то же время опосредует и раскрывает содержание следующих письменных форм, в которые облекаются соответствующие усмотрения профессиональных участников уголовного судопроизводства: вердикт, заключение суда, определение, постановление, представление, приговор, согласие. Сразу необходимо сказать, что при облечении усмотрения ЛПР в большинство из названных форм оно, усмотрение, должно быть «документально» мотивированным. Исключения в этом, видимо, составляют усмотрения присяжных заседателей (обоснование вердикта которых от них не требуется), согласие (руководителя органа дознания, следственного подразделения, прокурора) и так называемые протокольные определения суда.

К сожалению, закон не содержит определений таких весьма значимых форм облечения усмотрения, как уведомление о подозрении в совершении преступления, обвинительный акт и обвинительное заключение, ходатайство и, особо это следует подчеркнуть, протокол, что в ряде случаев ведет к разночтениям в понимании сущности этих письменных актов. В то же время именно в форму протокола облекается усмотрение ЛПР о производстве допроса, предъявления для опознания, следственного эксперимента, многих иных следственных (судебных) и процессуальных действий, решение о проведении которых (из возможных на то альтернатив) не требует

---

[62] См.: *Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н.* Уголовный процесс. М., 2008. С. 267.

[63] К примеру, ст. 6 УПК Республики Молдовы определяет процессуальный акт как «документ, отражающий любое процессуальное действие, предусмотренное настоящим кодексом, а именно: постановление, протокол, обвинительное заключение, определение, приговор и др.».

предварительного его облечения в форму самостоятельного процессуального акта.

Следует в связи с этим согласиться с Н. В. Глинской, что в таких случаях о том, что решение о производстве таких следственных действий принималось, «можно судить лишь на основе факта совершения и результатов производства конкретного следственного либо иного процессуального действия»[64].

Таким образом, как представляется в настоящее время, усмотрение профессионального субъекта уголовного преследования есть результат выбора им варианта поведения и действий в проблемных ситуациях из альтернатив, предоставляемых ему уголовно-процессуальным законом или не противоречащих уголовно-процессуальному закону, выраженный в форме надлежащего процессуального акта, реализация которого обеспечена властными полномочиями субъекта усмотрения.

Тут же необходимо оговориться: требование о необходимости отражения сведений, явившихся основаниями для принятия прогностических решений, условий предоставления для того результатов оперативно-розыскных действий, без всяких на то сомнений, не относится к собственно-тактическому поведению лиц, осуществляющих досудебное производство по уголовному делу.

Здесь имеются в виду, в частности, решения о производстве отдельных следственных действий, само полномочие на проведение которых опосредовано в законе словосочетанием «следователь вправе», и не требует предварительного подтверждения тому путем вынесения самостоятельного процессуального акта[65].

Не менее очевидно, что в тактике производства практически любого следственного действия существенное место занимает оперативно-розыскная информация (независимо от формы ее пре-

---

[64] *Зеленецкий В. С., Глинская Н. В*. Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. Харьков, 2006. С. 16. Мнение автора по поводу протоколов в уголовном судопроизводстве см.: *Баев О. Я*. Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

[65] Сам факт принятия решения в этих случаях усматривается лишь из соответствующего протокола. См.: *Зеленецкий В. С., Глинская Н. В*. Указ. соч. С. 16 ; *Баев О. Я*. Уголовно-процессуальные решения и решения в уголовном судопроизводстве // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2009. Вып. 1 (6).

доставления следователю), однако в силу специфики таковой ее использование в протоколе следственного действия отражено быть не может.

Следует подвести некоторые итоги данной части нашего исследования: решение и есть усмотрение принимающего его субъекта уголовного судопроизводства; усмотрение в уголовном судопроизводстве есть решение, соответствующее приведенным выше атрибутивным признакам; говорить о решении по усмотрению есть тавтология.

И в заключение рассмотрения этого вопроса следует подчеркнуть: усмотрение – это даже не просто полномочие профессионального субъекта уголовного преследования, а самая тяжкая из всех его процессуальных обязанностей – принимать решение (промежуточное, итоговое) по делу из числа альтернатив, каждая из которых законна или не противоречит закону. Это, можно сказать, – карма следователя.

К уголовному судопроизводству, к осуществляемому в его рамках уголовному преследованию таблица умножения не применима.

Каждое уголовное дело, каждое уголовное преследование в нем – процесс сугубо индивидуальный, в каждом деле невозможно обойтись без принятия решений на основе субъективного усмотрения.

Именно это, по-видимому, имел в виду Ф. М. Достоевский, когда писал о том, что общего случая, «того самого, на который все юридические формы и правила (но не закон! – О. Б.) примерены и с которого они рассчитаны и в книжки записаны, вовсе не существует-с по тому самому, что всякое дело, хоть, например, преступление, как только оно случится в действительности, тотчас же и обращается в совершенно частный случай-с; да иногда ведь в какой: так-таки ни на что прежнее не похожий-с»[66].

Усмотрение в области уголовного преследования – «необходимое зло», но – и это особо вновь следует подчеркнуть исключительно в рамках соответствующих (уголовного, уголовно-процессуального и др.) законов.

С точки зрения гносеологии феномен усмотрения в области судопроизводства есть частный случай проявления всеобщего диалектического закона единства и борьбы противоположностей.

---

[66] *Достоевский Ф. М.* Полн. собр. соч. Л., 1972–1988. Т. 6. С. 261.

Без усмотрения осуществление судопроизводства в принципе невозможно, но в то же время необходимость принятия в нем решений «по усмотрению» должна всемерно законодательно сужаться. Как минимум таким же, законодательным, образом должны максимально четко взаимосвязанно определяться его «поле и правила игры» – предмет, границы и условия допустимого усмотрения со стороны соответствующего правоприменителя для самого широкого круга следственных и судебных ситуаций, разрешение которых требует от него принятия соответствующих процессуальных и криминалистических решений.

Но это же – индивидуальность, уникальность каждого случая, отсутствие для многих ситуаций, складывающихся в практической деятельности, четких законодательных рамок и границ допустимого усмотрения при его в них разрешении – и есть генезис зачастую творимого в уголовном судопроизводстве произвола.

Причины его различны, диапазон их крайне широк, но, несомненно, наиболее негативной из них являются коррупционные факторы в деятельности СУ.

Они же, как представляется, в самом общем виде достаточно четко определены в разделе Постановления Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г., посвященном методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов.

А так как деятельность субъектов усмотрения в любом виде правоприменения есть (что очевидно) реализация процессуального статуса (прав и обязанностей) каждого из них, возможно при анализе этих факторов ограничиться воспроизведением отдельных из содержащихся в названном Постановлении положений, которые можно всецело экстраполировать на область уголовного судопроизводства.

«3. Коррупциогенными факторами, устанавливающими для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, являются:

а) широта дискреционных полномочий…;

б) определение компетенции по формуле «вправе»…;

в) …возможность необоснованного установления исключений из общего порядка…

4. Коррупциогенными факторами, содержащими неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям, являются…

в) юридико-лингвистическая неопределенность – употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера»[67].

И хотя, как сказано, здесь не ставилась цель проведения анализа перечисленных коррупционных факторов, одну из связанных с ними проблем обойти в контексте темы данного исследования нельзя.

Имеются в виду изменения, внесенные в Уголовный кодекс РФ Федеральным законом от 7 марта 2011 г. № 26-ФЗ, во многих статьях его Особенной части исключившие нижние пределы возможного к назначению за совершение предусмотренных ими преступлений наказания. Как выразил цель этих изменений при обсуждении проекта данного закона министр юстиции РФ Коновалов, «чтобы судья мог назначить как месяц лишения свободы, полгода, год, так и по-прежнему 10 или 12 лет»[68]. Нужно быть реалистами: даже учитывая, несомненно, назревшую необходимость либерализации уголовного закона, более потенциально значимого коррупционного фактора, связанного с дискреционными полномочиями суда, чем это нововведение, представить себе сложно.

Следует отметить, что уголовное законодательство зарубежных стран именно с целью искоренения коррупции в области уголовного судопроизводства пошло по прямо противоположному пути: определения «веса» в размере наказания осуждаемым каждого смягчающего и отягчающего вину этого лица обстоятельства.

Так, «в судебной системе США действует независимый орган – Комиссия по назначению наказаний, которая разработала вступившее в силу с 1 ноября 1987 г. Федеральное руководство по назначению наказаний. Руководство по назначению наказаний содержит подробные таблицы по назначению наказаний по видам и размерам с максимумом и минимумом за различные составы преступлений и отдельно для преступлений, совершенных рецидивистами, и предусматривает 43 уровня опасности преступлений.

---

[67] Рос. газета. 2010. 5 марта.

[68] Рос. газета 2010. 14 окт.

В законе предусмотрена таблица баллов и их соответствие сроку наказания (в месяцах). При назначении наказания суд обязан снизить или увеличить наказание на число месяцев, которые указаны в таблице баллов. Например, если жертва преступления выдержала постоянную или опасную для жизни физическую рану, то наказание виновному увеличивается на четыре уровня (балла). Если жертва выдержала серьезную физическую рану, то наказание будет увеличено на два уровня (балла).

Если подсудимый был организатором или лидером преступной деятельности, которая привлекла пять или больше участников, то наказание увеличивается на четыре уровня (балла). Если подсудимый был менеджером или наблюдателем, но не организатором или лидером и в преступную деятельность вовлек пять и более участников, то наказание увеличивается на три уровня (балла). Если подсудимый был организатором, лидером, менеджером или наблюдателем, но без указанных в предыдущих пунктах последствий, то наказание увеличивается на два уровня (балла).

В таблице есть и указания на снижение наказания. Так, если подсудимый был минимальным участником любой преступной деятельности, то наказание уменьшается на четыре уровня (балла). Если подсудимый был незначительным (младшим) участником любой преступной деятельности, наказание уменьшается на два уровня (балла).

Как это делается, можно проследить по судебному процессу российского "вора в законе" В. Иванькова, который привлекался к ответственности за вымогательство. Обвинение насчитало Иванькову 34 балла и просило 20 лет тюремного заключения, а защита насчитала 22 и просила 41–51 месяц тюрьмы. Суд насчитал Иванькову 30 баллов и, пересчитав их на месяцы, приговорил его к 9,6 годам тюрьмы»[69].

Цель нашего дальнейшего исследования – обоснование и формулирование законодательных и прикладных рекомендаций, которые если не исключат полностью, то минимизируют вероятность перехода допустимого усмотрения лиц, осуществляющих уголов-

[69] *Данелян Р. С.* Судейское усмотрение. Теоретические, законодательные и правоприменительные аспекты. 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ное преследование, в произвол с их стороны, возможности чего обусловливаются во многом и названными выше факторами.

В первую очередь именно законодательных предложений: по убеждению автора, лучше несовершенный закон – его можно совершенствовать, улучшать по мере накопления практики его применения, чем отсутствие закона, вводящего в определенные рамки необходимое и допустимое усмотрение в судопроизводстве.

А это, в свою очередь, изначально требует определения как структуры предмета усмотрений в системообразующем элементе этого вида судопроизводства – в уголовном преследовании, так и основ информационного их обеспечения.

§ 3. Предмет усмотрения в уголовном преследовании, его структура и информационные основы

По мнению А. Барака (и многих других, в том числе отечественных авторов, в принципе разделяющих его взгляды на усмотрение в судопроизводстве), структуру предмета этого феномена составляют: а) факты; б) применение нормы; в) сама норма[70].

У автора данной работы также в принципе правомерность конструирования этой структуры предмета усмотрения сомнений не вызывает. Особо лишь следует подчеркнуть, что названные элементы усмотрения находятся между собой в теснейшей взаимосвязи и взаимообусловленности. Деятельность в правовом поле требует усмотрения и в отношении фактов как таковых, и усмотрения в выборе правовой нормы относительно этих фактов, и обоснования правовой корректности самих своих решений, и действий «по усмотрению» при осуществлении уголовного преследования в их диалектическом единстве и, можно сказать, генетической взаимосвязи между собой. Разорвать эти компоненты друг от друга можно лишь условно, в теоретических исследованиях данной проблемы.

Иными словами, «поле» усмотрений (принятия решений «по усмотрению» – при наличии для того законных или не противоречащих закону альтернатив) включает в себя факты, их правовую интерпретацию, соответствующую этому деятельность и, наконец, опосредующую ее промежуточные и итоговые процессуальные и криминалистические решения по делу.

[70] См.: *Барак А*. Указ. соч. С. 20–25.

Если сделать попытку более «дробно» рассмотреть структуру системы усмотрений в уголовном преследовании, то в настоящее время она нам представляется состоящей из следующих групп материальных и процессуальных уголовно-релевантных элементов, также находящихся между собой в отношениях взаимосвязи и взаимообусловленности (поэтому приводимая ниже последовательность их перечисления достаточно условна):

1. *Усмотрение в отношении фактов*

1.1. Усмотрение в отношении фактов, дающих основания для стадийного развития уголовного преследования.

1.2. Усмотрение в выборе альтернатив применения информационно-познавательных процессуальных и собственно криминалистических средств если не оптимального, то рационального выполнения СУ своей процессуальной функции в уголовном преследовании.

1.3. Усмотрение в отношении необходимости производства следственных действий, ограничивающих права личности (освидетельствования, обыска, наложения ареста на почтово-телеграфные отправления, снятия информации с технических средств связи, получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами[71], проведения ряда оперативно-розыскных мероприятий, и т.п.).

1.4. Усмотрение о применении мер пресечения и других средств и видов процессуального принуждения.

1. 5. Усмотрение в отношении факта совершения преступления.

1.6. Усмотрение в отношении факта совершения преступления конкретным лицом (лицами).

1.7. Усмотрение в отношении обстоятельств совершения преступления конкретным лицом (лицами).

Необходимо выделить усмотрение лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство на различных его стадиях и этапах в этом отношении, в отдельную группу элементов рассматриваемой системы. Дело в том, что, как известно, многие уголовно-правовые понятия и категории носят оценочный характер, что предоставляет весьма широкое поле для их применения по усмотрению: например, пределы необходимой обороны и их превышение; особая жестокость совершенного убийства, состояние аффек-

[71] Данное следственное действие введено в УПК ФЗ от 1 июля 2010 г.

та, не исключающего уголовную ответственность виновного, и т.п. обстоятельства. Кроме того, проблема соотношения самого факта совершения лицом преступления и обстоятельств, при которых это преступление было им совершено, имеет существенную собственно криминалистическую значимость, во многом обусловливает тактическое усмотрение следователя при допросе и производстве других следственных действий с участием этого лица[72].

1.8. Усмотрение о посткриминальном поведении лица, в отношении которого осуществляется непосредственное уголовное преследование (подозреваемого/обвиняемого в совершении преступления).

Особое значение этот вид следственного усмотрения приобретает в свете проблемы усмотрения следователя о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, о чем подробнее будет говориться далее.

2. *Усмотрение в выборе и применении нормы*

Как то убедительнейшим образом показывают практически все опубликованные обзоры судебной практики, причинами отмены (или изменений) большинства приговоров являются ошибки в применении уголовно-процессуальных и уголовно-материальных норм, т.е. ошибочное усмотрение суда в выборе и применении таких норм.

В этом «блоке» системы усмотрений в уголовном преследовании речь идет, разумеется, о принятии решений о выборе альтернатив по применению как собственно материально-правовых норм (в первую очередь, естественно, уголовно-правовых), так норм уголовно-процессуального закона, в рамках которых осуществляется уголовное преследование, в котором материально-правовые нормы практически реализуются; иными словами, усмотрений в самом процессе осуществления всей этой достаточно детально регламентируемой правом деятельности.

Сразу следует заметить – это представляется нам принципиально важным: лица, осуществляющие уголовное преследование в досудебном производстве (дознаватель, следователь, прокурор),

---

[72] См.: *Баев О. Я.* Значение «фактов» и «обстоятельств» в структуре тактики допроса подозреваемого // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 7. Воронеж, 2006.

наделены властными полномочиями на применение лишь диспозиции уголовно-правовой нормы. При поддержании государственного обвинения в суде прокурор лишь обосновывает наличие в действиях подсудимого состава определенного преступления и высказывает свое мнение о наказании. И лишь суд в соответствии с Конституцией полномочен на применение как диспозиции, так и санкции уголовно-правовой нормы[73]. Если говорить о структуре этого элемента предмета усмотрения более детально, то она представляет собой возможную и допустимую юридическую интерпретацию фактов и обстоятельств, составляющих его вышеочерченный элемент. А потому в него уместно, в частности, включить такие, также взаимосвязанные и взаимообусловленные, виды усмотрения:

2.1. Усмотрение в отношении выбора альтернатив из уголовно-процессуальных норм, регламентирующих порядок осуществления уголовного преследования судопроизводства на отдельных его стадиях и их этапах.

Диапазон таковых весьма широк: от усмотрения о наличии в исследуемом деянии признаков преступления, предусмотренного определенной статьей Особенной части УК, до усмотрения в необходимости и возможности принятия итогового решения по уголовному делу, входящего в компетенцию соответствующего СУ;

2.2. Усмотрение в применении уголовно-процессуальных норм, регулирующих меры процессуального принуждения и опосредуемых в процессуальной форме средств информационно-познавательной деятельности СУ.

2.3. Усмотрение об отсутствии в структуре действий лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, какого-либо необходимого элемента инкриминируемого ему состава уголовно-наказуемого деяния, что влечет за собой прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям.

В настоящее время ошибочные усмотрения в этом отношении наиболее характеры для решения вопросов, является ли обвиняемый в совершении инкриминируемого ему преступления по должности субъектом такового – должностным лицом.

---

[73] См.: *Божьев В. П.* Издержки системного характера при корректировке норм УПК о доказывании и преюдиции // Законность. 2010. № 6. С. 3.

К примеру. Отклоняя кассационное представление государственного обвинителя на оправдательный приговор Воронежского областного суда по делу заведующего отделением гигиены труда «Центра гигиены и эпидемиологии в Воронежской области» Л., преданного суду по обвинению по ч. 4 ст. 290 УК РФ, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала следующее:

«Судом первой инстанции объективно был сделан вывод о том, что Л. не обладал полномочиями по принятию окончательных юридически значимых решений о соответствии (либо несоответствии) представляемой ему на проверку проектной документации. (Он)… не был наделен правом и полномочиями влиять на выводы других экспертов, контролировать результат экспертного заключения, фактически не мог способствовать получению положительного итогового заключения, повлиять на его окончательное содержание»[74].

2.4. Усмотрение о наличии в расследуемом следователем деянии состава уголовно наказуемого преступления в принципе.

2.5. Усмотрение в выборе альтернатив из уголовно-правовых норм, под действие одной из которых подпадает исследуемое деяние, в принципе содержащее в себе состав уголовно наказуемого преступления.

Говоря об этом, необходимо напомнить, что лицо, осуществляющее уголовное преследование, имеет властные полномочия только на применение диспозиций таковых норм. При этом усмотрение о выборе той или иной альтернативы из возможных зависит от множества достаточно субъективных факторов: от оценки субъектом уголовного преследования сущности бланкетных, относительно определенных диспозиций, обоснования им необходимости избрания той или иной меры пресечения в отношении подозреваемого/обвиняемого, до учета зависящего от этого принятого им «по усмотрению» решения изменения подследственности уголовного дела и дальнейшей его подсудности.

2.6. Усмотрение о возможности и целесообразности прекращения уголовного преследования в отношении конкретного лица, в действиях которого содержится состав преступления, по нереабилитрующим основаниям. Нет сомнений в том, что возможна (и, видимо, продуктивна) и более дробная классификация структу-

[74] Кассационное определение от 23 ноября 2010 г. Д. № 14-010-55.

ры предмета усмотрения в уголовном преследовании. Тем не менее совершенно очевидно, что в основе решений и действий «по усмотрению» лица, осуществляющего уголовное преследование, должна лежать некая не просто информационная база, а чаще всего – база доказательственная; они должны обеспечиваться некой совокупностью доказательств в точном уголовно-процессуальном смысле этого понятия.

«Личные мнения, – как замечал некогда еще чеховский следователь, – закон предоставляет только одним присяжным заседателям, в распоряжение же следователя отданы только улики»[75].

Наиболее принципиальные положения, касающиеся ответа на вопрос о том, что должно лежать в основе усмотрения при принятии уголовно-процессуальных решений (в том числе в уголовном преследовании), нашли себе выражение в нескольких нижеприводимых статьях уголовно-процессуального закона.

Статья 17. Свобода оценки доказательств

1. Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью.

2. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

Статья 86. Собирание доказательств

1. Собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом.

2. Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

3. Защитник вправе собирать доказательства путем:

1) получения предметов, документов и иных сведений;

2) опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправле-

[75] *Чехов А. П.* Драма на охоте // Собр. соч. : в 12 т. Т. 2. М., 1960. С. 512.

ния, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Статья 87. Проверка доказательств

Проверка доказательств производится дознавателем, следователем, прокурором, судом путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

Статья 88. Правила оценки доказательств

1. Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела.

2. В случаях, указанных в ч. 2 ст. 75 настоящего Кодекса, суд, прокурор, следователь, дознаватель признают доказательство недопустимым.

3. Прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт.

4. Суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном ст. 234 и 235 настоящего Кодекса.

Иными словами, принцип законности производства уголовного преследования требует, чтобы все принимаемые в нем процессуальные решения (выражаемые в форме постановлений следователя, соответствующих процессуальных актах руководителя следственного подразделения, прокурора) должны быть не только, что очевидно, сами по себе законными[76], но и обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7 УПК).

Нет никаких сомнений, что, в первую очередь – и непременно, этими свойствами должны всецело обладать итоговые решения по делу, завершающие этап и/или стадию уголовного преследования. К таковым можно отнести решения о прекращении уголовного дела, о предъявлении лицу обвинения, о необходимости возбуж-

[76] Это обозначает в данном контексте, что они принимаются в случаях, предусмотренных для того УПК, и в пределах правовой компетенции СУ.

дения в отношении него государственного обвинения (выражаемое в составленном следователем обвинительном заключении[77]).

Они, без всяких на то сомнений, должны основываться исключительно на достаточной совокупности допустимых доказательств[78].

Однако далеко не всегда принимаемое по усмотрению решение может основываться на внутреннем убеждении ЛПР, складывающемся в результате оценки им доказательств как таковых. Зачастую убеждение в необходимости принятия решения базируется на неких сведениях, на неких исследуемых при принятии решений материалах, доказательствами как таковыми не являющихся.

К примеру, для стадии возбуждения уголовного дела, на которой доказательств в точном уголовно-процессуальном смысле этого понятия еще не имеется (за исключением материалов осмотра места происшествия и освидетельствования, которые, как известно, могут проводиться до этого)[79], закон предусматривает основания для формирования ЛПР своего усмотрения, на доказательствах, как таковых, не базирующихся. «Основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления», – говорится в ч. 2 ст. 140 УПК.

Иными словами, усмотрение на этой стадии уголовного судопроизводства обусловливается не доказательствами, которые подлежат оценке в соответствии с приведенными положениями УПК, а содержанием сообщения (заявления, рапорта) о преступлении и материалами доследственной его проверки. А проверочные материалы зачастую не только не полны, но и могут вызывать разумные сомнения в своей достоверности, в возможности трансформации их в дальнейшем в доказательства, либо использования их

---

[77] Моментом принятия решения о возбуждении государственного обвинения, по нашему мнению, является утверждение составленного следователем обвинительного заключения прокурором и направление им уголовного дела в суд для рассмотрения по существу. См.: *Баев О. Я.* Прокурор как субъект уголовного преследования. М., 2006.

[78] А в случаях прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям или постановления оправдательного приговора, напротив, на отсутствии таковых.

[79] О соотношении понятий «доказательственная информация» и «доказательства». См.: *Баев О. Я.* Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. М., 2010.

непосредственно в судебном доказывании (последнее особо характерно для материалов, полученных в результате осуществления оперативно-розыскной деятельности при проверке заявления/сообщения о преступлении).

Нет никаких сомнений, что эти обстоятельства представляют ЛПР (дознавателю, следователю) самое широкое поле для усмотрения, выражаемого в его решении о возбуждении уголовного дела или в отказе в том. И хотя обоснованность каждого из таких решений лица, компетентного на возбуждение уголовного дела / отказа в том, находится под ведомственным контролем и прокурорским надзором, количество необоснованных, а потому незаконных решений, главным образом, об отказе в возбуждении уголовного дела, и в настоящее время, как известно, весьма существенно.

Причины принятия СУ последних решений традиционны: во-первых, нежелание «портить статистику» о количестве регистрируемых преступлений в целом (преимущественно регистрируемых по линии уголовного розыска); во-вторых, нежелание затрачивать усилия для раскрытия неочевидных преступлений, о которых сообщается в заявлении/сообщении (зачастую усугубляемое неумением их раскрывать).

Правоприменительная практика последних лет выявила и противоположную, не менее, если не более, тревожную тенденцию – необоснованного возбуждения СУ уголовных дел. Причины ее также традиционны и достаточно глубоко исследованы в литературе.

В первую очередь это коррупционные составляющие в деятельности правоприменителей (они, заметим, присущи и необоснованным отказам в возбуждении уголовных дел, но для этих случаев не столь распространены).

Особенно эта причина характерна для принятия решений о возбуждении уголовных дел сотрудниками, осуществляющими работу по линии выявления и раскрытия коррупционных и экономических преступлений, когда заинтересованными в том лицами (организациями) «руками правоприменителей» делаются попытки (зачастую успешные) устранения своих экономических, а в ряде случаев, и политических конкурентов.

Во-вторых, опять же статистические критерии, по которым оценивается качество и эффективность работы лиц и органов, осу-

ществляющих уголовное преследование, – повышение показателей выявленных и раскрытых преступлений. Этой причиной во многих случаях объясняются не столь уж редкие факты учинения провокаций в оперативно-розыскной деятельности и прямой фальсификации доказательств по уголовным делам[80].

И здесь в прямой связи с темой всего данного исследования необходимо следующее отступление. Очевидно, что существующая «палочная» система оценки деятельности правоохранительных (да и судебных) органов направлена, как это, на первый взгляд, ни выглядит парадоксальным, именно на ограничение усмотрения при таковой, на объективизацию ее оценки компетентными в том государственными структурами (руководством соответствующих правоохранительных ведомств, в конечном счете – руководством страны).

В то же время приведенные выше рассуждения достаточно наглядно свидетельствуют о негативных последствиях такой статистической оценки самого качества деятельности в области уголовной юстиции. Нет сомнений, что эти критерии должны быть кардинально изменены – этого настоятельно требуют потребности социальной и общественной жизни общества.

Но в настоящее время не представляется возможным сформулировать сколь-либо обоснованные предложения по решению этой проблемы[81].

«Готового и тем более исчерпывающего ответа на этот вопрос (о критериях оценки качества работы правоохранительных органов, в первую очередь органов внутренних дел. – *О. Б.*), – признается Уполномоченный по правам человека в РФ В. Лукин, – у Уполномоченного нет»[82]. Следует, однако, возвратиться к проблеме информационных основ усмотрения на стадии возбуждения уголовного дела.

Даже когда сам факт криминального события сомнений не вызывает (к примеру, обнаружение трупа человека со следами на-

---

[80] Подробнее мнение по этой проблеме см.: *Баев О. Я.* Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. М., 2010.

[81] См.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблема права и правоприменения. М., 2009.

[82] Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2009 г. // Рос. газета. 2010. 20 мая.

сильственной смерти в ситуации, исключающей самоубийство), на данной стадии, как правило, нет полной ясности ни о его субъекте, ни о субъективной стороне совершенного деяния. И при возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица на этой стадии судопроизводства субъектом усмотрения не устанавливаются (и в принципе не могут быть установлены) все элементы, входящие в предмет доказывания по нему.

Именно поэтому, как подчеркивает законодатель, дело возбуждается даже не по факту совершения преступления, а по факту, в котором содержатся признаки преступления, предусмотренного определенной статьей Особенной части УК (как правило, объективной стороны преступления).

И тут субъект усмотрения (дознаватель, следователь), если воспользоваться словами А. Барака, при решении этого вопроса стоит перед необходимостью выбора из ряда альтернативных норм, возможных к применению «к данной совокупности фактов».

В основе принятия решения об этом лежит правосознание лица, уполномоченного на осуществление уголовного преследования (его правовые знания, правовая объективность и т.д.). В принципе подлежит выбору та норма уголовного закона, которая по усмотрению этого лица наиболее адекватно отражает известную к этому моменту (возбуждения уголовного дела) совокупность фактов, более чем другие возможные «вкладывается» в модель криминального деяния, описанного в избираемой уголовно-правовой норме.

Нет сомнений, что это, в частности, придаст далее проводимому расследованию более целеустремленный характер, оптимизирует процесс выдвижения следственных версий, выведения из каждой из них необходимых и возможных следствий, лежащих, как известно, в основе их практической проверки. Последнее же, что очевидно, может повлечь изменение квалификации расследуемого преступления относительно той, по признакам наличия которого данное уголовное дело было возбуждено.

Кроме того, что убедительно показывает следственная практика, при этом лицо, осуществляющее уголовное преследование, зачастую с субъективных позиций оценивает и вероятность изменения подследственности в случае, если проводимое по возбужденному уголовному делу расследование по избранной квалификации

из возможных на то уголовно-правовых альтернатив может оказать на то влияние[83].

Этим образом следователь пытается избавить себя от необходимости дальнейшего расследования возбужденного им уголовного дела либо, напротив, по неким субъективным причинам (честолюбивым, коррупционным и др.) предпринимает попытку «закрепить» расследование его за собой. Первая из указанных мотиваций принятия таких решений, по наблюдениям, встречается чаще.

На *предварительную* квалификацию преступления, по признакам которого возбуждается уголовное дело, влияют во многих случаях и внешние факторы, в том числе (о чем уже вкратце упоминалось) желание снизить количество выявленных, тем более неочевидных, преступлений, относящихся к категории особо тяжких. Либо, напротив, показать активность в борьбе с отдельными видами преступлений.

Примером того могут служить многочисленные факты возбуждения уголовных дел по фактам получения взяток, которые в дальнейшем не только вполне обоснованно переквалифицировались на другие составы преступлений, в частности, на мошенничество, – неуместность и несостоятельность квалификации как взяточничества усматривалась изначально.

До внесения ФЗ от 24 июля 2007 г. изменений в ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» одним из таких факторов являлась и потребность в легализации для использования в судебном доказывании результатов оперативных экспериментов, проведение которых ранее допускалось для выявления и раскрытия лишь тяжких преступлений[84].

Из сказанного очевидно, что эти решения СУ не могут расцениваться как принятые на основе его внутреннего убеждения в уголовно-процессуальном смысле этого феномена; более того, они в целом носят достаточно прогностический характер (возможно, преступление, по признакам которого возбуждено уголовное дело, имеет место, возможно – нет; возможно, расследуемое преступле-

---

[83] Как, напомним, и на других этапах уголовного преследования.

[84] См.: *Баев О. Я.* Основы методики уголовного преследования и профессиональной защиты от него (на примере уголовно-процессуального исследования должностных и служебных преступлений). М., 2009.

ние будет, в конечном счете, квалифицировано по той статье УК, по признакам которой было возбуждено уголовное дело, возможно – квалификация преступления изменится).

Такой же прогностический характер, далеко не всегда однозначно обусловливаемый оценкой доказательств по внутреннему убеждению лица, осуществляющего уголовное преследование, носят и многие другие его решения в досудебном производстве по уголовному делу. В судебном же производстве по уголовному делу решения государственного обвинителя – а именно он единственно профессионально продолжает осуществлять в нем уголовное преследование – должны, что очевидно, основываться лишь на исследованных в судебном разбирательстве доказательствах (в точном уголовно-процессуальном смысле этого понятия).

Единственным исключением в этом отношении является его позиция о необходимости/возможности изменения подсудимому/подсудимым ранее избранной меры пресечения – позиция государственного обвинителя в этом отношении также, как правило, носит прогностический характер.

И в то же время необходимо отметить, что о решениях государственного обвинителя в прямом, точном значении понятия уголовно-процессуального решения можно говорить с достаточной степенью условности. Он субъектом таких решений не является; их, как об этом уже говорилось выше, принимает суд, учитывая мнение (усмотрение) по соответствующему вопросу сторон, в том числе и стороны обвинения, которую представляет в суде именно он – государственный обвинитель[85].

---

[85] Исключением здесь является полный или частичный отказ государственного обвинителя от поддержания обвинения, который является в настоящее время обязательным для принятия судом соответствующего процессуального решения.

ДОСУДЕБНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ: ПРАВОВЫЕ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ, ВОЗМОЖНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ*

(Извлечения)

Глава 3
КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДОСУДЕБНОГО СОГЛАШЕНИЯ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

§ 1. Тактико-этические основы привлечения потерпевшего к заключению и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве

Необходимость углубленного исследования обозначенной в заголовке настоящего параграфа проблемы именно в рамках главы, посвященной криминалистическому обеспечению ДСоС, обусловливается полнейшим игнорированием законодателем даже самой возможности привлечения потерпевшего к заключению и реализации ДСоС. Иными словами, отсутствием в данном правовом институте хотя бы одного положения, которое бы нуждалось в наполнении его криминалистическим содержанием. Поэтому в настоящее время данные проблемы чисто криминалистические, подлежащие разрешению в ходе информационно-познавательной деятельности на основе принципов уголовного судопроизводства.

Представляется целесообразным начать исследования с неизменно актуальной проблемы соотношения общественных и личных интересов в уголовном судопроизводстве[1].

---

* Впервые опубликовано: *Баев О. Я.* Досудебное соглашение о сотрудничестве: правовые и криминалистические проблемы, возможные направления их разрешения. М. : Норма, 2013.

[1] На то, что проблемы исключения потерпевшего из заключения ДСоС следует изучать именно с позиций назначения уголовного судопроизводства,

Назначение уголовного судопроизводства (исходя из анализа ст. 6 УПК РФ) представляет собой системное образование, включающее три взаимосвязанных и взаимообусловленных элемента (в соответствии с принципами системного подхода каждый из которых есть, в свою очередь, относительно самостоятельная система):

1) защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений;

2) уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания;

3) защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

В современной уголовно-процессуальной литературе эти элементы в ряде случаев именуют также государственными и частными интересами, интересами публичными, индивидуальными и коллективными[2]*, что, по нашему мнению, их гносеологических, социальных и правовых особенностей в принципе не меняет.*

Вот как сущность тех и других интересов в уголовном судопроизводстве в свое время разъяснялась известным отечественным процессуалистом Л. Д. Кокоревым, особо подчеркивающим их теснейшую взаимосвязь: «Общественные интересы в судопроизводстве выражены в его задачах (ст. 2 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР. – *О. Б.*) и представляют собой не сумму личных интересов, а интересы общества в целом... В уголовном судопроизводстве общественные интересы направлены на охрану общественного, государственного строя, личности от преступных посягательств». Выразителями общественных интересов могут быть все участники уголовного процесса, и прежде всего должностные лица, осуществляющие производство по делу. «Личные интересы отражают потребности отдельных участников процесса в охране процессуальных прав в связи с вовлечением в уголовное судопроизводство... они приобретают особое значение приме-

---

обращают внимание также Т. Николаева, Е. Ларкина и ряд других авторов. См., например: *Николаева Т., Ларкина Е.* Некоторые вопросы заключения досудебных соглашений о сотрудничестве // Уголовное право. 2009. № 6. С. 85–88.

[2] См.: *Коврига З. Ф.* Правовая природа соглашения о сотрудничестве // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы). Воронеж, 2010. С. 155–157.

нительно к лицам, непосредственно заинтересованным в исходе дела, защищающим свои личные права и интересы (подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик)»[3].

Цели досудебных соглашений о сотрудничестве в том виде, в каком они опосредованы в действующем правовом механизме этого института, есть формулирование, отражение главным образом общественных интересов в структуре назначения уголовного судопроизводства; приоритет отдан именно им, в частности (и в основном) борьбе с различными видами и формами групповой преступности за счет, увы, не менее очевидного ущемления прав и законных интересов потерпевших.

При этом такая направленность института ДСоС не просто не скрывается, а подчеркивается теоретиками в области уголовного процесса и высокопоставленными сотрудниками органов уголовной юстиции.

«Разработчики постановления № 16 исходили из того, что цель данного института в конечном счете – публичная – борьба с преступностью, – пишет, например, судья Верховного Суда РФ Т. П. Хомицкая. – А интересы потерпевшего зачастую носят частный характер, и ставить достижение публичных задач в зависимость от них нельзя»[4].

Вряд ли столь прямолинейный вывод всецело оправдан с позиции необходимости соблюдения разумного баланса между общественными и личными интересами в уголовном судопроизводстве, главным образом между общественными интересами и законными личными интересами потерпевших от преступлений.

Законные интересы потерпевшего в уголовном деле состоят не только в полной компенсации материального ущерба и морального вреда, причиненного ему преступлением. Безусловно, к таким интересам следует отнести и наказание лицу, причинившему потерпевшему вред и ущерб, содержание, вид и длительность которого, по мнению потерпевшего, адекватно совершенному виновным дея-

---

[3] *Кокорев Л. Д.* Сущность и соотношение общественных и личных интересов в уголовном процессе // Общественные и личные интересы в уголовном судопроизводстве. Воронеж, 1984. С. 9.

[4] *Хомицкая Т. П.* Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ о применении судами норм главы 40 УПК РФ // Уголовный процесс. 2012. № 9. С. 52.

нию, его тяжести и наступившим в результате преступления последствиям.

Более того, требования потерпевшим наказания, которого, по его мнению, заслуживает за содеянное преступление подсудимый, могут выходить за рамки действующего уголовного закона и, поддержанные общественностью, могут инициировать необходимость изменения этого закона.

Так, к примеру, обстояло дело с усилением уголовной ответственности за дорожно-транспортные происшествия, совершаемые по вине пьяных водителей, закон о чем был принят после вызвавших широкий общественный резонанс многочисленных фактов гибели людей (в том числе детей) в ДТП, совершенных пьяными водителями.

Очевидно, что для каждого конкретного потерпевшего иерархия ценностей его законных интересов в уголовном деле различна: одним наиболее важно возмещение причиненного им материального ущерба, для других более значим размер материального возмещения морального ущерба, для третьих – уголовная ответственность виновного и назначаемое ему наказание (об этом подробнее будет говориться ниже).

Проведенные нами включенные наблюдения[5] *показывают, что диапазон мнений потерпевших крайне широк: от убеждения о необходимости (об отсутствии необходимости) привлечения данного лица (лиц) вообще к уголовной ответственности до требования назначения ему (им) за совершенное преступление максимально возможного и строгого по своему характеру наказания. Последняя позиция потерпевших наиболее характерна (что вполне естественно) для судопроизводства по тяжким и особо тяжким умышленным насильственным преступлениям.*

Права потерпевшего – это гарантированные Конституцией РФ и соответствующими отраслевыми законами принципы и механизмы правового обеспечения, во-первых, удовлетворения его перечисленных выше законных интересов как таковых, во-вторых, обеспечения с той же целью полноценного участия потерпевшего в уголовном судопроизводстве.

---

[5] Автор настоящей работы 11 лет работал следователем прокуратуры, более 20 лет являлся адвокатом по уголовным делам.

И если с этой точки зрения предпринять попытку анализа института ДСоС, то приходится сделать несколько следующих не соответствующих данному элементу системы назначения уголовного судопроизводства выводов.

1. Досудебное соглашение о сотрудничестве является, на наш взгляд, апогеем того, что можно обозначить как «снобизм обвинительной власти»[6].

Здесь этот снобизм состоит в первую очередь в том, что (и на это обстоятельство уже неоднократно обращалось внимание в литературе[7]) правовой механизм заключения и реализации ДСоС не только не включает связанную с ним какую-либо деятельность потерпевшего, но и *в принципе не упоминает о потерпевшем как об участнике досудебного соглашения.*

Более того, в отдельных своих положениях этот механизм прямо ограничивает предоставленные УПК РФ потерпевшему права на его участие в судопроизводстве.

Проиллюстрируем последний тезис анализом лишь одного законодательного положения.

В соответствии с изменениями, внесенными в ч. 1 ст. 154 УПК РФ, следователю предоставлено как право на выделение в отдельное производство уголовного дела в отношении лица, с которым прокурором заключено ДСоС[8], так и право на засекречивание данных о его личности: «В случае возникновения угрозы безопасности подозреваемого или обвиняемого материалы уголовного дела,

---

[6] См.: *Баев О. Я.* Снобизм обвинительной власти (еще раз о положении потерпевшего в современном уголовном процессе) // Российское правовое государство: итоги формирования и перспективы развития. Вып. 2. Воронеж, 2004.

[7] См., например: *Илюхин В.* Зачем же ломиться в открытую дверь? URL: http://www.debri-dv.ru/module/article/file/show/date/2009-4-30/story_id/1593 ; *Смирнов А. В.* Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовный процесс. 2009. № 10 ; *Рыжаков А. П.* Комментарий к каждому из пунктов Федерального закона от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[8] В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 выделение в отдельное производство уголовного дела в отношении лица, с которым заключено ДСоС, по существу, признано обязанностью следователя; ее несоблюдение может влечь возвращение судом уголовного дела прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению.

идентифицирующие его личность, изымаются из возбужденного уголовного дела и приобщаются к уголовному делу в отношении подозреваемого или обвиняемого, выделенному в отдельное производство».

Однако нет никаких сомнений, что лица, в целях изобличения и уголовного преследования которых с данным подозреваемым, обвиняемым заключено ДСоС (иными словами, его соучастники по совершению преступления), отчетливо представляют себе, кто именно дал в отношении их «признательные» показания.

И лишь потерпевший в таких случаях остается в неведении относительно этого лица.

Возникает вопрос: имеется ли реальная необходимость засекречивать данные сведения от этого участника судопроизводства, имеющего в нем, повторим, свои права и законные интересы, именно в целях удовлетворения которых он в нем участвует?

Иное дело, когда для обеспечения безопасности засекречиваются сведения о человеке, оказывающем содействие в изобличении и уголовном преследовании лиц, совершивших иные, не инкриминируемые лицу, с которым заключено ДСоС, преступления. В таких случаях данные о нем потерпевшего в принципе не интересуют, поскольку даваемые обвиняемым показания в отношении других преступлений для удовлетворения непосредственных материальных и процессуальных интересов потерпевшего значения не имеют. По возбуждаемым в таких случаях уголовным делам этот обвиняемый лишь свидетель, допрос которого и другие следственные действия с которым (под псевдонимом) УПК РФ допускал и до создания института ДСоС.

В выделенном в отдельное производство уголовном деле при необходимости все процессуальные акты, связанные с заключением ДСоС, хранятся в опечатанном конверте.

С этой же целью (обеспечение безопасности лица, с которым заключено соглашение о сотрудничестве, и близких ему лиц) ч. 1 ст. 216 УПК РФ дополнена положением о том, что с названными выше документами потерпевший при предъявлении им материалов уголовного дела по окончании предварительного расследования знакомиться права не имеет.

В связи с этим логически возникает, как минимум, такой вопрос: как, совершенно не располагая данными о лице, с которым

заключено такое соглашение, потерпевший может реализовать свое право на заявление отводов, решить, есть ли на то основания?

И как это коррелируется, и коррелируется ли вообще, с тем, что «обязанностью государства является... обеспечение потерпевшему от преступления возможности отстаивать свои права и законные интересы любыми не запрещенными законом способами»?[9]

2. Еще более глобальное проявление «снобизма обвинительной власти» (в конце концов, права потерпевшего лишь средства обеспечения удовлетворения его законных интересов) заключается в следующем.

В правовом механизме ДСоС, как было отмечено выше, не предусмотрена необходимость не только учета, но и просто выяснения мнения потерпевшего по вопросу о возможности и (или) рациональности заключения ДСоС с тем или иным лицом, в отношении которого осуществляется уголовное преследование по делу, по которому он признан потерпевшим (!).

В то же время потерпевший, являющийся представителем стороны обвинения, с которой по ходатайству стороны защиты предлагается заключение такого соглашения, имеет свои законные (вкратце очерченные выше) интересы по делу. Очевидно, что ему далеко не безразлично, будут ли условия заключаемого с лицом (подозреваемым, обвиняемым) ДСоС субъективно им соответствовать, удовлетворять его ожидания.

Напомним, что даже при ходатайстве обвиняемого о принятии судебного решения по его делу в особом порядке его удовлетворение невозможно без согласия на то потерпевшего (ст. 314 УПК РФ). И далеко не во всех случаях потерпевший исходя из иерархии ценностей своих законных интересов такое согласие дает.

Сотрудник органов милиции Ц., находясь пьяным за рулем собственного автомобиля, нарушил правила дорожного движения, результатом чего стала гибель двух малолетних детей. Будучи изобличенным в совершении этого преступления, Ц. виновным себя признал и при выполнении требований ст. 217 УПК РФ ходатайствовал о применении по его делу особого порядка судебного разбирательства.

---

[9] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 июня 2010 г. № 17 «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве» (п. 1) // Российская газета. 2010. 7 июля.

В этом случае в соответствии с ч. 7 ст. 316 УПК РФ суд не мог назначить Ц. наказание в виде лишения свободы на срок не более шести лет (ч. 6 ст. 264 УК РФ предусматривает максимальное наказание на срок до девяти лет лишения свободы).

Несмотря на то что государственный обвинитель был согласен с ходатайством обвиняемого, потерпевшие категорически возражали против его удовлетворения, требовали назначения Ц. максимально возможного наказания. В связи с этим дело было рассмотрено в обычном порядке, Ц. был приговорен к восьми годам лишения свободы.

Но (и в этом у нас нет сомнений) исключение потерпевшего из механизма принятия и реализации решения о досудебном соглашении с подозреваемым, обвиняемым не некое упущение законодателя при формировании института ДСоС, а его принципиальная, но, по нашему убеждению, ошибочная позиция.

Помимо обычного «снобизма» обвинительной власти («простого» пренебрежительного отношения к этому участнику судопроизводства), на наш взгляд, такая позиция законодателя обусловливается опасениями относительно того, что потерпевшие своего согласия на заключение с кем-либо из посягавших на них лиц ДСоС давать не будут.

Также полагая, что рассматриваемая позиция принципиальна, А. С. Александров увещевает читателя: «Законодатель сделал все правильно, поскольку цель института сугубо публично-правовая – раскрытие преступлений, новых, прежде всего. Если ставить достижение этой цели в зависимость от воли потерпевшего, то институт значительно потеряет в своей эффективности»[10]. Это мнение поддерживается и рядом других ученых[11].

Иными словами, по мнению этих авторов (как мы его понимаем), «я – власть, и лучше знаю, что государству надо. А ты – ничтожный потерпевший – смирись, не суетись, потерпишь[12] и дальше; твое мнение меня не интересует».

---

[10] *Александров А. С.* ФЗ-141 принят, что дальше // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы). Воронеж, 2010. С. 12.

[11] См., например: *Виницкий Л., Мельник С.* Необходимо ли согласие потерпевшего при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве? // Законность. 2012. № 10. С. 58.

[12] Потерпевший на жаргоне, воспринятом и в полицейском сленге, именуется «терпила».

В силу повышенной значимости этого положения для данной части нашего исследования мы считаем необходимым далее проанализировать еще два мнения, высказанные в поддержку данной концепции.

«Глубоко убежден, – пишет Г. В. Абшилава, – что если право обвинения принадлежит прокурору, то им не может распоряжаться потерпевший. Отсюда закономерно решение законодателя о недопущении потерпевшего в процедуру заключения соглашения о досудебном сотрудничестве».

Но тут же этот автор, поддерживая неоднократно звучавшие в литературе предложения о необходимости изменения ст. 246 УПК РФ, вносит верное, на наш взгляд, законодательное предложение: «Суд вправе прекратить уголовное дело при отказе от обвинения прокурора *только* (выделено нами. – *О. Б.)* при наличии согласия на это потерпевшего или его представителя»[13].

Иными словами, цитируемый автор приходит к выводу, что суд без учета мнения потерпевшего не связан с позицией прокурора, не должен слепо следовать его праву «распоряжаться обвинением».

Мы уже не напоминаем, что дела о преступлениях, считающихся уголовными делами частно-публичного обвинения, могут быть возбуждены только по заявлению потерпевшего или его законного представителя (за исключением случаев, перечисленных в ч. 4 ст. 20 УК РФ). Именно потерпевший, а не следователь или тем более (в реалиях действующего УПК РФ) прокурор, инициирует по ним уголовное преследование, «распоряжается обвинением» в данной его стадии.

Как однозначно указывается в примечании к ст. 201 УК РФ, «если деяние, предусмотренное настоящей статьей либо иными статьями настоящей главы[14], причинило вред интересам исключительно коммерческой организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием, уголовное преследование осуществляется по заявлению этой организации или с ее согласия».

---

[13] *Абшилава Г. В.* Уголовно-процессуальная сделка как результат конвергенции частного и публичного права // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 3(4). С. 136.

[14] Глава 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» УК РФ.

Более того, в соответствии с Федеральным законом от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» этот же порядок возбуждения уголовных дел распространен на уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ст. 159–159[6], 160, 165 УК РФ, «если они совершены индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и (или) управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности, либо если эти преступления совершены членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением им полномочий по управлению организацией либо в связи с осуществлением коммерческой организацией предпринимательской или иной экономической деятельности».

Так почему же без учета, во всяком случае, без выяснения мнения потерпевшего прокурор может исключительно по собственному усмотрению распоряжаться своим правом на заключение ДСоС с подозреваемым, обвиняемым? Это опять же – проявление «снобизма обвинительной власти», против которого протестует Г. В. Абшилава в приведенной выше рекомендации по изменению ст. 246 УПК РФ.

Совершенно неожиданное утверждение в рассматриваемом контексте озвучено В. А. Лазаревой и Ю. В. Кувалдиной. Они полагают, что «интересы потерпевшего ни соглашением, ни сотрудничеством не нарушаются»[15].

Напомним, что в соответствии с п. 6 постановления Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18-П «интересы потерпевшего в уголовном судопроизводстве не могут быть сведены исключительно к возмещению причиненного ему вреда. Они *в значительной степени связаны также с разрешением вопросов о доказанности обвинения, его объеме, применении уголовного закона и назначении наказания*, тем более, что во многих случаях от решения по этим вопросам зависят реальность и конкретные размеры возмещения вреда» (выделено нами. – *О. Б.).*

---

[15] *Лазарева В. А., Кувалдина Ю. В.* Проблемы правового регулирования и применения института досудебного соглашения о сотрудничестве // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 3 (4). С. 227.

Разве ДСоС с учетом действующего правового механизма его заключения и соглашения не нарушает большинства перечисленных интересов потерпевшего? Не нарушает его интереса относительно выражения своего мнения о доказанности обвинения лица, с которым заключается ДСоС, о его объеме и об обоснованности уголовно-правовой квалификации его действий (вспомним рассмотренные выше предложения о возможности достижения с подозреваемым, обвиняемым по этим вопросам компромиссов)? И, наконец, не нарушает его интереса в назначении виновному лицу, в результате действий которого ему причинены материальный ущерб и моральный вред, наказания, соответствующего представлениям потерпевшего о его виде и размерах (оно в случае заключения ДСоС будет ограничиваться не санкцией соответствующей статьи УК РФ, а пределами для ее применения, устанавливаемыми ч. 2 ст. 62 УК РФ)?

Из чувства научной корректности скажем, что в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 также разъясняется: учет мнения потерпевшего (и других непрофессиональных представителей стороны обвинения), возражающего против особого порядка судебного разбирательства в отношении лица, с которым заключено ДСоС, для суда необязателен[16].

Приведем данное положение Пленума: «Потерпевший (его законный представитель, гражданский истец и его представитель), – говорится в нем, – вправе... высказывать свое мнение по вопросу об особом порядке судебного разбирательства при досудебном соглашении о сотрудничестве... При этом следует иметь в виду, что возражение потерпевшего (его законного представителя...) против особого порядка проведения судебного заседания в отношении подсудимого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, само по себе не является основанием для рассмотрения дела в общем порядке».

Однако при этом Пленум Верховного Суда РФ отдельно оговаривает: «Суду надлежит проверить все заявленные доводы и принять по ним мотивированное решение». Данная оговорка в контек-

[16] Хотя, как на то обращали внимание участники обсуждения данного постановления на заседании Пленума, «зачастую суд по собственной инициативе выясняет мнение потерпевшего относительно возможности рассмотрения дела в особом порядке» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9. С. 3).

сте изучаемой проблемы представляется нам весьма существенной.

Насколько обоснованны опасения, связанные с возможностью (и с необходимостью) не исключения потерпевшего из структуры ДСоС (как это имеет место сейчас), а, напротив, учета, как минимум, рассмотрения мнения потерпевшего при заключении и реализации такого соглашения? Необходимость этого учета, по нашему глубокому убеждению, однозначно обусловливается назначением уголовного судопроизводства в целом.

Попытка формулирования своего мнения по поставленному вопросу требует построения шкалы (системы) иерархии ценностей законных интересов потерпевшего при его участии в уголовном судопроизводстве, а также изучения влияния данных ценностей на возможность заключения ДСоС с учетом мнения потерпевшего.

Сразу оговоримся, что дальнейшие наши рассуждения по этому вопросу будут иметь чисто постановочный, пилотажный характер, поскольку более углубленная система данной иерархии, несомненно, требует дальнейших репрезентативных социологических и статистических исследований, которые, насколько нам известно, в последние годы (с позиций их влияния на ДСоС) вообще не производились.

Составляя эту шкалу, мы условно вводим следующие ограничения:

1) мнение потерпевшего об удовлетворении своих законных интересов «нелинейно» зависит от его личных отношений с причинителями ему вреда;

2) мнение потерпевшего об этом в ходе судопроизводства не претерпевает изменений в связи с воздействием на него со стороны заинтересованных в исходе дела лиц (в том числе воздействием противоправным).

В реальной следственной и судебной практике позиции потерпевших по делу в этом отношении различным образом изменяются, и в ряде случаев весьма существенно. Это объясняется в первую очередь оказываемым на них воздействием со стороны лиц, заинтересованных в определенном исходе уголовного дела.

1. Оптимальным в этом отношении является, несомненно, полное и безотлагательное возмещение потерпевшему причиненного материального и морального вреда и назначение всем виновным в

его причинении наказания, соответствующего тяжести совершенного ими посягательства и удовлетворяющего субъективные ожидания на этот счет потерпевшего.

В данном случае мы ведем речь о ситуации, когда указанные законные интересы потерпевшего удовлетворяются в результате эффективной деятельности правоохранительных и судебных органов, не нуждающихся для удовлетворения названных интересов этого лица и общественных интересов в «сделках» с кем-либо из подозреваемых, обвиняемых в групповом преступлении. Речь о необходимости заключения ДСоС при этом не идет.

Заметим, что в следственной практике встречаются и диаметрально противоположные ситуации: когда лицо, признанное по делу потерпевшим, таковым себя не считает и на какую-либо компенсацию причиненного ему ущерба не претендует, наказания виновных в посягательстве лиц не требует.

Это бывает, например, в случаях, когда причинителями вреда являются близкие потерпевшему лица либо когда потерпевший выступает членом организованной преступной группы и посягательство на него совершено членами этой или конкурирующей с ней другой организованной преступной группой (либо в ходе других криминальных «разборок»).

Мы полагаем, что для подобных ситуаций коллизий с потерпевшим по поводу его мнения о целесообразности заключения ДСоС возникнуть не может – ему этот вопрос, по большому счету, безразличен.

Более того, по нашему мнению, данное пострадавшее от преступного посягательства лицо не следует вообще автоматически, даже не выяснив его мнения на этот счет (считает ли он себя потерпевшим), наделять этим процессуальным статусом (как то предписывает действующая редакция ст. 42 УПК РФ)[17].

2. Возможно полное и безотлагательное возмещение материального и морального вреда потерпевшему независимо от того, все ли участники совершенного в отношении его преступления установлены и привлечены к ответственности.

Очевидно, что удовлетворение этого законного интереса потерпевшего на возмещение ему причиненного материального и мо-

[17] См.: *Баев О. Я.* Пострадавший от преступления, потерпевший и их представитель в уголовном судопроизводстве // Феномен «синдрома бесправия» в современном правовом государстве. Воронеж, 2004.

рального вреда может стать предметом заключения с выявленным и изобличенным участником группового преступления ДСоС, что, заметим, специально подчеркивается в ст. 61 УК РФ и 3171 УПК РФ.

Мы предполагаем, что для большей части потерпевших от групповых преступных ненасильственных чисто экономических посягательств (краж, мошенничества и т. п.) удовлетворение этого законного интереса является приоритетным.

Безотлагательное и по возможности полное возмещение причиненного вреда потерпевшему от подобного преступления, как показывает практика, для него более значимо, чем тот факт, что все соучастники преступления понесут уголовную ответственность. И потому, думается нам, при соответствующем разъяснении следователем сложившейся по делу ситуации потерпевший не только не будет возражать против заключения ДСоС, но и охотно даст на это свое согласие.

К примеру, у нас нет никаких сомнений в том, что потерпевший охотно бы согласился на заключение ДСоС с обвиняемым (если следователь и прокурор были бы обязаны, а условия действующего законодательства сочли бы необходимым выяснить его мнение по этому поводу) по следующему конкретному уголовному делу о «компьютерном» мошенничестве.

П. обвинялся в том, что в период до 8 ноября 2008 г., находясь в г. Санкт-Петербурге и действуя из корыстных побуждений, посредством переписки с использованием ЭВМ в компьютерной сети Интернет вступил в сговор с неустановленными лицами – пользователями сети Интернет, зарегистрировавшимися в ней под различными псевдонимами, на тайное хищение чужого имущества.

При этом П. взял на себя обязательство совместно с другими неустановленными лицами осуществить действия, связанные с доступом через сеть Интернет к электронным ресурсам подразделения международной банковской компании «RBS» (США, штат Джорджия, г. Атланта), модифицировать и скопировать компьютерную информацию электронных счетов клиентов указанной компании в целях хищения размещенных на счетах денежных средств, принадлежащих клиентам компании.

П. передал похищенную банковскую информацию неустановленным лицам, которые изготовили поддельные банковские карты и в период с 8 ноября по конец декабря 2008 г. с помощью банкоматов, находящихся в г. Санкт-Петербурге, г. Москве и других городах различных стран, получили денежные средства в наличной форме в размере не менее 9 млн 400

тыс. долл. Полученные таким образом денежные средства неустановленные лица в дальнейшем передали П., за исключением части денежных средств, которые согласно договоренности между П. и неустановленными лицами причитались последним за выполненные действия по обналичиванию денежных средств[18].

Заключенное с П. ДСоС включало следующие обязательства обвиняемого:

1) выдать следствию денежные средства, составляющие переданную ему долю похищенного имущества, сверх имущества, на которое в ходе следствия был наложен судебный арест;

2) совершить необходимые формальные действия, направленные на досудебное возмещение имущественного ущерба, включающее передачу банку «RBS», признанному потерпевшим по делу, всего арестованного по делу имущества, за исключением нежилого помещения в г. Санкт-Петербурге, приобретенного отцом П. на его личные сбережения до совершения П. инкриминируемых действий;

3) дополнительно передать в счет возмещения причиненного имущественного ущерба банку «RBS» 250 тыс. евро и 50 тыс. долл.

3. Также возможны изобличение и уголовная ответственность всех лиц, совершивших преступление в отношении потерпевшего, что, однако, напрямую обусловливает необходимость заключения с одним из них ДСоС, а потому влечет существенное сокращение для него наказания по сравнению с тем, которое могло бы быть ему назначено в отсутствие такого соглашения.

Позиция потерпевшего в отношении необходимости заключения в этой ситуации ДСоС, на наш взгляд, во многом будет обусловливаться видом совершенного в отношении его группового преступного посягательства.

Так, мы полагаем, когда в отношении потерпевшего было совершено преступление, не связанное с насилием (кража, мошенничество, грабеж, не сопряженный с насилием, и т. п.), решение прокурора о заключении с кем-либо из обвиняемых ДСоС неприятия у потерпевшего вызывать не будет.

Например, нам представляется абсолютно верной и глубоко этичной позиция прокурора, который перед заключением ДСоС не только ознакомил с его проектом потерпевшего, но и получил

[18] Как видим, исходя из этой фабулы, возможность установления всех участников совершения данного преступления представляется весьма проблематичной.

от него письменное на это согласие по следующему уголовному делу.

Сотрудники милиции К., З., У. по предварительному сговору между собой, используя свое служебное положение, мошенническим путем завладели имуществом нескольких частных предпринимателей. При этом непосредственно с потерпевшими из подозреваемых взаимодействовал лишь самый младший из них по должности и званию К.; З. и У. выполняли роли интеллектуальных соучастников.

В ходе расследования К. заявил ходатайство о заключении ДСоС. В соответствии с ним К. принимал на себя обязательство активно содействовать изобличению своих соучастников; прокурор обязывался не возражать против решения следователя об изменении К. меры пресечения на период расследования дела, а затем дать представление в суд об особом порядке проведения судебного заседания и вынесения судебного решения в отношении К.

С участием К. после заключения с ним соглашения был проведен ряд следственных действий, направленных на изобличение его соучастников: им были даны развернутые показания о механизме мошенничества, о ролях каждого из соучастников в его реализации; были проведены очные ставки между ними и К.; были произведены выемки документов, местонахождение которых указал К., и др.

З. и У. были арестованы, а в отношении К., напротив, ранее избранная мера пресечения в виде содержания под стражей была изменена на домашний арест (при этом были предприняты необходимые меры обеспечения безопасности К. и его близких).

Другая позиция потерпевшего относительно целесообразности заключения ДСоС может сформироваться в случаях совершения в отношении его группового насильственного преступления (разбоя, изнасилования, нанесения телесных повреждений различной тяжести и по различным мотивам и т. п.).

Думается, что во многом мнение потерпевшего о целесообразности заключения ДСоС здесь будет предопределяться ролью лица, с которым предполагается заключить такое соглашение, в совершении посягательства, степенью его активности при этом и характером его других личных преступных действий.

Наконец, третья позиция потерпевшего по данному вопросу далеко не исключена в тех случаях, когда результатом группового посягательства явилась смерть (убийство, телесные повреждения, повлекшие смерть, и т. д.) пострадавшего, в связи с чем потерпев-

ший и был наделен соответствующим процессуальным статусом (ч. 8 ст. 42 УПК РФ).

Нам представляется, что в подобных случаях основной законный интерес потерпевшего состоит чаще всего в изобличении всех участников совершенного убийства, иного посягательства, повлекшего смерть близкого потерпевшему человека, в привлечении всех этих участников к уголовной ответственности. И для удовлетворения такого интереса потерпевший, думается нам, не стал бы возражать против заключения ДСоС с тем или иным соучастником преступления.

В этом нас убеждают результаты бесед с потерпевшими, близкие которых погибли в результате совершения в отношении их групповых преступлений. При этом отдельные соучастники преступлений остались вообще неизвестными либо их виновность по делу не была доказана.

Подавляющее число таких потерпевших высказали мнение, что они дали бы свое согласие на заключение ДСоС, если бы в результате этого все участники преступления были выявлены и понесли наказание.

Такое мнение, к примеру, было выражено потерпевшей по следующему уголовному делу (к моменту окончания по нему предварительного расследования институт досудебных соглашений еще законодательно сформирован не был).

Ч. совершил умышленное убийство Х. Сразу после своего задержания он показал, что убийство им было совершено «по заказу» М. – бывшего мужа Х., входящего в одну из криминальных группировок, от которого У. получил в качестве предоплаты 10 тыс. долл. Свои показания Ч. подтвердил и при проверке его показаний на месте происшествия, и при предъявлении ему обвинения; при этом производство данных следственных действий сопровождалось видеозаписью.

Проверка соответствующей следственной версии была осуществлена исключительно формально: был поверхностно допрошен М., отрицавший указанную выше свою причастность к данному преступлению; была проведена очная ставка между Ч. и М., на которой обвиняемый тут же от своих ранее данных показаний отказался. Ч. пояснил, что убийство потерпевшей он совершил на почве возникших между ними личных отношений. М. же он ранее оговаривал под воздействием на него оперативных сотрудников.

Хотя в деле имелись прямые доказательства и множественные косвенные улики «заказного» характера убийства Х., следователь, а затем

и прокурор при утверждении обвинительного заключения согласились с версией Ч. о мотиве совершения этого преступления.

В ходе судебного следствия, несмотря на то что Ч. продолжал утверждать о совершении им убийства на почве сведения личных счетов с потерпевшей, версия о «заказном» характере нашла дополнительные подтверждения. Однако суд не может выйти за пределы предъявленного подсудимому обвинения[19]. Поэтому, отразив данные обстоятельства в приговоре, суд был вынужден осудить Ч. по ч. 1 ст. 105 УК РФ, назначив ему максимально строгое наказание, которое предусматривает санкция этой части ст. 105.

Заказчик же убийства остался безнаказанным, что повлекло многочисленные и, на наш взгляд, вполне обоснованные жалобы по этому поводу потерпевшей в высшие правоохранительные, исполнительные и судебные органы страны[20].

4. Возможны изобличение и привлечение к ответственности всех соучастников совершенного в отношении потерпевшего преступления, назначение каждому из них максимально возможного строгого наказания безотносительно от возмещения ему материального ущерба / морального вреда.

По нашим наблюдениям, эта позиция более всего характерна для лиц, признанных потерпевшими по делам о групповых преступлениях, повлекших убийство их близких родственников, тем более малолетних/несовершеннолетних детей.

И потому, как мы предполагаем, именно потерпевшие по таким уголовным делам могут выражать свое резкое и принципиальное для них несогласие предложению следователя о заключении ДСоС с кем-либо из уже выявленных и изобличенных соучастников совершения такого преступления.

---

[19] Наше мнение по этой повышенно, по нашему убеждению, актуальной проблеме см.: *Баев О. Я.* О необходимости правового механизма реагирования на новые обстоятельства дела в суде первой инстанции // Российская юстиция. 2006. № 5 ; *Его же.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

Некий (на наш взгляд, весьма спорный) механизм разрешения подобных коллизий предлагается в разработанном Следственным комитетом РФ законопроекте «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу». Анализ его не входит в цели настоящего исследования. Наше мнение о данном законопроекте см.: Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. Вып. 4 (5). С. 19–32.

[20] Все эти жалобы, увы, остались неудовлетворенными.

Думается, рассматриваемая весьма вероятная непримиримая позиция потерпевшего (в значительно большей степени, чем обозначенные выше) влечет решение законодателя об исключении в целом его участия в системе досудебного сотрудничества с подозреваемым, обвиняемым.

Тем не менее, даже осознавая возможность такой позиции потерпевших, мы глубоко убеждены в том, что их исключение из процессов согласования условий ДСоС и его непосредственного заключения недопустимо.

Также считая, что мнение потерпевшего должно выясняться во всех ситуациях заключения ДСоС, Л. М. Лукьянова совершенно уместно дополнительно аргументирует, что «это будет соответствовать международным нормам, в соответствии с которыми жертвам преступлений должна обеспечиваться возможность изложения своего мнения на соответствующих этапах судебного разбирательства в тех случаях, когда затрагиваются их личные интересы, и Конституции РФ, согласно ст. 52 которой государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию»[21].

В то же время отсутствие согласия потерпевшего не следует ставить в прямую зависимость от возможности заключения такого соглашения, как это предлагают отдельные авторы.

Так, логически развивая мнение А. В. Смирнова о том, что заключение подобного соглашения без участия и волеизъявления потерпевшего с точки зрения соблюдения конституционных требований и норм международного права весьма сомнительна, А. Р. Белкин пришел к категорическому выводу: «...Согласие потерпевшего – необходимое условие заключения досудебного соглашения с подозреваемым, обвиняемым»[22].

---

[21] *Лукьянова Л. М.* Правовая регламентация судопроизводства при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России. Вып. 5. Самара, 2010. С. 168.

[22] *Белкин А. Р.* Досудебное соглашение о сотрудничестве нуждается в коррективах // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы) : материалы науч.-практ. конф. Вып. 6. Воронеж, 2010. С. 73.

Подобное мнение высказано В. М. Быковым (см.: *Быков В. М.* Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации о правах потерпевшего в уголовном судопроизводстве // Мировой судья. 2010. № 9. С. 13). Так же считают и ряд практических сотрудников органов уголовной юстиции. См., например: *Горохов С. В.* Досудебное соглашение о сотрудничестве: проблемы и противоречия // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы). С. 122 ; *Парфенов В. Н.* Проблемы обеспечения

С этим внешне вполне обоснованным предложением мы согласиться не можем, думается, что оно не учитывает реалии правоохранительной (в первую очередь следственной) практики.

Иное дело, что (и здесь мы возвращаемся к проблеме соотношения личных и общественных интересов в уголовном судопроизводстве) не следует ставить отсутствие согласия потерпевшего в прямую зависимость от возможности заключения такого соглашения (на что, напомним, касаясь судебной стадии уголовного судопроизводства, обратил внимание Пленум Верховного Суда РФ).

Наша позиция по этой проблеме следующая.

Если удовлетворение общественных интересов (в рассматриваемом здесь ракурсе), в первую очередь в неотвратимости ответственности всех участников группового преступления, невозможно без заключения с кем-либо из этих участников ДСоС[23], то общественные интересы должны превалировать над личными, подчеркнем, законными интересами потерпевшего. Это относится, в частности, к его требованиям назначения максимально строгого наказания всем участникам преступления.

Данное обстоятельство следует из содержания второго элемента системы назначения уголовного судопроизводства – уголовного преследования и назначения виновным справедливого наказания (выполнение подозреваемым, обвиняемым своих обязательств, принятых при заключении ДСоС, есть обстоятельство, обусловливающее назначение осужденному наказания по правилам гл. 401 УПК РФ).

В обоснование этого тезиса приведем изложение позиции судов различных уровней по одному известному уголовному делу.

С К., который обвинялся в совершении преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 209, п. «в», «з» ст. 105, п. «а», «б» ч. 4 ст. 162 УК РФ, органами уголовного преследования по его ходатайству было заключено ДСоС. По его условиям К. взял на себя обязательства давать правдивые и последовательные показания об обстоятельствах совершения преступлений совместно с другими лицами; своими показаниями активно содействовать

прав и законных интересов потерпевшего при особом порядке принятия судебного решения в связи с заключением досудебного соглашения о сотрудничестве // Российский судья. 2009. № 11. С. 15–18.

[23] С предусмотренными законом последствиями для этого лица в виде существенного смягчения ему наказания.

следствию в расследовании преступлений и уголовному преследованию других соучастников; подтверждать свои показания при судебном рассмотрении дела; сообщать обо всех известных ему преступлениях.

Свои обязательства К. выполнил, уголовное дело в отношении его было выделено в отдельное производство, а затем в порядке, предусмотренном гл. 401 УПК РФ, рассмотрено судом. К. был осужден к лишению свободы.

В кассационных жалобах потерпевшие указывали, что их права были нарушены при принятии судом решения о рассмотрении дела в особом порядке при наличии на то их возражений (очевидно, что причиной обжалования состоявшегося в отношении К. приговора было несогласие потерпевших с размером назначенного К. наказания).

Оставляя эти кассационные жалобы потерпевших без удовлетворения, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что «по смыслу ст. 3176 УПК РФ возражения потерпевших против рассмотрения дела в особом порядке не являются основанием для изменения порядка рассмотрения дела и не влекут рассмотрение дела в особом порядке»[24].

Поддерживая эту позицию, Конституционный Суд РФ, в который с жалобой на нарушение их конституционных прав ч. 2 ст. 3176 УПК РФ обратились потерпевшие по указанному уголовному делу (и на определение которого, как правило, ссылаются авторы, полагающие, что, исключив потерпевшего из процесса заключения и реализации ДСоС, «законодатель сделал все правильно»), пришел к следующим выводам:

1) «такое ограничение прав участников уголовного процесса, признанных потерпевшими или гражданскими истцами по уголовному делу, допускается в целях защиты прав и законных интересов других лиц и организаций от преступлений, возмещения причиненного вреда, восстановления конституционных прав и свобод, что соответствует конституционно оправданным целям (статья 55, часть 3, Конституции Российской Федерации, пункт 1 части первой УПК Российской Федерации)»;

2) «по смыслу данных положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, при проведении судебного заседа-

[24] Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 14 марта 2011 г. № 33-О11-3. Впоследствии, как о том упоминалось выше, эта позиция была закреплена и постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г.

ния в порядке статьи 3177 УПК Российской Федерации потерпевший может отстаивать свою позицию по существу рассматриваемых вопросов и участвовать в их исследовании в условиях непосредственности и устности»;

3) «таким образом, данные законоположения не лишают потерпевшего права возражать против рассмотрения в особом порядке уголовного дела, по которому заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, а в случае несогласия с принятым по его ходатайству решением суда – обжаловать это решение в вышестоящий суд посредством принесения жалобы на приговор»;

4) «следовательно, само по себе законодательное установление процедуры заключения досудебного соглашения о сотрудничестве не ограничивает доступ потерпевших от преступления к правосудию и не снижает гарантии защиты ими своих прав и свобод, а часть вторая статьи 3176 УПК Российской Федерации не может рассматриваться как нарушающая конституционные права заявителей»[25].

Признаемся, что лично у нас при принципиальном согласии с данной позицией отношение к обоснованию этих постулатов высшей судебной инстанции страны с учетом изложенного выше (в том числе нашего мнения о невозможности «игры в поддавки» с обвиняемым относительно объема обвинения и его уголовно-правовой квалификации) довольно неоднозначное...

Однако сказанное не должно свидетельствовать об отсутствии необходимости для следователя своевременно не только уведомлять потерпевшего о предполагаемом решении заключить ДСоС с неким подозреваемым, обвиняемым, разъяснить его суть и причины принятия решения, но и выяснять мнение потерпевшего по этому вопросу, отразив его в соответствующем процессуальном акте (протоколе).

К примеру, следователь может указать положительное мнение потерпевшего о целесообразности заключения ДСоС в постановлении о возбуждении перед прокурором ходатайства о заключении ДСоС; отрицательное (если не считает необходимым в интересах дела с ходатайством стороны защиты согласиться) – в

[25] Определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2011 г. № 1481-О-О по жалобе К. В. и К. Т. на нарушение их конституционных прав ч. 2 ст. 3176 УПК РФ.

обоснование своего постановления об отказе в удовлетворении соответствующего ходатайства.

В случае возникновения конфликта названных общественных и личных интересов, когда потерпевший исходя из личных интересов в деле не считает возможным согласиться на заключение ДСоС, следователь должен выразить свое мнение по этой позиции потерпевшего в мотивированном постановлении.

Такое постановление следователь с другими соответствующими материалами должен предоставлять прокурору, который будет решать вопрос о заключении ДСоС с конкретным подозреваемым, обвиняемым.

В сущности, здесь дело обстоит так же, как и с иными ходатайствами, заявляемыми потерпевшим в ходе предварительного расследования и при ознакомлении его с материалами дела (скажем, о квалификации действий обвиняемого, о решении следователя о прекращении уголовного преследования в отношении отдельных лиц). Не имея оснований для удовлетворения заявленных ходатайств (или не считая возможным по тактическим соображениям это сделать), следователь своим постановлением отказывает в том потерпевшему, что не лишает последнего на право обжалования в установленном порядке принятого следователем решения.

Увы, в случае заключения ДСоС в действующей редакции этого правового института потерпевший не только лишен такого права, но до окончания расследования по делу, выделенному в отношении лица, с которым такое соглашение заключено, он об этом факте просто не знает!

Хотелось бы в связи с этим понять, что имел в виду О. А. Чабукиани, когда, констатируя, что «ни одна статья главы 401 УПК РФ не содержит предписаний по особенностям защиты прав потерпевшего при заключении с подозреваемым (обвиняемым) досудебного соглашения о сотрудничестве», он делает далее неожиданный вывод: «Значит, они реализуются по общим правилам»[26].

Как в данном случае, да и во всех выше рассмотренных ситуациях в реалиях существующего механизма заключения и реализации досудебного механизма соглашения о сотрудничестве, по мне-

[26] *Чабукиани О. А.* Гарантии прав потерпевших при заключении со стороной обвинения досудебного соглашения о сотрудничестве с подозреваемым (обвиняемым) // Российская юстиция. 2012. № 4. С. 35.

нию этого автора, можно обеспечить гарантии соблюдения конституционных прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве?

Далее позволим себе небольшое отступление, вновь подчеркивающее, с одной стороны, необходимость создания института соглашения о сотрудничестве в принципе, с другой – возможные при этом пути разрешения конфликта между общественными и личными интересами потерпевшего в условиях его реализации.

В Уголовно-процессуальном кодексе Украины 2012 г. (последний на текущий момент по времени принятия уголовнопроцессуальный закон в государствах на постсоветском пространстве) также опосредован институт заключения соглашений между прокурором и подозреваемым, обвиняемым о признании виновности (именуемый сделкой).

Украинские законодатели вполне удачно, с учетом реалий правоприменительной практики указав, что «соглашение о признании вины может быть заключено по инициативе прокурора или подозреваемого или обвиняемого»[27], далее просто исключили возможность заключения подобных «сделок» по делам, в которых имеется потерпевший.

Приведем эти положения УПК Украины.

Статья 469. Инициирование и заключение соглашения

...2. Соглашение о признании вины может быть заключено по инициативе прокурора или подозреваемого или обвиняемого.

...4. Соглашение о признании вины между прокурором и подозреваемым или обвиняемым может быть заключено в производстве по уголовным проступкам, преступлениям небольшой или средней тяжести, тяжким преступлениям, в результате которых вред причинен *только государственным или общественным интересам. Заключение соглашения о признании вины в уголовном производстве, в котором участвует потерпевший, не допускается* (выделено нами. – *О. Б.*).

В то же время, справедливости ради, скажем, что УПК Украины значительно более подробно, чем это имеет место в УПК РФ (ст. 25), регламентировал институт прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон (причем не только в досудебном, но и в судебном производстве по уголовному делу).

[27] Выше мы также обращали внимание на то, что инициатива заключения ДСоС может исходить как от стороны защиты, так и от профессиональных представителей стороны обвинения.

Оговорив возможность заключения соглашения о примирении лишь по делам об уголовных проступках, о преступлениях небольшой или средней тяжести «и в уголовном производстве в форме частного обвинения», УПК Украины предусмотрел правовой механизм заключения таких соглашений.

Приведем основные его положения.

Статья 469. Инициирование и заключение соглашения

1. Соглашение о примирении может быть заключено по инициативе потерпевшего, подозреваемого или обвиняемого. *Договоренности относительно соглашения о примирении могут проводиться самостоятельно потерпевшим и подозреваемым или обвиняемым, защитником и представителем или с помощью другого лица, согласованной сторонами уголовного производства (кроме следователя, прокурора или судьи)*... (выделено нами. – *О. Б.).*

7. Следователь, прокурор обязаны проинформировать подозреваемого и потерпевшего об их праве на примирение, разъяснить механизм его реализации и не чинить препятствий в заключении соглашения о примирении.

8. В случае если в уголовном производстве участвуют несколько пострадавших от одного уголовного преступления, соглашение может быть заключено и утверждено только со всеми пострадавшими.

В случае если в уголовном производстве участвуют несколько пострадавших от различных уголовных преступлений и согласие относительно заключения соглашения достигнуто не со всеми пострадавшими, соглашение может быть заключено с одним (несколькими) из потерпевших. Уголовное производство в отношении лица (лиц), которое достигло соглашения, подлежит выделению в отдельное производство.

Статья 471. Содержание соглашения о примирении

1. В соглашении о примирении указываются его стороны, формулировка подозрения или обвинения и его правовая квалификация с указанием статьи (части статьи) закона Украины об уголовной ответственности, существенные для соответствующего уголовного производства обстоятельства, размер ущерба, причиненного уголовным преступлением, срок его возмещения или перечень действий, не связанных с возмещением вреда, которые подозреваемый или обвиняемый обязаны совершить в пользу потерпевшего, срок их совершения, согласованное

наказание и согласие сторон на его назначение или назначения наказания и освобождения от его отбывания с испытанием, последствия заключения и утверждения сделки...

Считаем, что такая подробная регламентация института соглашения о примирении заслуживает внимания и российского законодателя.

В постановочном плане, в частности, как нам представляется, есть смысл в законодательном закреплении положения о возможности заключения отдельного соглашения между потерпевшим и обвиняемым. По его условиям обвиняемый принимал бы на себя обязательства по возмещению потерпевшему причиненного ущерба в объеме, форме и сроках, удовлетворяющих потерпевшего, в обмен на согласие последнего на применение особого порядка принятия судебного решения. Причем нарушение обвиняемым принятых на себя по этому соглашению обязательств должно рассматриваться как основание для пересмотра приговора, постановленного в отношении данного обвиняемого, подсудимого[28].

Однако нас настораживает предусмотренное украинскими законодателями полнейшее отстранение (выделенное нами в тексте статьи выше) стороны обвинения от заключения такого соглашения. Нет сомнений, что на практике это положение чревато негативными последствиями в виде, как минимум, «согласия» потерпевшего на его заключение в результате применения к потерпевшему подозреваемым и (или) представляющими его лицами противоправных мер воздействия.

Не думаем мы также, что по не нуждающимся в комментариях причинам на усмотрение пришедших к соглашению потерпевшего и подозреваемого следует полностью оставлять и решение вопросов о виде и размере наказания подозреваемому.

В целом же, по нашему представлению, подход украинских законодателей к рассматриваемым проблемам очевидно и неоправданно резко сокращает эффективность института соглашений о сотрудничестве для достижения целей, обусловивших его процессуально-правовое закрепление.

---

[28] См.: *Глухов Д. В.* Совершенствование института особого порядка судебного разбирательства в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2012. С. 12, 13.

У нас нет сомнений в том, что данный институт может и должен (как то предусмотрено в УПК РФ) в случаях необходимости применяться и по делам, по которым участвует потерпевший. А таких уголовных дел несоизмеримо больше, чем дел о преступлениях, в результате которых вред причинен только государственным или общественным интересам.

В то же время (здесь мы возвращаемся непосредственно к теме данного раздела нашего исследования) мы глубоко убеждены, что сам факт исключения потерпевшего из процессов согласования условий ДСоС и его непосредственного заключения – правовой, законодательный и социальный нонсенс.

Но с позиций необходимости реализации в уголовном процессе назначения данного вида судопроизводства не менее значимы проблемы реализации в условиях ДСоС общественных интересов, опосредованных в третьем элементе системы назначения уголовного судопроизводства: защите личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

Здесь мы имеем в виду в первую очередь защиту от необоснованного уголовного преследования лиц, которых, выполняя условия заключенного (или заключаемого) ДСоС, подозреваемый, обвиняемый в своих показаниях оговаривает как причастных в той или иной роли (соисполнителя, организатора, подстрекателя, пособника и др.) к совершению расследуемого преступления.

§ 2. «Дилемма заключенного» в досудебном соглашении о сотрудничестве

С прагматических позиций заключение и реализация ДСоС представляют собой не что иное, как своеобразную процессуальную игру, в которой взаимодействующие стороны («игроки») преследуют каждый свои интересы в уголовном деле: органы уголовного преследования – общественные, подозреваемый, обвиняемый – свои личные.

Со стороны подозреваемого, обвиняемого в «игре с правосудием» (а точнее, с органами уголовного преследования) ставкой являются информация, которой он обладает по расследуемому делу, ее передача следователю, иное содействие в изобличении своих соучастников, выполнение им других принимаемых на себя усло-

вий соглашения. Без этого досудебное соглашение не может быть заключено. В случае невыполнения данным лицом своих обязательств перед органами уголовного преследования уже заключенное соглашение либо подлежит расторжению (механизм которого, напомним, в настоящее время законодательно не создан), либо влечет отказ прокурора в вынесении представления об особом порядке судебного рассмотрения уголовного дела в отношении данного обвиняемого.

«На кон» перед подозреваемым, обвиняемым ставится исключительно значимая для него ценность в виде существенного снижения наказания по сравнению с тем, которое в противном случае грозит этому лицу за совершенное преступление.

Вновь приведем наиболее важные в этом отношении положения УК РФ:

«В случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве при наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктом «и» части первой статьи 61 настоящего Кодекса, и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания не могут превышать половины максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса» (ч. 2 ст. 62).

«В случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, если соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь, эти виды наказания не применяются. При этом срок или размер наказания не могут превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания в виде лишения свободы, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса» (ч. 4 ст. 62).

Очевидно, столь значительные законодательные преференции делают риск учинения лицом, с которым обсуждаются вопросы о возможности и об условиях заключения с ним ДСоС, заведомо ложного доноса о других соучастниках инкриминируемого ему преступления крайне вероятным...

Сделаем необходимое в связи с этим краткое отступление. Мы не можем согласиться с высказываемым иногда в литературе оптимистичным мнением о том, что лицо, изъявившее желание заключить ДСоС, тем самым уже на стадии расследования преступлений демонстрирует свое исправление[29].

---

[29] См., например: *Саркисянц Р. Р.* Роль прокурора в досудебном соглашении о сотрудничестве // Законность. 2012. № 8.

Увы, все значительно грубей и проще: доминирующей, если не единственной мотивацией такого лица является желание минимизировать грозящее ему за совершенное преступление наказание, в том числе не гнушаясь заведомо ложными доносами в отношении своих действительных или даже вымышленных соучастников.

Очевидно, что, скорее всего, подозреваемый, обвиняемый, изъявивший желание заключить соглашение о сотрудничестве (заключивший его), будет давать правдивые показания о составе преступной группы и роли каждого из соучастников, включая собственную роль, в совершении преступления.

По многим делам, особенно экономической направленности, эти показания (напомним сказанное выше о предмете ДСоС) могут быть объективизированы путем обнаружения похищенных ценностей, иного имущества, соответствующих документов, о наличии которых у определенных соучастников сообщает допрашиваемый.

Однако далеко не по всем преступлениям, в частности по чисто насильственным (скажем, по изнасилованиям, другим групповым преступлениям сексуальной направленности), такое возможно в принципе. Как об этом говорилось выше, зачастую данное лицо при всем своем желании заключить ДСоС может лишь назвать собственных соучастников, рассказать о роли и действиях каждого из них при совершении преступления. Кроме того, оно может подтвердить свои показания на очных ставках с называемыми им лицами и в ходе производства других следственных действий (к примеру, при проверке показаний на месте), но не более этого.

Именно в таких ситуациях институт ДСоС чреват возможностью серьезного дисбаланса между общественными интересами, выраженными в элементе назначения уголовного судопроизводства, и личными интересами лиц, в том или ином качестве в него вовлекаемых.

Опасность для успешной реализации института ДСоС таится в повышенном риске появления заведомо ложных доносов со стороны лиц, с которыми обсуждаются возможность и условия заключения соглашения (как инициативных, так и инспирируемых сотрудниками органов уголовного преследования).

Реальность и актуальность этой проблемы сомнений вызывать не могут. Она «вечна» для уголовного судопроизводства в услови-

ях «сделок» с лицами, в отношении которых осуществляется уголовное преследование по групповому преступлению (или по представлению следователя, которое имеет групповой характер).

Напомним: «То, что принято называть «сделкой с правосудием», было известно еще в Средние века в Британии... Правда, в конце концов, эта практика прекратилась – слишком многие оговаривали других безосновательно»[30].

«Где доносчики награждаются, – как-то заметил французский писатель и государственный деятель XVIII в. К. Мальзерб, – там не будет недостатка в виновных».

На повышенную опасность ложных доносов и в современных условиях при реализации ДСоС со ссылкой на мнения юристов многих стран совершенно обоснованно обращают внимание А. С. Шаталов[31] и многие другие авторы, в том числе практические работники[32].

«Главный недостаток так называемых следок с правосудием юристы многих стран, где этот институт имеет многолетний опыт (США, Италии, Франции, а также Англии, которая применяет этот институт без особого рвения), – отмечает Т. П. Хомицкая, – видят в том, что обвиняемый может оговорить кого угодно, чтобы избежать наказания». Поэтому, подчеркивает автор, «так важен взвешенный подход к определению субъекта такого соглашения и возможность критического отношения к его волеизъявлению»[33].

Более того, как это на первый взгляд ни выглядит парадоксальным, в отдельных ситуациях лицу выгоднее придать совершенному им преступлению именно групповой характер[34].

Говоря об этой проблеме, мы, в первую очередь в контексте ее исследования, не можем отказать себе в удовольствии привести

---

[30] *Козлова Н.* Сделка с правосудием // Российская газета. 2009. 8 июля.

[31] См.: *Шаталов А. С.* Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве: правовая регламентация, достоинства и недостатки // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 36.

[32] См., например: *Родин В. В.* Криминалистическая операция по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве // Материалы 52-х криминалистических чтений. М., 2011.

[33] *Хомицкая Т. П.* Указ. соч. С. 49.

[34] На это обстоятельство уже обращалось внимание в литературе А. П. Рыжаковым и др.

случай из собственной адвокатской практики, по которому позиция стороны защиты основывалась на одном законодательном парадоксе (еще раз свидетельствующем о качестве многих принимаемых законов).

В редакции Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ ч. 1 ст. 165 УК РФ, устанавливающая ответственность за причинение имущественного ущерба собственнику путем обмана или злоупотребления доверием при отсутствии признаков хищения, предусматривала наказание до шести лет лишения свободы.

А за то же деяние, совершенное группой лиц по предварительному сговору либо в крупном размере (ч. 2 ст. 165 УК РФ), ответственность была установлена... до трех лет лишения свободы; более того, совершение этого же преступления в составе организованной группы влекло ответственность... до пяти лет лишения свободы.

Учитывая это, хакер З., обвиняемый по данной статье УК РФ во взломе компьютера другого лица, в результате чего З. пользовался Интернетом за его счет, показал, что инкриминируемое ему преступление он совершил по предварительному сговору со своим знакомым, фамилию которого назвать не желает.

Иными словами, З. признал себя виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 названной статьи. Оно же в связи с установленной данной статьей санкцией относилось к преступлениям средней тяжести (а не к тяжким, которым являлось причинение ущерба без квалифицирующих обстоятельств).

Это позволило З. после возмещения им потерпевшему материального ущерба примириться с потерпевшим и на основании заявления последнего об этом ходатайствовать о прекращении своего уголовного преследования в порядке ст. 25 УПК РФ. Данное ходатайство было удовлетворено.

Спустя семь месяцев Федеральным законом от 21 июля 2004 г. № 73-ФЗ это противоречие в ст. 165 УК РФ было устранено.

В контексте же рассматриваемых ДСоС эта проблема представляется значительно серьезней.

Приведем пример.

В отношении Н. были собраны достаточные доказательства для обвинения его в разбое, совершенном с незаконным проникновением в помещение, т. е. в преступлении, предусмотренном ч. 3 ст. 162 УК РФ, предполагающей максимальное наказание в виде 12 лет лишения свободы.

Н. виновным себя признал, показав, что преступление он совершил один, соучастников у него не было. Однако вышеуказанная санкция статьи, по которой ему было предъявлено обвинение, исключала для него возможность ходатайствовать о рассмотрении дела в особом порядке.

В то же время некоторые оперативно-розыскные данные давали основания для выдвижения версии, что это преступление Н. совершил в составе организованной группы.

По имеющимся оперативным сведениям, ее руководитель «навел» Н. на помещение, в котором путем разбоя следовало завладеть находящимся в нем имуществом; другой соучастник подвез Н. на автомашине к месту преступления и на ней же помог ему оттуда скрыться после совершения преступления.

В случае установления этих обстоятельств действия Н. и соучастников подлежат квалификации по ч. 4 ст. 162 УК РФ, максимальное наказание по которой предусматривает 15 лет лишения свободы.

Н. было разъяснено, что дерзость совершенного им преступления влечет очень высокую вероятность его осуждения к названному выше максимальному наказанию, предусмотренному ч. 3 ст. 162 УК РФ, т. е. к лишению свободы сроком на 12 лет. Однако если он поможет в изобличении и уголовном преследовании своих соучастников из числа членов организованной группы, в которую (как то предполагалось следствием) он входил, это позволит заключить с ним ДСоС. В этом случае ему в соответствии с ч. 2 ст. 62 УК РФ судом не может быть назначено наказание, превышающее половину максимального наказания, предусмотренного ч. 4 этой же статьи УК РФ. Иными словами, его осудят не более чем на семь лет шесть месяцев лишения свободы.

Поставленная перед Н. альтернатива полностью вписывается в известную из теории игр[35] дилемму заключенного (узника), дает возможности для ее реализации (со всеми достоинствами и «рифами» для правоприменения в области уголовного судопроизводства, о которых речь пойдет ниже).

Суть данной дилеммы заключается в следующем.

Двух подозреваемых берут под стражу и изолируют друг от друга. Окружной прокурор убежден, что они совершили определенное преступление, но не имеет достаточных доказательств,

[35] «Теория игр – это математическая дисциплина, которая устанавливает правила поведения в конфликтных ситуациях, обеспечивающие достижение лучших (в некотором заранее заданном смысле) результатов» (Ляпунов А. А. Предисловие // Льюс Р. Д., Райфа Х. Игры и решения. Введение и критический обзор. М., 1961. С. 5).

чтобы предъявить им обвинение на суде. Он говорит каждому из подозреваемых, что у него имеется две альтернативы: признаться в преступлении, которое, по убеждению полиции, он совершил, или не признаться. Если оба не признаются, то окружной прокурор предъявляет им обвинение в каком-либо незначительном преступлении, таком, например, как мелкая кража или незаконное владение оружием, и они оба получают небольшое наказание; если они оба признаются, то будут подлежать судебной ответственности, но он не потребует самого строгого приговора; если же один признается, а другой нет, то признавшемуся приговор будет смягчен за выдачу сообщника, в то время как упорствующий получит максимальное наказание.

В более популярном изложении «дилемма заключенного (узника)» выражена следующим образом.

Двое подозреваемых арестованы перед входом в банк и заключены в одиночные камеры. Для того чтобы побудить их признаться в намерении ограбить банк, полиция делает им следующее предложение: если оба будут молчать, они будут приговорены каждый к двум годам тюрьмы; если один обвинит другого, а второй так и не заговорит, предатель будет освобожден, а хранящий молчание получит пять лет тюрьмы; если оба подозреваемых обвинят друг друга, каждый будет осужден на четыре года тюрьмы. При этом сообщники знают о том, что такое предложение сделано им обоим. Что же происходит? Оба арестованных думают: «Я уверен в том, что другой «расколется». Он обвинит меня, мне дадут пять лет, а его освободят, и это будет слишком несправедливо». Затем каждому из них в голову приходит такая мысль: «Если я на него донесу, меня освободят, зачем же страдать обоим, когда один может избежать наказания?» Короче говоря, в такой ситуации большинство испытуемых доносят друг на друга, поскольку второй сообщник рассуждает точно так же, как первый, оба получают по четыре года лишения свободы.

А если бы они оба промолчали, то оказались бы в тюрьме всего на два года.

И еще более странная закономерность: если проводить эксперимент, разрешая обоим подозреваемым свободно общаться между собой, результат остается таким же. Оба человека, даже выработав совместную стратегию поведения, в конце концов совершают пре-

дательство. Проблема заключается в том, что люди не способны полностью доверять друг другу[36].

Особенно, заметим, значима возникающая перед таким подозреваемым, обвиняемым «дилемма заключенного», когда у следователя есть выбор, с кем из уже установленных фигурантов в принципе возможно заключение ДСоС. В этой ситуации инициирование следователем предложения о заключении с подозреваемым, обвиняемым ДСоС может сопровождаться предупреждением его о том, что в случае его отказа в содействии следствию досудебное соглашение будет заключено с другим лицом, в отношении которого также по данному делу осуществляется уголовное преследование.

Однако в принципе дилемма значима и во всех остальных ситуациях заключениях ДСоС.

В приведенном примере возникающая перед Н. альтернатива была создана целенаправленными действиями следователя (оперативного сотрудника) по убеждению подозреваемого, обвиняемого в целесообразности оказать содействие в изобличении своих соучастников по логическим на то причинам – для возможности заключения с ним ДСоС. А это будет гарантировать (если, естественно, с ним согласится суд) данному лицу существенное сокращение грозящего ему в противном случае наказания.

Увы, дилемма верна и для того случая, когда учиненный донос о групповом характере совершенного преступления и (или) его участниках заведомо ложен, но по тем или иным причинам остался неразоблаченным.

Заведомо ложный оговор доносчиком невиновных лиц (помимо названной выше доминирующей мотивации) возможен, например, вследствие желания отомстить за ставшее подозреваемому, обвиняемому известным неожиданное и нежелательное поведение тех или иных лиц (о тактических приемах разжигания конфликта речь пойдет позже) либо желания «разделить» с кем-либо причиненный преступлением материальный ущерб, если данному лицу присуща жадность.

Для иллюстрации последней названной мотивации учинения заведомо ложного доноса приведем пример из собственной следственной практики.

---

[36] См.: *Вербер Б.* Энциклопедия относительного и абсолютного знания. М., 2007. С. 248, 249.

Лицо, обвиняемое в совершении корыстных преступлений, с целью уменьшить необходимость личного возмещения причиненного им потерпевшим материального ущерба (а о такой необходимости следователь, желая для установления соучастников обвиняемого использовать присущую этому лицу «патологическую» жадность, его предупредил), в качестве своих соучастников назвал восемь человек. Расследованием в конечном счете было установлено, что пять из них к преступлениям причастны не были.

Но до этого у всех из ложно оговоренных обвиняемым лиц был произведен обыск, а некоторые из них задерживались по делу в качестве подозреваемых[37].

И, конечно же, ложный оговор может использоваться доносчиком в целях обеспечения для себя возможности заключить с прокурором ДСоС.

Представим себе, что в приведенном выше примере версию о совершении преступления в составе организованной группы Н., будучи осведомленным о сущности ДСоС, предложил следствию по собственной инициативе, тогда как в действительности соучастников у Н. не было.

Иными словами, донос, учиняемый подозреваемым, обвиняемым в целях заключения ДСоС, может быть как соответствующим действительно произошедшему криминальному событию, так и заведомо ложным.

Важно также учитывать, что не исключены ситуации, когда инициатива об оговоре в соучастии в групповом преступлении непричастного к нему конкретного лица может исходить от следователя, по определенным своим мотивам (в основном в таких случаях коррупционным) заинтересованного в уголовном преследовании данного лица.

В таких случаях чаще всего, и на это верно обращает внимание И. А. Насонова, интересы привлечь к уголовной ответственности невиновное лицо у подозреваемого или обвиняемого, с одной стороны, и следователя, действующего при этом по различным мотивам, с другой стороны, совпадают[38].

---

[37] О проблеме ответственности (точнее, отсутствия таковой) за учинение ложного доноса подозреваемым, обвиняемым о совершении (об участии в совершении) преступления конкретных лиц будет говориться далее.

[38] См.: *Насонова И. А.* Проблемы реализации досудебного соглашения о сотрудничестве в качестве средства защиты обвиняемого // Общество и право. Вып. 1 (28). 2010. С. 219.

И в подобных ситуациях, без сомнений, подозреваемый, обвиняемый, желая заключения ДСоС, охотно будет в своих показаниях «подыгрывать» следователю.

Если, как пишут специалисты по теории игр, из работы которых мы взяли описание «дилеммы заключенного», «донос не вызывает ни у одного из них угрызений совести или страха»[39], он с праксиологических позиций вполне для игрока, которому сделано такое предложение (в нашем примере для Н.), рационален.

С учетом этого замечания в настоящее время мы видим лишь несколько причин отказа лица от предложения заключения с ним ДСоС с «причитающимися» ему в этом случае преференциями в назначении наказания, в том числе от искуса учинения заведомо ложного доноса о якобы своих соучастниках в совершении инкриминируемого ему преступления (преступлений).

1. Опасение наступления негативных для лица последствий со стороны ложно оговоренных им лиц (и со стороны иных лиц, представляющие интересы последних) как в процессе судопроизводства по делу, так и после него, в частности во время отбывания оговорщиком наказания в местах лишения свободы.

Разновидностью этого параметра шкалы учитываемых подозреваемым, обвиняемым своих ценностей могут явиться опасения наступления таких же негативных последствий в отношении близких родственников (супруга, детей), других родственников и иных близких ему лиц.

Вряд ли такие опасения, их реальность могут в сознании доносчика быть всецело нивелированы обещаемыми ему (и действительно предпринимаемыми) мерами обеспечения безопасности, регламентации которым в соответствующих законодательных актах (а также в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16) в настоящее время уделено значительное место.

Кроме того, с учетом социально-психологических качеств большинства из таких подозреваемых, обвиняемых (многие из них личности деклассированные, малообразованные, ранее судимые) далеко не всегда подобные опасения могут стать для них основным препятствием для учинения заведомо ложного доноса в отношении якобы своих соучастников существенно сократить сроки грозящего им наказания.

---

[39] См.: *Льюс Р. Д., Райфа Х.* Указ. соч. С. 133, 134.

2. Нравственные устои данного лица, не позволяющие ему учинять ложные доносы, оговаривать непричастных к преступлению лиц или преувеличивать их роль и степень их в нем участия (в том числе, как ни парадоксально, соблюдение им «воровских законов»).

Нам, однако, представляется, что выше вкратце обозначенные социально-психологические качества большинства лиц, на «сделку» с которыми, отстаивая общественные интересы в уголовном судопроизводстве, вынуждены идти сотрудники органов уголовного преследования, также вряд ли будут служить серьезным препятствием для учинения ими ложных оговоров.

3. Обусловленность отказа от учинения заведомо ложного оговора заявителем некоего лица в совершении группового преступления (к причастности к нему) успешным под угрозой ложного оговора шантажом этого человека (его близких), в результате которого потенциальный оговорщик приобрел (приобретет в дальнейшем) некие повышенно значимые для него или его близких блага (главным образом материальные).

Признаемся, что последняя причина отказа от учинения заведомо ложного доноса со стороны лица в условиях заключения с ним ДСоС сконструирована нами исключительно гипотетически; фактами, ее подтверждающими, мы в настоящее время не располагаем, однако возможность ее теоретически не исключается.

Мы не располагаем какими-либо социологическими данными о количестве лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности за совершение группового преступления в результате и на основе ложного оговора их со стороны обвиняемых, чье личное участие в таковом сомнений не вызывает (вряд ли подобные сведения вообще подвергались обобщению[40]).

Однако изучение конкретных уголовных дел, завершенных обвинительными приговорами, по которым отдельные обвиняемые последовательно утверждали, что в отношении их учинен ложный донос об их участии в совершении группового преступления[41], и версия о котором, на наш взгляд, была проверена весьма поверхностно, показывает, что их число довольно велико.

---

[40] Более того, возможность проведения такого обобщения представляется весьма сомнительной.

[41] В том числе лицами, ранее осужденными в особом порядке в связи с заключенными с ними ДСоС.

Но в любом случае ложный оговор, вероятность учинения которого, как сказано, представляется весьма высокой со стороны подозреваемого, обвиняемого, желающего таким образом обеспечить себе условия для заключения с ним ДСоС[42], практически неукоснительно влечет применение к оговариваемому лицу мер процессуального принуждения. Их диапазон весьма широк: от проведения в жилище и других помещениях, занимаемых оговоренным лицом, обыска до задержания данного лица и избрания в отношении его меры пресечения (как в приведенном выше случае из нашей следственной практики).

И хотя ст. 3178 УПК РФ оговаривает, что «если после назначения подсудимому наказания в соответствии с положениями настоящей главы будет обнаружено, что он умышленно сообщил ложные сведения или умышленно скрыл от следствия какие-либо существенные сведения, то приговор подлежит пересмотру в порядке, установленном разделом XV настоящего Кодекса», будем реалистами.

Вряд ли эта мера достаточна для предупреждения повышенной вероятности учинения лицами, с которыми заключаются ДСоС, ложных доносов и оговоров. Ведь даже в случае пересмотра постановленного приговора в порядке надзора подозреваемый, обвиняемый, учинивший «в рамках сделки» ложный донос о причастности к совершению инкриминируемого ему преступления иных лиц, по большому счету, ничем не рискует.

В самом худшем случае при пересмотре его дела по названным обстоятельствам в порядке надзора он получит то наказание, которое, видимо, и ранее заслуживал (правда, при этом к нему нельзя будет применить положения ст. 62 и 64 УК РФ)[43].

За сам факт учинения ложного доноса и в этом случае он, как это трактуется в ряде определений Верховного Суда РФ и полагают разные авторы, считающие ложный донос допустимым способом защиты, ответственности нести не должен.

Даже предложение о дополнении ст. 63 УК РФ таким отягчающим обстоятельством, как «сообщение ложных сведений по сути деятельного раскаяния или умышленное сокрытие от следствия су-

---

[42] Во всяком случае, значительно чаще, чем при оговорах, учиняемых по иным мотивам.

[43] «А вдруг прокатит», – цинично, но единодушно объяснили свое отношение к этим новеллам несколько лиц, обвиняемых в совершении различных групповых преступлений, с которыми их обсуждал автор настоящей работы.

щественных сведений при заключении со стороной обвинения соглашения о сотрудничестве»[44], поддержки у законодателя не нашло.

На этой проблеме в силу ее повышенной значимости в контексте нашего исследования представляется необходимым остановиться подробнее.

Если заведомо ложный донос подозреваемого, обвиняемого не связан с сущностью инкриминируемого лицу обвинения, то он, что, на наш взгляд, очевидно, полноценный субъект уголовной ответственности за совершение преступления, предусмотренного ст. 306 УК РФ (в том числе в случаях, когда донос сделан в рамках обсуждения или реализации ДСоС с ним).

Однако ситуация, когда заведомо ложный донос используется лицом в качестве средства защиты от осуществляемого в отношении его уголовного преследования, в частности используется в целях заключения с ним ДСоС, значительно более сложна для оценки допустимости средства защиты.

Широко, например, известна позиция Верховного Суда РСФСР по этому вопросу, выраженная в следующем постановлении его Президиума, суть которого в интересующем нас отношении усматривается в следующем тезисе: «В том случае, когда обвиняемый дает заведомо ложные показания, касающиеся других лиц, заявляя, например, что преступление совершил не он, и указывает на другое лицо, как на преступника или принижает свою роль в совершении преступления за счет соучастников, его действия следует рассматривать как допустимый метод защиты»[45].

И в современной судебной практике подчеркивается: «Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации и ч. 2 ст. 16 УПК РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом»[46]; «Заведомо ложные показания подозреваемого об участии в совершении преступления дру-

---

[44] Проект закона об изменении ст. 63 УК РФ вносился депутатами Государственной Думы РФ В. А. Васильевым, А. Е. Лебедевым, В. Н. Плигиным.

[45] См. постановление Президиума Верховного Суда РСФСР от 11 апреля 1990 г. № ВВСС-91-8; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за второе полугодие 1997 года, утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 14 января 1998 г. (определение № 1-Д97-16).

[46] Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за второй квартал 2009 года, утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 16 сентября 2009 г.

гого лица заведомо ложный донос не образуют, поскольку были даны с целью уклониться от уголовной ответственности и являлись способом защиты от обвинения»[47].

С таким подходом в части допустимости, уголовно-правовой ненаказуемости заведомо ложного оговора конкретных лиц мы согласиться не можем.

В первую очередь обратим внимание на то, что уголовный закон (ст. 306 УК РФ) не содержит исключений из круга субъектов заведомо ложного доноса подозреваемого, обвиняемого. Следовательно, заведомо ложный донос, учиненный подозреваемым, обвиняемым, так же наказуем, как те же действия, совершаемые лицами, которые заявляют о факте преступления, свидетелями и потерпевшими по уголовным делам.

Но это не главное. Уголовный закон можно в конце концов изменить в направлении, предлагаемом в настоящее время судебной практикой и большинством рассматривающих эту проблему авторов (к примеру, путем дополнения ст. 306 УК РФ примечанием, исключающим подозреваемого, обвиняемого из числа субъектов заведомо ложного доноса).

Главное – это те вкратце очерченные выше негативные социально-правовые последствия, которые неукоснительно претерпевает лицо, заведомо ложно оговариваемое в совершении преступления.

По нашему убеждению, никакого отношения к соблюдению принципа презумпции невиновности (к которому обычно апеллируют авторы, считающие заведомо ложный донос подозреваемого, обвиняемого допустимым средством защиты) такое поведение этих лиц не имеет.

Защита себя от уголовного преследования путем заведомо ложного оговора лиц, заведомо (подчеркнем вновь) для оговорщика к преступлению не причастных, есть не просто злоупотребление правом на защиту, но преступление против правосудия, прав и законных интересов оговариваемых лиц.

Вследствие этого мы всецело разделяем мнение Ю. П. Гармаева, С. Р. Зеленина, А. В. Федорова и ряда других авторов о том, что границей дозволенного использования заведомо ложного доноса

[47] См. постановление Президиума Верховного Суда РСФСР от 11 апреля 1990 г. № ВВСС-91-8. Эта же позиция всецело разделяется авторами многочисленных современных комментариев к УПК РФ (в частности, подготовленных под редакцией А. В. Смирнова, В. П. Божьева и др.).

как способа самозащиты лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, выступают границы прав и свобод другого человека[48].

Мы убеждены: заведомо ложный донос подозреваемого, обвиняемого об участии в совершении инкриминируемого ему преступления иного называемого им лица (лиц) допустимым средством защиты признать нельзя, в том числе в рамках заключаемого с ним ДСоС[49].

Заметим, что в уголовно-процессуальном законодательстве США предусмотрена возможность прекращения прокуратурой действия договора о сотрудничестве, когда лицо, с которым оно заключено, отказывается сотрудничать в полном объеме либо намеренно предоставляет ложные, вводящие в заблуждение или неполные сведения, показания (данное положение включается в текст договора о сотрудничестве). В этих случаях его ложные показания являются отягчающим вину обстоятельством, более того, оно может быть привлечено к уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний[50].

Подобные условия (после внесения соответствующих изменений в УК РФ и УПК РФ), думается нам, могли бы включаться и в содержание заключаемых ДСоС.

В настоящее же время, как о том говорилось выше, в тексте ДСоС должны отражаться не только принимаемые на себя сторонами конкретные обязательства, но и основания для одностороннего расторжения этого соглашения. Также досудебное соглашение должно включать ссылку на разъяснение прокурором лицу, заключающему соглашение, содержания уголовной ответственности за заведомо ложный донос (ст. 306 УК РФ) и условий пересмотра приговора, вынесенного в отношении подсудимого, с которым заключено ДСоС (ст. 3178 УПК РФ)[51].

---

[48] См., например: *Федоров А. В.* Преступления против правосудия (вопросы истории, понятия и классификации). Калуга, 2004. С. 151.

[49] Подробнее наша позиция по этой проблеме изложена в работе: *Баев О. Я.* Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. М., 2010.

[50] См.: *Халиулин А., Буланова Н., Конярова Ж.* Полномочия прокурора при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовное право. 2010. № 3.

[51] Примерный образец ДСоС предложен нами в главе 2 данной работы.

В любом случае и органы уголовного преследования, и суд должны придерживаться следующей правовой аксиомы.

Нельзя обвинить человека в совершении преступления как лишь на основе его «признательных» показаний, так и исходя только из показаний о том лица, с которым заключено ДСоС, в отсутствие достаточной совокупности достоверных доказательств, подтверждающих виновность оговоренного им человека. Вот почему, в частности, столь важны, как минимум, соблюдение предлагаемой последовательности рассмотрения выделенного и основного уголовных дел, а также обеспечение возможности перекрестного допроса оговорщика при рассмотрении судом основного дела, из которого в связи с заключением ДСоС оно выделялось.

Во многом именно поэтому особую значимость приобретают рациональная структуризация и планирование криминалистического обеспечения реализации в рамках ДСоС, принятых на себя подозреваемым, обвиняемым обязательств по оказанию содействия органам уголовного преследования.

Делается это, как указано в ст. 3171 УПК РФ, «в целях содействия следствию в раскрытии и расследовании преступления, изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, розыске имущества, добытого в результате преступления».

В силу своей несомненной сложности и многоаспектности, по нашему убеждению, это не может быть осуществлено иначе как в рамках направленной на то самостоятельной тактической операции, которую можно так и наименовать: «тактическая операция «досудебное соглашение о сотрудничестве».

§ 3. Тактическая операция «Досудебное соглашение о сотрудничестве»

С позиций системного подхода в целом расследование преступлений может рассматриваться как непрерывный процесс постановки следователем перед собой взаимосвязанных и взаимообусловленных задач, которые предопределены предметом доказывания по уголовному делу, и их разрешения средствами, предусмотренными уголовно-процессуальным законом.

В отдельных следственных ситуациях и с учетом обстоятельств конкретного расследуемого дела ряд из таких задач разрешается довольно несложно.

Например:

1) обнаружение в одежде погибшего человека не вызывающих сомнений в своей подлинности его документов, опознание его близкими лицами в должной мере решают задачу идентификации личности погибшего;

2) возникшие противоречия в показаниях ранее допрошенных лиц по вопросу алиби одного из них также достоверно могут быть устранены путем производства между ними очных ставок.

Однако зачастую для удовлетворительного разрешения возникающих перед следователем проблем требуется целый комплекс следственных действий, организационных и оперативно-розыскных мероприятий. И в таких случаях следователь вынужден планировать и реализовывать соответствующие тактические операции.

Под ними в криминалистике понимаются совокупности взаимосвязанных и взаимообусловленных следственных, других процессуальных действий, оперативно-розыскных и иных мероприятий, тактических приемов их осуществления, направленных на достижение локальных целей расследования[52].

Если продолжить приведенные выше гипотетические примеры, то в первом из них для идентификации погибшего следователь должен запланировать и реализовать тактическую операцию, именуемую в литературе (В. И. Шиканов и др.) «атрибуция трупа», включающую ряд оперативно-розыскных мероприятий и экспертных исследований останков погибшего; во втором – тактическую операцию «проверка алиби» (содержание которой подробно изучено В. И. Шикановым, Н. В. Кручининой и другими криминалистами).

---

[52] См.: *Дулов А. В.* Тактические операции при расследовании преступлений. Минск, 1979 ; *Здоровко С. Ф.* Тактические операции при расследовании убийств, совершаемых организованными группами и преступными организациями : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 2002 ; *Комаров И. М.* Основы частной теории криминалистических операций досудебного производства. М., 2010 ; *Его же.* Криминалистические операции досудебного производства в системе криминалистики. М., 2010 ; *Шиканов В. И.* Теоретические основы тактических операций при расследовании преступлений. Иркутск, 1983 ; и др.

Что касается заключения и реализации ДСоС, необходимость осуществления в этих целях соответствующей тактической операции предопределяется в первую очередь многоходовым характером этого уголовно-процессуального института, ряд правовых проблем которого рассмотрен нами выше. Не меньшее, а скорее всего большее значение для того имеют и чисто тактические соображения следователя, расследующего конкретное уголовное дело.

Сразу скажем, что какие-либо обобщенные аналитические материалы практики и теоретические исследования в отношении данной тактической операции нам в настоящее время не известны. Поэтому освещение ряда ее аспектов будет иметь сугубо постановочный характер, основанный на изучении конкретных уголовных дел, по которым заключались ДСоС (либо решался вопрос о заключении соглашения).

Но, как писал несколько веков назад К. Гельвеций, «знание некоторых принципов (в данном случае – принципов общей теории криминалистики и криминалистической тактики. – *О. Б.)* легко возмещает незнание некоторых фактов»[53].

Оговоримся, что, создавая алгоритм тактической операции «ДСоС», мы будем вынуждены возвращаться к ряду рассмотренных выше положений, а в отдельных случаях – их вкратце повторять.

Нам представляется, что при планировании и реализации тактической операции «ДСоС» следователь должен решить, как минимум, следующие взаимосвязанные и взаимообусловленные задачи.

1. Принятие решения о необходимости заключения досудебного соглашения о сотрудничестве. И здесь в контексте изучаемой темы представляется необходимым отступление о сущности решений, принимаемых в уголовном судопроизводстве, и о процессе (об этапах) их формирования.

Весь уголовный процесс можно представить в виде последовательного или параллельного принятия его субъектами в рамках правовых полномочий каждого из них правовых и тактических решений относительно отдельных локальных задач, минимально необходимый перечень которых определен пределами предмета доказывания по уголовному делу, и их практической реализации.

[53] *Гельвеций К.* Соч.: в 2 т. М., 1973. Т. 2. С. 87.

В психологии решение понимается как формирование мыслительных операций, снижающих исходную неопределенность проблемной ситуации. В процессе решения выделяют стадии поиска, принятия и реализации решения[54].

В специальной литературе по таким научным направлениям, как исследование систем управления и теория принятия решений, под решением вообще понимается результат выбора из возможных альтернатив поведения, из множества возможных вариантов достижения цели.

В литературе по исследованию систем управления принятие решения чаще всего рассматривается как процесс, состоящий из пяти следующих этапов[55].

Первый этап – диагностика проблемы. Диагностика проблемы начинается с осознания и установления затруднений или имеющихся возможностей. Для этого необходимо собрать и проанализировать необходимую внутреннюю и внешнюю релевантную (относящуюся конкретно к возникшей проблеме) информацию. Ее анализ позволяет понять сущность проблемы и четко ее сформулировать.

Второй этап – формулировка критериев (стандартов) и ограничений. Ограничения, как пишут специалисты в области исследования систем управления, обычно имеют внутренний и внешний характер.

Законы, «ограничивающие внешнюю деятельность» профессиональных участников уголовного процесса, выступают для них в виде глубинных внутренних ограничений. В частности, лица и органы, осуществляющие уголовное преследование, а потому вынужденные непрерывно в процессе его принимать соответствующие решения (как процессуальные, так и тактические), в этой деятельности «скованы» требованиями уголовно-процессуального закона – они могут действовать так, и только так, как им предписывает уголовно-процессуальный закон.

Любое его нарушение лицом или органом, принимающим в процессе этой деятельности решение, влечет применение процес-

---

[54] См.: Краткий психологический словарь / под ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского. М., 1985. С. 307–308.

[55] См.*: Мыльник В. В., Титаренко Б. П., Волочиенко В. А.* Исследование систем управления. М., 2006.

суальных санкций в виде признания принятого решения незаконным или необоснованным, а сформированных в ходе их реализации доказательств – недопустимыми доказательствами.

По нашему глубокому убеждению, к числу внутренних ограничений при принятии решений в области уголовного судопроизводства, особенно для его участников, обладающих властными полномочиями, следует отнести также необходимость неукоснительного соблюдения при этом лицами или органами, принимающими решение, требований общей и судебной этики. Именно к их выбору и реализации в уголовном процессе более чем к любому другому виду деятельности относятся известные слова «формально правильно, а по существу – издевательство».

Внешними ограничениями для принятия решений в уголовном судопроизводстве, видимо, следует признать осуществление этой деятельности лицами или органами, принимающими решение в условиях противодействия, иногда весьма активного, со стороны лиц или органов, имеющих иные профессиональные и личные интересы в уголовном деле.

Третий этап – определение альтернатив. В идеале, как считают специалисты в области теории принятия решений, необходимо выявить все реально возможные способы действий по устранению причин возникновения проблем. Однако на практике довольно часто вместо поиска всех реально возможных альтернативных решений альтернативы генерируются до тех пор, пока не появится одна или несколько альтернатив, удовлетворяющих определенному минимальному стандарту; из них и делается выбор одного решения, которое позволяет снять проблему.

Для лиц или органов, принимающих решение, в области уголовного судопроизводства формирование набора альтернативных решений, думается нам, предопределяется несколькими факторами, в первую очередь альтернативами и возможностями, которые предоставляет для этого уголовно-процессуальный закон, перечень которых в ряде случаев конечен.

Большую свободу в формировании альтернатив представляет процесс принятия методических и тактических решений, поскольку они в принципе не могут быть опосредованы в уголовно-процессуальном законе.

Рекомендации по их набору, обоснование рациональности выбора одной из них в той или иной следственной ситуации при изучении преступлений отдельных видов составляет предметную область соответствующих разделов науки криминалистики.

Четвертый этап – оценка альтернатив. После составления набора возможных альтернатив осуществляется их оценка с точки зрения обоснованности, допустимости и, если не оптимальности, то рациональности для разрешения возникшей проблемы. При этом в первую очередь определяются достоинства и недостатки каждой из этих альтернатив и возможные последствия от их реализации. В то же время на практике в большинстве случаев однозначное сопоставление всех альтернатив невозможно: все они имеют свои преимущества и недостатки.

Пятый этап – окончательный выбор решения. Если проблема была правильно сформулирована, альтернативные варианты решений были полностью сгенерированы и тщательно оценены, то выбор делается сравнительно просто: выбирается альтернатива с наиболее благоприятными общими последствиями.

В большинстве же случаев на практике имеется множество причин, приводящих к тому, что ни одна из рассматриваемых альтернатив не обеспечивает оптимального решения проблемы. Иными словами, выбирается направление действия, являющееся приемлемым, но не обязательно наилучшим из возможных. Главное при этом, как нам представляется, заключается в том, чтобы сделанный выбор не исключал возможности реализации (при необходимости) других сформированных вариантов решения проблемы.

Именно поэтому практически любое решение о действии в проблемной ситуации выбирается на основе интуиции и суждения, требует от лиц или органов, принимающих решения, определенных эмоционально-волевых качеств: хладнокровия, решительности, ответственности и т. п.[56]

Особое место среди качеств, которые влияют на всю эффективность этой интеллектуальной деятельности (в том числе при принятии решения о заключении ДСоС) занимают интеллект, креативность, жизненный опыт и опыт деятельности в соответствующем

[56] См.: *Завалишина Д. Н.* Оперативное мышление и принятие решения // Проблемы принятия решений / под ред. П. К. Анохина и др. М., 1976. С. 106.

статусе в уголовном судопроизводстве, знание методики и тактики уголовно-процессуального исследования преступлений[57].

Как постулировалось выше, принятие следователем решения о заключении ДСоС есть решение, принимаемое в условиях, можно сказать, крайней для того необходимости, обуславливаемое, в сущности, теми же причинами, которые вызвали «к жизни» само создание и существование этого правового института.

К таким условиям следует отнести практическую невозможность, во всяком случае, осознанную после перебора других альтернатив крайнюю затруднительность иным путем обеспечить изобличение всех участников расследуемого группового преступления, оптимальное возмещение причиненного преступлением материального ущерба, разрешение других проблем, составляющих предмет самого назначения уголовного судопроизводства в целом; причины организационно-экономического характера (причины уголовно-процессуальной экономии).

Но последние (подчеркнем это особо) не должны превалировать в принятии решения о необходимости заключения ДСоС, если речь идет о расследовании тяжкого либо особо тяжкого преступления, зачастую особо дерзкого и (или) циничного характера. Нельзя также не учитывать отрицательные данные, характеризующие лиц, такие преступления совершающих.

С учетом сказанного «игры в поддавки» путем заключения не вызываемого крайней необходимостью ДСоС (если они преследуют цель простого облегчения для следователя его работы по качественному расследованию таких преступлений, совершаемых лицами данного контингента) недопустимы.

Если ни одной из названных причин по конкретному уголовному делу нет, следователю (руководителю следственного органа, прокурору) в принципе нет оснований задумываться о необходимости заключения с кем-либо из фигурантов по делу (подозреваемым, обвиняемым) ДСоС.

Более того, заключение ДСоС в этой ситуации можно расценить как злоупотребление правом со стороны представителей уго-

---

[57] Подробнее наше мнение о проблеме принятия решений в условиях уголовного судопроизводства см.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальные решения и решения в уголовном судопроизводстве // Вестник Воронежского государственного университета. Сер.: Право. Вып. 1 (6). Воронеж, 2009.

ловного преследования (следователя, прокурора), инициирующих и заключающих такое соглашение.

Это наше мнение основано на том, что общественные интересы (как и личные интересы потерпевших в ряде ситуаций, о чем говорилось выше) предполагают назначение судом лицам, изобличенным в совершении преступного деяния, объективного, справедливого и адекватного данному деянию наказания. Однако удовлетворение таких интересов (а это один из элементов назначения уголовного судопроизводства в целом) в условиях заключения с подсудимым ДСоС, недостижимо.

2. Возможность заключения по делу ДСоС с конкретным подозреваемым, обвиняемым. Приняв решение о необходимости заключения ДСоС, следователь переходит к обдумыванию и реализации следующего шага данной тактической операции – возможности заключения такого соглашения с тем или иным фигурантом (подозреваемым, обвиняемым) с учетом складывающейся по расследуемому делу ситуации.

Эта ситуация имеет, как минимум, два варианта:

1) на момент принятия данного решения при расследовании преступления, имеющего групповой (различной организационной формы) характер, следователь «располагает» одним подозреваемым или обвиняемым в его совершении лицом, и потому у него нет какой-либо альтернативы, речь может идти о возможности заключения ДСоС лишь с ним;

2) по делу к моменту возникновения необходимости в заключении такого соглашения имеется несколько фигурантов, облеченных одним из названных процессуальных статусов (данная ситуация представляет собой классический вариант описанной выше «дилеммы заключенного»). Этот вариант предоставляет возможность для следователя с той или иной степенью вероятности (основанной на значимости имеющейся против каждого из них доказательственной информации, изучении социально-психологической структуры их личностей, данных оперативно-розыскной работы, проводимой по расследуемому делу) определить, с кем из них наиболее рационально обсуждать вопрос о возможности заключения ДСоС.

Несомненно, что при этом также необходимо учитывать как криминальное, так и посткриминальное поведение каждого из

этих лиц, в том числе при осуществлении в отношении них уголовного преследования.

Также нет сомнений, что следует учитывать психологическую и нравственную характеристику каждого из этих фигурантов. И конечно же (как и в любом ином случае принятия решения по усмотрению) немалое значение имеет непосредственное впечатление, сложившееся у следователя при общении с каждым из них.

На этой проблеме, в связи с ее значимостью для осуществления данной тактической операции, следует остановиться более подробно.

При определении фигуранта по делу, с которым следователю наиболее целесообразно вести работу по заключению ДСоС (при наличии для того альтернативы), предпочтение в первую очередь следует отдавать подозреваемому или обвиняемому, который:

1) обладает большим, чем другие из них, объемом искомой информации (это представляется очевидным), которую затем можно объективизировать, что позволит более рационально осуществить расследование по делу, как минимум, снизит вероятность сообщения этим лицом заведомо ложных сведений по делу;

2) по имеющимся сведениям (доказательствам, оперативно-розыскным данным) обладает информацией, которая позволит, помимо содействия по расследуемому делу, выявить латентные преступления и (или) успешно расследовать уголовные дела о ранее остававшихся нераскрытыми других преступлениях, в том числе не только аналогичные расследуемому делу;

3) действительно, по мнению следователя, раскаялся в своем участии в совершении преступления либо относительно которого нет предсказуемых оснований предполагать, что он в дальнейшем свою «признательную» позицию по делу изменит под влиянием изобличаемых им в своих показаниях соучастников и других лиц, заинтересованных в исходе дела;

4) характеризуется меньшей степенью участия в совершении расследуемого группового преступления, чем другие его соучастники, с которыми в принципе можно обсуждать вопрос о заключении ДСоС. Нет сомнений, что это обстоятельство во многих ситуациях значительно облегчит следователю вовлечение в процесс заключения ДСоС потерпевшего, не вызовет у него резко негативной реакции.

В целом же, решая эту проблему, как писал один из создателей праксиологии Т. Катарбинский, в подобных ситуациях следует учитывать возможность «разжигания конфликта между членами коллектива, против которого ведется борьба. Это будет соединением принципа расчленения сил с принципом использования в борьбе чужих резервов в собственных интересах. Конкретный случай такого стечения обстоятельств мы имеем всякий раз, когда субъект А для одержания победы над коллективом субъектов В и С заключает вначале союз с В против С, а после поражения последнего обращает оружие против В и, в свою очередь, одерживает над ним победу. Ловкий участник конфликта в таких случаях сперва объединится со слабым против сильного, а не наоборот. Делается это для того, чтобы получить поддержку в борьбе против самого грозного противника и не оказаться позже с ним один на один»[58].

Как упоминалось выше, Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 28 июня 2012 г. № 16 высказал свое положительное мнение по вопросу, имеющему повышенное тактическое значение: о возможности заключения ДСоС с несколькими фигурантами по одному уголовному делу.

Обсуждение возможности заключения ДСоС параллельно с несколькими фигурантами по одному уголовному делу целесообразно (если, разумеется, таковое по изложенным выше основаниям представляется реальным) тогда, когда существенно различаются обязательства, выполнение которых может принять на себя каждый из них. Например, один из них обязывается оказать содействие следствию в изобличении своих соучастников в совершении инкриминируемого ему преступления; второй – в выдаче вещественных доказательств (ценностей, добытых в результате преступления), места нахождения которых другим соучастникам неизвестны; третий – в выявлении и раскрытии иных преступлений, информацией о которых остальные проходящие по данному уголовному делу лица не располагают.

Видимо, такими соображениями руководствовались органы уголовного преследования по широко известным резонансным делам о преступлениях в пос. Кущевка, о подмосковных казино, по которым ДСоС заключались одновременно с несколькими фигурантами.

[58] *Катарбинский Т.* Трактат о хорошей работе. М., 1975. С. 210.

Наше изучение конкретных уголовных дел показывает, что ситуация, в которой обоснованно принималось решение о заключении ДСоС с несколькими лицами, проходящими по одному уголовному делу, в настоящее время наиболее характерна для расследования преступлений, связанных с незаконным обращением наркотиков и психотропных веществ, совершаемых организованными группами и сообществами.

Однако мы в принципе против складывающейся, по нашим наблюдениям, в настоящее время правоохранительной практики, когда ДСоС заключаются практически со всеми обвиняемыми по уголовному делу, с каждым из соучастников расследуемого группового преступления. При этом обязательства, которые принимает на себя каждый соучастник, не только аналогичны, но и, по существу, сводятся лишь к тому, что они в своих показаниях изобличают в участии в преступлении других обвиняемых.

К примеру, по упоминаемому выше уголовному делу о сбыте организованной преступной группой поддельных банковских билетов Центрального банка РФ с тремя из четырех обвиняемых были заключены ДСоС. В них каждый из обвиняемых принял на себя следующие обязательства:

1) полностью признать свою вину в хранении, перевозке в целях сбыта заведомо поддельных банковских билетов в составе организованной группы;

2) дать «признательные», полные, правдивые показания по обстоятельствам сбыта поддельных банковских билетов достоинством 1 тыс. руб. в г. Россошь и п.г.т. Подгоренский Воронежской области;

3) указать места сбыта поддельных банковских билетов достоинством 1 тыс. руб. в г. Россошь и п.г.т. Подгоренский Воронежской области;

4) указать свою роль в совершении инкриминируемых преступлений.

В таких случаях, по нашему убеждению, лица, профессионально представляющие сторону обвинения, руководствуются лишь желанием облегчить себе процесс досудебного производства по уголовному делу, не задумываясь о том, что в конечном счете данная ситуация приводит к нарушению такого элемента назначения уголовного судопроизводства, как назначение виновным справед-

ливого наказания. Оно же будет заключаться в том, что этим лицам, совершившим, по убеждению следователя, как правило, тяжкое или особо тяжкое преступление, значительно ограничиваются (разумеется, если суд согласится с ранее заключенным с каждым из них ДСоС) пределы максимально возможного к назначению наказания.

Тут же оговоримся. Разумеется, объективная оценка имевшейся необходимости и (или) целесообразности заключения ДСоС с несколькими фигурантами по одному уголовному делу может быть осуществлена лишь в результате углубленного изучения его материалов с учетом всех обстоятельств ситуации расследования на каждом из этапов этого процесса.

Однако гипотетически (исключительно гипотетически, поскольку фактических оснований для подобного утверждения в настоящее время у нас нет) можно предположить, что возможность необоснованного заключения ДСоС с несколькими фигурантами по одному уголовному делу не исключает наличия для этого коррупционных факторов.

Во всяком случае, такое мнение в беседе с автором настоящей работы высказал потерпевший по уголовному делу, по которому ДСоС были, с точки зрения потерпевшего, необоснованно заключены с четырьмя из шести обвиняемых в совершении одного преступления.

Повторим: заключение ДСоС с подозреваемым, обвиняемым, по нашему глубокому убеждению, есть действия стороны обвинения в условиях крайней для того необходимости, когда без него практически невозможно или, как минимум, крайне затруднено «инициативное» изобличение всех соучастников расследуемого группового преступления (либо выявление и раскрытие иных преступлений).

И хотя, как о том уже неоднократно упоминалось, в соответствии с законом «ходатайство о заключении ДСоС должно подаваться подозреваемым, обвиняемым, чаще всего инициатором подачи такого ходатайства является следователь, причем его предложение подозреваемому, обвиняемому о возможности заключения с ним ДСоС обычно подкрепляется не только доказательствами, имеющимися по уголовному делу, но и результатами проводимой в отношении данного фигуранта оперативно-розыскной работы.

Тактически правильное использование следователем этой информации должно убедить данное лицо в необходимости не только дать «признательные» показания о своей причастности к расследуемому преступлению (если таковые к данному моменту еще не получены), но и назвать своих соучастников и оказать возможное активное содействие в их изобличении.

К этому переговорному процессу в ряде случаев следователем может быть привлечен, помимо участвующего в нем сотрудника органа дознания, осуществляющего оперативно-розыскную работу по делу, также адвокат – защитник данного подозреваемого, обвиняемого. (О роли адвоката-защитника в заключении ДСоС и о некоторых процессуально-тактических особенностях связанной с этим деятельности следователя подробно см. в § 2 гл. 2 настоящей работы.)

3. Получение от подозреваемого, обвиняемого «признательных» показаний о соучастниках. Данный этап реализации этой тактической операции, обусловленный изъявлением согласия на заключение ДСоС лица, давшего такое согласие либо инициативно заявившего ходатайство о заключении соглашения, состоит в его допросе. Результаты (как положительные, так и отрицательные) воздействия на лицо, с которым обсуждается возможность заключения с ним ДСоС, могут быть использованы в качестве доказательства лишь в том случае, если они содержатся в подписанном данным лицом протоколе соответствующего допроса (подозреваемого, обвиняемого), произведенного с участием защитника этого лица.

Сделанные данным лицом в ходе переговоров о возможности заключения ДСоС признания в участии (своем и других лиц) в совершении преступления, не будучи занесенными в подписанный им и его защитником протокол допроса, какой-либо доказательственной силы не имеют.

В Федеральных правилах о доказательствах США (правило 410.4) данное положение отражено текстуально: «...следующие доказательства... являются недопустимыми, если они направлены против обвиняемого, который признал свою вину либо участвовал в переговорах о признании вины... любое заявление, сделанное в ходе обсуждения со стороной обвинения возможности заключения сделки о признании вины, если подобное обсуждение не привело к

заключению таковой сделки либо если обвиняемый признал вину, но впоследствии отказался от такого признания»[59].

Не вызывает также сомнений, что с тактических позиций целесообразно весь ход подобного допроса сопровождать его видео-, аудиозаписью.

Не ставя здесь перед собой задачи подробно излагать тактику допроса подозреваемого, обвиняемого (этим проблемам посвящены многочисленные научные и методические работы), лишь напомним ее основы.

Любые допустимые тактические приемы допроса основаны на двух методах психологического воздействия: логическом и эмоциональном.

Убеждение как метод воздействия на личность состоит в передаче нравственных, интеллектуальных, эмоциональных и других представлений от одного лица к другому в целях изменения мотивов, которыми лицо, подвергающееся воздействию, руководствуется в своей деятельности. Убеждение имеет весьма сложную структуру; выступая как метод внешнего воздействия на поведение лица через его внутренние побуждения, оно создает мотивы свободного и осознанного определения человеком характера своих отдельных поступков и поведения в целом.

Убеждение допрашиваемого в необходимости изменения им избранной линии поведения относительно искомой информации может осуществляться в различных формах и различными приемами (и их комбинациями), отдельные из которых мы рассмотрим чуть ниже. Однако все они направлены не только на то, чтобы допрашиваемый дал правдивые показания, но (и это главное!) и на то, чтобы их дача под воздействием убеждения осознанно представлялась допрашиваемому в сложившейся ситуации общения единственно верной, отвечающей его интересам линией поведения. Иными словами, допрашиваемый, изменяя свое поведение под воздействием убеждения, должен сознавать и отчетливо представлять себе, что в создавшейся ситуации передача им следователю искомой информации необходима в его интересах по определенным рациональным или эмоциональным мотивам (чаще всего по совокупности этих мотивов).

---

[59] Федеральные правила о доказательствах Соединенных Штатов Америки.

Классификация убеждения на логическое и эмоциональное довольно условна; невозможно логическое убеждение без эмоционального воздействия, так же как эмоциональное убеждение, как правило, предполагает наличие его логической основы. Поэтому данные приемы используются во взаимосвязи (пример такого применения будет приведен чуть ниже).

К логическим приемам относится убеждение допрашиваемого в том, что дача им «признательных» показаний рациональна.

В канве подобных бесед следователя с подозреваемым, обвиняемым способы допустимого логического убеждения могут дополняться рядом обещаний следователя, подчеркнем, законных и выполнимых в пределах его компетенции, например о возможности смягчения избранной в отношении допрашиваемого меры пресечения, о предоставлении свиданий с близкими ему людьми и об иных «преференциях».

Как показывает следственная практика, наиболее рациональным при использовании тактических приемов допроса этой группы являются не только апеллирование к УК РФ и УПК РФ, но подробный разбор, детальный анализ их соответствующих положений применительно к социально значимым (и значимым в правовом отношении) качествам допрашиваемого и с учетом конкретных обстоятельств расследуемого дела. Это, например, сведения о наличии или об отсутствии судимости, семьи, малолетних детей.

Эмоциональное воздействие при допросе подозреваемого, обвиняемого основано на обращении следователя к субъективным качествам личности допрашиваемого.

Допустимость и целесообразность использования в названных целях положительных свойств личности допрашиваемого (отсутствие судимости, мнения его сослуживцев, коллег, близких к нему людей о наличии таких свойств, раскаяние в содеянном и т. п.) сомнений ни у кого вызвать не может.

Однако применение основанных на этом тактических приемов, как правило, оказывается недостаточным средством для убеждения такого лица дать правдивые и достоверные показания обо всех обстоятельствах совершенного группового преступления и его участниках.

Увы, качества и свойства большинства лиц из контингента, с которым имеет следователь дело в рассматриваемой ситуации, име-

ют чаще всего негативный характер: от предыдущих судимостей до жестокости и цинизма, отразившихся в обстоятельствах совершенного преступления (а это во многом затрудняет установление устойчивого психологического контакта между следователем и допрашиваемым).

В связи с этим в рассматриваемой ситуации для достижения целей, обусловливаемых необходимостью заключения ДСоС, следователь при допросе подобных подозреваемых, обвиняемых вынужден прибегать к использованию тактических приемов эмоционального убеждения с использованием так называемых слабых мест психики. Под ними в судебной психологии понимаются нежелательные в психической структуре личности свойства: жадность, ревность и т.п. В криминалистике эта группа тактических приемов объединяется с понятием разжигание конфликта.

Сущность данных тактических приемов допроса заключается в убеждении допрашиваемого дать правдивые показания путем ознакомления его с содержанием показаний его соучастников, которые именно на него возлагают основную ответственность за совершение преступления. Другим вариантом реализации этого приема может являться доведение до сведения допрашиваемого информации о поведении его соучастников, не соответствующем его ожиданиям (к примеру, о несправедливом дележе похищенного). Также этот прием может быть реализован путем сообщения допрашиваемому нелицеприятных мнений о нем близких ему лиц, или, напротив, мнений о близких ему лицах и их поведении, не соответствующем бывшим у него до того представлениям об этом.

Проиллюстрируем сказанное примером из следственной практики.

К., изобличенный в причастности к совершению ряда разбойных нападений, имевших групповой характер (что усматривалось из показаний потерпевших и из других материалов дела), признавая свою вину, категорически отказывался назвать своих соучастников.

В то же время данные проведенной по делу оперативной работы позволяли полагать, что этими соучастниками являлись Ш., У. и В., причем последний из них выполнял наиболее активную роль в совершении преступлений (являлся не только соисполнителем, но и организатором их совершения).

Тактические приемы, основанные на логическом убеждении К. дать правдивые показания о соучастниках инкриминируемых ему престу-

плений, в том числе путем разъяснения возможности заключения с ним ДСоС и уголовно-правовых для него последствий (существенного снижения ему грозящего наказания), желаемого следователем эффекта не дали.

Однако при производстве одного из оперативно-розыскных мероприятий была получена видеозапись, на которой были запечатлены В. и жена К. в ситуации, не оставлявшей сомнений в их интимной связи.

На одном из следующих допросов следователь, «ненавязчиво» выяснив обстоятельства семейной жизни К., который не сомневался в своей супруге (более того, объяснял, что одной из причин совершения им разбоев являлось желание «обеспечить жене материальное благополучие»), тут же показал К. данную видеозапись.

После ее просмотра К. не только незамедлительно дал показания обо всех соучастниках расследуемых преступлений и о роли каждого из них при их совершении, но и изъявил желание активно содействовать их изобличению, написал ходатайство на имя прокурора о заключении с ним ДСоС. (В дальнейшем оно было удовлетворено, дело в отношении К. было выделено в отдельное производство и рассмотрено судом в особом порядке.)

Как обосновывалось выше при рассмотрении «дилеммы заключенного», если «донос не вызывает угрызений совести или страха», он уже не только с личных праксиологических позиций, но и, будучи инициированным воздействием, которое основано на использовании следователем тактических приемов группы «разжигания конфликта», по эмоциональным мотивам приемлем для допрашиваемого лица.

Однако будем реалистами. Применение подобных приемов с большей вероятностью, чем всех других, может привести к самооговору допрашиваемого или оговору им невиновных лиц в причастности к совершению группового преступления.

Самооговор может стать следствием отчаяния, результатом того, что допрашиваемому стало известно нежелательное, неожиданное мнение о нем других лиц (или такое же поведение близкого ему человека).

Оговор невиновных лиц возможен, например, из-за желания отомстить за ставшее известным допрашиваемому неожиданное и нежелательное поведение тех или иных лиц (как в приведенном выше примере); желания «разделить» с кем-либо причиненный преступлением материальный ущерб, если данному допрашива-

емому присуще свойство жадности. (Пример подобного результата приводился нами из собственной следственной практики выше.)

Правовой механизм заключения ДСоС текстуально не содержит указания о том, что лицо, с которым обговаривается возможность заключения с ним досудебного соглашения, в первую очередь должно дать «признательные» показания обо всех известных ему обстоятельствах расследуемого дела. Однако необходимость этого сама по себе предполагается логикой процесса заключения соглашения. Поэтому все тактические приемы допроса подозреваемого, обвиняемого (основанные в системе своей на логическом и эмоциональном убеждении) направлены на достижение этой локальной цели.

Именно поэтому столь ответственен следующий шаг тактической операции «ДСоС».

4. Проверка показаний лица, с которым решается вопрос о заключении ДСоС. В нем мы видим два аспекта. Первый аспект заключается в проверке достоверности показаний данного лица о самом его участии в совершении расследуемого преступления. Не секрет, что в не столь редких случаях подозреваемые, обвиняемые либо в силу своих личных качеств, либо в результате противоправного воздействия со стороны допрашивающих или сотрудников правоохранительных органов ложно оговаривают себя в причастности к совершению преступления.

В сущности, в этом отношении данный элемент представляет собой самостоятельную тактическую операцию, проведение которой, на наш взгляд, обязательно по всем уголовным делам, по которым имеются «признательные» показания подозреваемого, обвиняемого («проверка показаний лица, признавшего себя виновным в совершении преступления»). Ее содержание достаточно углубленно изучено в литературе, что позволяет нам здесь более подробно на ней не останавливаться[60].

---

[60] Наше мнение о содержании данной операции см.: *Баев О. Я.* Основы криминалистики. М., 2009 ; *Его же.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблемы качества права и правоприменения. См. также: *Китаев Н. Н.* Указ. соч. ; *Саньков В. И.* Тактические ошибки следователя при получении и проверке признания в убийстве (причины, предупреждение, нейтрализация последствий) : дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2003.

Второй аспект заключается в высокой вероятности ложного оговора подозреваемым, обвиняемым не причастных к совершению инкриминируемого ему преступления лиц.

Поэтому при проверке показаний лица, изъявившего желание оказывать содействие в расследовании группового преступления и в связи с этим дающего «признательные» показания о своих соучастниках, всегда следует иметь в виду, формулировать и проверять версию о полной или частичной недостоверности сообщенных этим лицом сведений.

Лгать, как известно, можно несколькими способами: не говорить правды; говорить неправду; перемежать правду с неправдой[61].

Если с учетом этого постулата (не ставя здесь перед собой задачи освещения психологических предпосылок оговоров и дачи заведомо ложных показаний[62]) дать развернутую классификацию содержания объяснений лица, заинтересованного в заключении с ним ДСоС, то в настоящее время она нам представляется такой:

1) показания допрашиваемого всецело соответствуют обстоятельствам совершения преступления; роли в нем каждого соучастника указаны объективно;

2) в объяснении доносчик, называя действительных своих соучастников, преуменьшает свою роль в совершении преступления за счет преувеличения степени их участия в преступлении;

3) доносчик, называя своих действительных соучастников, большую степень участия в совершении преступления возлагает на себя, преуменьшая тем самым степень участия и ответственности остальных лиц;

4) доносчик, называя в показаниях своих соучастников, отдельных из них скрывает, не сообщая о них вообще или сообщая о них вымышленные сведения;

5) доносчик скрывает своих действительных соучастников, называя в качестве таковых лиц, либо не причастных к совершению преступления, либо в принципе вымышленных;

---

[61] Эти возможные схемы вербального поведения лгущего человека достаточно подробно рассмотрены П. Экманом (см.: *Экман П.* Психология лжи. СПб., 2000).

[62] Они углубленно изучены в известных работах таких видных специалистов в области судебной психологии, как В. Л. Васильев, Г. Г. Доспулов, А. В. Дулов, А. А. Закатов, Д. П. Котов, О. В. Полстовалов, Н. И. Порубов, А. Р. Ратинов, Г. Г. Шиханцов и др.

6) донос всецело ложен; к совершению расследуемого преступления лицо, давшее «признательные» показания, отношения не имеет либо (что в таких ситуациях встречается чаще) совершенное им преступление не имеет группового характера.

Эти гипотетические предположения (типичные следственные версии) о возможном содержании показаний допрашиваемого в рассматриваемой ситуации формируют направления проверки таких показаний, а потому обусловливают методику и тактику всей деятельности органов уголовного преследования, связанной с показаниями лица, которое начало сотрудничать со следствием.

И здесь сразу же необходимо отступление, посвященное значению «фактов» и «обстоятельств» в структуре «признательных» показаний лица в рамках заключенного (заключаемого) с ним ДСоС.

Сразу скажем, что понятия «факты» и «обстоятельства» этимологически различны, далеко не равнозначны. «Словарь синонимов русского языка» определяет «факт» как «быль, событие, реальность». «Обстоятельство» же есть «положение, ситуация, конъюнктура, обстановка, состояние, картина»[63].

Один и тот же факт может произойти при различных обстоятельствах, не меняющих его существа – события объективной действительности, в нашем случае – совершения расследуемого преступления конкретной преступной группой.

Нет сомнений, что в процессуальном значении признание подозреваемым, обвиняемым своей вины – рядовое доказательство, которое подлежит комплексной оценке в совокупности со всеми другими доказательствами и обстоятельствами расследуемого дела. Однако в криминалистическом смысле показания этого лица, как правило, имеют уникальную ценность, содержат информацию, которую зачастую практически невозможно получить ранее из иных источников, добыть другими средствами доказывания.

Именно подозреваемый, обвиняемый (разумеется, если он действительно совершил преступление) является источником (иногда, повторим, по объективным причинам практически единственным) получения иных доказательств по многим существенным обстоятельствам, входящим в предмет доказывания. В силу этого уникального качества (как источник иных знаний и доказательств) во

[63] *Александрова Е. Е.* Словарь синонимов русского языка / под ред. Л. А. Чешко. М., 1975. С. 300, 382, 574.

многих случаях и являются незаменимыми «признательные» показания подозреваемого, по существу и в первую очередь обусловившие создание института ДСоС.

Факт однозначен. Он есть или его нет.

Событие преступления имело место или его не было. Лицо виновно в совершении преступления или невиновно. Называемые допрашиваемым лица в том или ином качестве участвовали в совершении преступления или к совершению преступления не причастны... Иного не дано.

И с этих позиций «факт» и «обстоятельство» – явления не только неоднопорядковые, но и в существе своем принципиально разные.

С позиций системного подхода факт – событие (явление) неделимое. В теории систем неделимым событием признается такое, которое не представляется в виде отдельных компонентов, имеющих независимые исходы. Неделимое событие имеет единственный исход[64]. Иными словами, если тот или иной факт, а точнее знание о нем является предметом определенного этапа расследования (в рассматриваемом случае – тактической деятельности следователя по заключению ДСоС с лицом, дающим «признательные» показания о своих соучастниках), то владеть совместно им нельзя.

Следственная и судебная практика показывает, что по весьма большому числу уголовных дел на определенном этапе расследования подозреваемые признавали свою вину в инкриминируемых им преступлениях, а затем от своих «признательных» показаний отказывались. Однако совокупность собранных в этом интервале доказательств, направленных на объективизацию их показаний, давала суду право постановлять в отношении этих лиц обоснованные обвинительные приговоры.

Однако передача знаний подозреваемым, обвиняемым следователю о самом факте совершения группового преступления с участием называемых им лиц – о событии, как мы сказали, неделимом – непосредственно расследования, предметом которого этот факт является, не завершает. Для завершения следователю необходимы достаточные знания об обстоятельствах, объясняющих совершившийся факт, об отношении последнего к совершенному факту, его последствиям и т. д.

---

[64] См.: *Коулмен Дж. С.* Системы социального обмена // Математика в социологии. М., 1977. С. 419.

При этом для следователя ситуация складывается несколько иначе. Данные обстоятельства в рассматриваемом нами узком смысле этого понятия во многом представляются событиями (явлениями) делимыми. Овладение знаниями о них, или, как пишет Дж. С. Коулмен, контроль над ними, означает полный контроль лишь над некоторой частью последствий обстоятельств[65].

А поскольку, повторим, факт может быть совершен при различных обстоятельствах, имеющих различную уголовно-правовую и доказательственную значимость, то на определенных этапах процесса установления следователем всех элементов предмета доказывания противодействующие стороны могут владеть знаниями об обстоятельствах совместно.

Из сказанного следует такая тактическая рекомендация.

Следователь, желая получить от подозреваемого, обвиняемого достоверные показания о совершении им группового преступления в соучастии с называемыми им лицами, может в этот момент допускать «вольную» интерпретацию допрашиваемым обстоятельств, которыми это лицо объясняет как сам факт совершения расследуемого деяния, так и степень своего в нем участия в названных нами выше направлениях.

Даже полагая, что подобное объяснение подозреваемого не соответствует истине, следователь, пока объективно не закрепит и не проверит сам факт совершения расследуемого деяния именно в называемом им составе преступной группы, на данном этапе расследования может не акцентировать внимание подозреваемого на данных, ставящих под сомнение обстоятельства совершения факта. Это процессуальная и тактическая задача следующего этапа раскрытия и расследования преступлений, начинающегося лишь после объективного овладения следователем знаниями о факте, в рассматриваемом случае – о групповом характере совершенного преступления в составе преступной группы.

Допуская подобное, следователь исходит из того, что в ходе дальнейшего расследования он сможет уточнить данные обстоятельства путем проведения очных ставок между доносчиком и названными им лицами, использования для этого иных доказательств, сформированных на основе информации, содержа-

[65] См.: *Коулмен Дж. С.* Указ. соч. С. 419, 420.

щейся в показаниях лица, с которым заключено (заключается) ДСоС[66].

Проверка достоверности показаний лица, с которым обсуждается вопрос о возможности заключения с ним ДСоС (или с которым оно уже заключено), неразрывно связана с непосредственным оказанием им содействия в изобличении своих соучастников в совершении расследуемого преступления; их выделение в отдельные элементы рассматриваемой тактической операции имеет условный характер.

Несомненно, достижение этой цели обусловливает в первую очередь необходимость максимально подробного допроса лица, дающего «признательные» показания о соучастниках инкриминируемого ему группового преступления.

Чаще всего, как показывает практика, по очевидным на то (в большинстве случаев психологическим) причинам такой допрос имеет повторный характер. Тактика подобных допросов подробно изучена в монографической и методической литературе, посвященной производству этого следственного действия (в том числе при расследовании преступлений отдельных видов и категорий)[67]. Поэтому здесь лишь вкратце напомним наиболее принципиальное тактическое положение такого допроса в рассматриваемой следственной ситуации. Он должен касатьсявсех обстоятельств (и всех их нюансов), начиная со стадии создания преступной группы и приготовления к совершению преступления (каждого из расследуемых преступлений, если они были совершены неоднократно). При этом основное внимание должно уделяться выяснению тех из обстоятельств, которые в дальнейшем могут быть объективно подтверждены (или опровергнуты в случае ложного доноса).

---

[66] Думается, при этом есть возможность довольно широкого варьирования обстоятельств, связанных как с криминальными, так и с посткриминальными условиями и ситуациями совершения и расследования преступлений, в рамках реализации ряда известных тактических приемов допроса: «смещение акцентов», «использование свойств личности» и др. См. о них: *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика. М., 2003. С. 216–244 ; *Его же.* Тактика следственных действий. М., 2013.

[67] См., например: *Зорин Г. А.* Руководство по тактике допроса. М., 2001 ; *Порубов Н. И.* Допрос в советском уголовном судопроизводстве. Минск, 1973.

Безусловно, что во многом такая возможность предопределяетсявидом расследуемого преступления (в криминалистическом значении этой категории), обстановкой и способом совершения конкретного преступления.

К примеру, полученные от допрашиваемого показания о том, что в определенный момент (непосредственно перед совершением преступления либо после того) тот или иной соучастник пользовался сотовым телефоном (звонил или отвечал на звонок), в современных условиях легко проверяются получением от телефонной компании сведений о месте нахождения в этот момент проверяемого телефона. (В принципе возможна проверка этого обстоятельства техническими средствами и при невключенном телефоне, но когда телефон «на связи», эта работа значительно облегчается.)

Не менее сложно путем производства соответствующих известных следственных действий может быть осуществлена проверка показаний допрошенного о том, что некий документ при совершении группового преступления, имеющего экономический и (или) должностной характер, изготовлен и (или) подписан называемым им соучастником.

Показания допрашиваемого о том, что определенные ценности, орудия преступления и т. п. находятся у называемого им соучастника, просто проверить путем производства обыска, других следственных действий.

Нет также сомнений, что проверка достоверности сообщаемых в этой ситуации допрашиваемым сведений, в том числе о структуре преступной группы, роли каждого ее участника в совершении расследуемого преступления (преступлений), обусловливает проведение комплекса соответствующих оперативно-розыскных мероприятий.

При всем нашем скептическом отношении к доказательственной сущности тестовых проверок на полиграфе[68] мы считаем, что

[68] Мы присоединяемся к мнению, сформулированному в результате обсуждения «проблемы полиграфа» на круглом столе, проведенном Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации В. П. Лукиным : «Все известные науке психо-физиологические закономерности являются вероятностными, при этом ни одна из теорий, обосновывающих эффективность применения полиграфа в работе с кадрами и расследовании преступлений, не может считаться универсальной и общепризнанной. Когда нет ответа на

лицо, изъявившее желание оказать содействие следствию в изобличении своих соучастников «в обмен» на заключение с ним ДСоС (при условии, что он сообщает достоверные сведения), даст свое согласие и на проведение таких испытаний. А потому проведение этих испытаний следует включать в план проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении данного подозреваемого, обвиняемого.

Отказ от прохождения такой проверки или ее отрицательные, по мнению специалиста-полиграфолога, результаты могут быть расценены как дополнительное основание версии о недостоверности – если не о заведомой ложности в целом – сообщенных допрашиваемым лицом сведений.

Другим наиболее распространенным приемом проверки достоверности «признательных» показаний подозреваемого, обвиняемого является проведение очных ставок между ним и лицами, которых он называет в качестве своих соучастников по совершению преступления (преступлений).

Помимо проверки объективности показаний лица, оказывающего в этой ситуации содействие следствию, и достижения «твердости» в этом его позиции, тактической целью проведения этих следственных действий являются как устранение существенных противоречий в показаниях допрашиваемых на очной ставке лиц, так и «демонстрация» изобличаемому фигуранту по делу наличия обвиняющих его доказательств.

Данное следственное действие характеризуется повышенным тактическим риском: допрашиваемый, ранее давший достоверные показания о проверяемом обстоятельстве, под психологическим воздействием второго участника очной ставки может их существенным образом изменить либо отказаться от ранее данных показаний в целом.

главный вопрос – насколько психо-физиологические закономерности, явления и процессы, положенные в основу прикладных методов выявления, возможно скрываемой человеком информации, предопределяют их валидность и надежность (гарантируя с этой точки зрения защиту прав граждан), идею принятия «закона о полиграфе» (ином подобном отдельно взятом приборе или технологии) приходится признать откровенно популистской» (Пресс-релиз от 03.11.2011 // Библиотека криминалиста. Научный журнал. Вып. 1 (2). 2012. С. 371).

Вследствие этого дадим несколько замечаний тактического характера.

Во-первых, проведение таких очных ставок возможно при условии, что подобный их результат представляется следователю минимальным.

Во-вторых, проведение очных ставок между названными лицами (об этом мы упоминали выше) возможно лишь при условии, что это не может повлечь негативных последствий для предпринимаемых в отношении лица, содействующего изобличению соучастников, мер безопасности.

В-третьих, очные ставки в случае их необходимости могут производиться как до заключения с таким лицом ДСоС (это нам представляется предпочтительным), так и после заключения ДСоС, позволяя в этом случае подозреваемому, обвиняемому выполнять принятые на себя в соответствии с соглашением обязательства.

С учетом этих замечаний, принимая решение о проведении очной ставки, следователь должен тщательно готовить содействующее ему лицо к участию в ее проведении. Может быть, необходимо составлять и обсуждать с данным лицом некий сценарий его участия в очной ставке, включающий, к примеру, следующие параметры:

1) какие и в какой последовательности вопросы будут выясняться на очной ставке; как на них отвечать;

2) как отвечать на вопросы, которые могут быть заданы ему изобличаемым им лицом и его адвокатом (если последний будет принимать участие в проводимой очной ставке);

3) на какие их вопросы и с какой мотивацией ему целесообразно отказываться отвечать.

При этом необходимо (и это представляется принципиально важным) вновь предупредить данное лицо о его обязанности во исполнение достигнутого (достигаемого) соглашения о сотрудничестве давать только правдивые показания, о возможности в противном случае расторжения такого соглашения (с разъяснением последствий этого для его уголовной ответственности).

Лицо, с которым было заключено и реализовано ДСоС, должно допрашиваться в суде по уголовному делу, из которого в его отношении дело было выделено, иначе принципиально нарушаются права подсудимых (по «основному» делу) на защиту.

А так как судебное следствие в большей своей части есть не что иное, как перекрестные и шахматные допросы[69], думаем, что изложенное выше может являться и частью реализации этой же тактической операции, планируемой и проводимой уже не следователем, а государственным обвинителем.

Приведем пример из опубликованной практики, имевший место еще до законодательного оформления института ДСоС, который, однако, представляет определенный интерес для изучаемой здесь проблемы.

После отмены оправдательного приговора и направления в суд для повторного рассмотрения уголовного дела об убийстве, совершенном группой лиц, по которому лишь один из подсудимых – Д. ранее давал «признательные» показания, государственным обвинителем была запланирована и осуществлена тактическая операция, обусловленная сложившейся криминалистической ситуацией. Она включала следующие взаимосвязанные и взаимообусловленные оперативные мероприятия, судебные действия следственного характера и тактические приемы их осуществления.

1. До начала рассмотрения дела в следственном изоляторе была проведена подготовительная работа с Д. Его допрос отрепетировали: был обыгран каждый вопрос и каждый ответ. Никаких сомнений и предположений и никаких подробностей в его роли не должно было быть, ведь преступление было совершено пять лет назад.

2. С Д. договорились, что он будет допрошен первым, сразу после вступительного слова прокурора (дело рассматривалось с участием присяжных заседателей) и определения порядка исследования доказательств.

3. В судебном заседании Д. после свободного рассказа (в сути своей содержащего ранее отрепетированные ответы) в соответствии с обговоренным с государственным обвинителем планом от дачи дальнейших показаний отказался. Более он не давал показаний до конца судебного следствия, не отвечая ни на вопросы прокурора, ни на вопросы защиты.

4. Только в конце судебного следствия Д. согласно плану ответил на вопросы своего адвоката (у нас нет сомнений, что государственным об-

[69] См.: *Александров А. С., Гришин С. П.* Перекрестный допрос в уголовном процессе. Н. Новгород, 2007 ; *Кисленко С. Л., Комиссаров В. И.* Судебное следствие : состояние и перспективы. М., 2003 ; *Корчагин А. Ю.* Основы криминалистического обеспечения судебного разбирательства уголовных дел. М., 2009 ; *Питерцев С. К., Степанов А. А.* Тактика допроса на предварительном следствии и в суде. СПб., 2001.

винителем линия поведения Д. была согласована не только с ним, но и с его защитником).

«Остальные доказательства стороны обвинения, – отмечает в статье с символическим названием «На ошибках учимся» описавший эту тактическую операцию Ю. Р. Гершевский, – «нанизывались» в строгой последовательности на показания Д. – одно за другим, от общего к частному. Каждое следующее доказательство подтверждало правдивость показаний Д.».

Итог проведения этой операции был следующий. «Если при первом рассмотрении этого уголовного дела в 2007 г. был вынесен оправдательный вердикт, причем с разгромным для государственного обвинения счетом 11–1, то при повторном его рассмотрении в 2009 г. вынесен обвинительный вердикт с совершенно обратным результатом: 1–11»[70].

Тут же оговоримся: приводя этот пример, мы условно абстрагируемся от очевидной дискуссионности самого проведения этой тактической операции, неоднозначности в оценке ее процессуальной и этической допустимости[71].

При наличии оснований для выдвижения версии о заведомо ложном доносе со стороны подозреваемого, обвиняемого в причастности оговариваемого им лица к групповому преступлению (а основания для этого имеются практически всегда) отдельным структурным элементом данного «шага» алгоритма тактической операции «ДСоС» следует признать предвосхищающую проверку алиби названного лица[72].

5. Предвосхищающая проверка алиби оговариваемых доносчиком лиц. Очевидно, что то, какое именно алиби в каждом конкретном случае может иметься у лица, оговариваемого в причастности к совершению группового преступления, в показаниях обвиняемого, заключившего ДСоС, предвидеть невозможно.

Однако, как показывает практика, имеющееся у оговариваемого в причастности к преступлению лица алиби (как и любое иное алиби) чаще всего может быть подтверждено:

---

[70] *Гершевский Ю.* На ошибках учимся // Законность. 2010. № 3. С. 29, 30.

[71] Наше мнение о допустимости/недопустимости «подготовки» государственным обвинителем лиц к участию в судебном следствии см.: Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. С. 218–221.

[72] Очевидно, что здесь мы имеем в виду групповые преступления, механизм совершения которых требует непосредственного нахождения их исполнителей в определенное время в определенном месте.

1) свидетелями из числа его родственников, близких и друзей, с которыми обвиняемый мог находиться в момент преступления, в причастности к совершению которого он, возможно ложно, оговаривается;

2) документами, свидетельствующими о нахождении этого лица во время совершения преступления в другом месте, в том числе документами цифровыми, о специфике проверки которых будет говориться ниже.

Очевидно, что для прогностической проверки возможного алиби необходимо допросить самый широкий круг близких оговариваемому людей о том, не находился ли допрашиваемый во время совершения преступления совместно с данным лицом, и если находился, то где именно.

Эти допросы должны быть максимально детализированы: у допрашиваемого следует выяснить не только сам факт присутствия/отсутствия подозреваемого, обвиняемого в его обществе в интересующее следствие время (время совершения преступления), но и то, где сам свидетель находился в это время, чем занимался, с кем общался и т.п.

Выяснение этих обстоятельств обусловливается необходимостью соблюдения принципа «двойной» проверки алиби, о котором речь пойдет ниже.

Необходимо также «опережающее» истребование сведений из соответствующих источников, как минимум, о том:

1) не находилось ли данное лицо на работе (либо в служебной командировке) во время, исключающее его соисполнительство в совершении преступления;

2) не приобретался ли им билет (автобусный, железнодорожный, авиационный) на время, также объективно исключающее возможность исполнительства преступления, требующего его нахождения на месте его совершения;

3) не пересекало ли это лицо государственную границу в то же время.

Нахождение лица в конкретном месте в определенное время может быть проверено подтверждением так называемого цифрового алиби.

Сущность его сводится к установлению факта, что данное лицо в момент группового преступления, к соисполнительству в совер-

шении которого оно оговаривается обвиняемым в рамках заключенного ДСоС, например, работало на стационарном персональном компьютере, расположенном в отдаленном от места происшествия помещении; либо того факта, что в искомый момент лицо находилось далеко от места происшествия и вело переговоры по сотовому телефону[73], и т. п.

Проверка такого выдвинутого алиби (либо тем более алиби, которое, как предполагает следователь, может быть выдвинуто обвиняемым в дальнейшем) весьма специфична, требует не только использования специальных познаний, но и (что значимо в рассматриваемом отношении) длительного для ее осуществления времени.

К примеру, в первом случае проверка обусловливает необходимость предвосхищающего осмотра с названной целью «содержимого» стационарного персонального компьютера, находящегося во владении (в пользовании) подозреваемого, обвиняемого, выемки компьютера для предупреждения фальсификаций имеющейся в нем информации и времени ее создания; во втором, как минимум, истребования тарификации переговоров, осуществлявшихся в интересующее следователя (суд) время, с привязкой ее к базовым станциям обслуживания соответствующей компании сотовой связи[74].

При «предвосхищающей» проверке возможного алиби проверяемого на основании показаний обвиняемого, заключившего ДСоС, следует неукоснительно соблюдать основной принцип проверки алиби: любое алиби нуждается по крайней мере в двойной проверке.

А это означает, что и в рассматриваемых ситуациях следует (в зависимости от обозначенных выше способов обоснования лицом наличия у него алиби):

1) проверять алиби лиц, которые в дальнейшем могут подтверждать алиби подозреваемого, обвиняемого (иными словами, могли

---

[73] Установление базовой станции, обслуживающей эти телефонные беседы, может подтвердить имеющееся у него алиби.

[74] См.: *Иванов Н. А.* Применение специальных познаний при проверке «цифрового алиби» // Информационное право. 2006. № 4 (7) ; *Пономарев И. П.* Цифровое алиби // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 12. Воронеж, 2010 ; *Его же.* Тактика допроса лица, ссылающегося на «цифровое алиби» // Теория и практика судебной экспертизы и криминалистики. Вып. 10. Харьков, 2010.

ли они сами в исследуемое следователем (судом) время находиться вместе в определенном месте);

2) проверять подлинность и достоверность документов, которыми подтверждается алиби (либо которые могут быть использованы для его подтверждения);

3) при проверке возможного заявления подозреваемым, обвиняемым «цифрового алиби» (применительно к выделенным выше случаям) путем допросов соответствующих лиц выяснить, кто работал или мог работать на его стационарном компьютере в исследуемое следователем (судом) время; кто использовал или мог использовать в это время телефон сотовой мобильной связи подозреваемого, обвиняемого.

Очевидно, что такой проверке должно предшествовать выяснение этих же обстоятельств при допросе лица, в отношении которого есть основания полагать, что оно в дальнейшем может себе заявить алиби, подтверждая его одним из названных выше способов.

Из чувства научной корректности скажем: многие следователи из числа тех, с которыми автор настоящей работы обсуждал проблемы криминалистического обеспечения ДСоС, весьма скептически относятся к необходимости предвосхищающей проверки возможного алиби лица, оговариваемого обвиняемым, с которым заключено ДСоС (да и во всех иных случаях оговоров в причастности к совершению группового преступления). Основной их довод состоит в том, что такая проверка необоснованно усложняет процесс расследования.

Однако мы не вправе с этим мнением согласиться. Формулируя данную рекомендацию, мы не столько основываемся на праксиологических соображениях об оптимизации деятельности следователя, сколько учитываем негативные социально-психологические последствия для ложно оговариваемого лица в результате его уголовного преследования.

В первую очередь имеется в виду применение к нему мер процессуального принуждения и производства следственных действий принудительного характера (задержание, избрание меры пресечения, проведения обыска в жилище и т. д.).

Предвосхищающая проверка алиби оговариваемого в показаниях подозреваемого, обвиняемого, с которым заключено (или заключается) ДСоС, лица в случае достоверности этих показаний в

дальнейшем существенно облегчит процесс изобличения оговариваемого в совершении преступления, в частности путем затруднения возможности создания им для себя ложного алиби.

6. Принятие мер безопасности в отношении лица, с которым заключено ДСоС, его родных и близких. В силу повышенной значимости обеспечения безопасности лица, с которым заключается ДСоС, и близких ему лиц законодатель предусмотрел целый комплекс специальных мер. К ним относится не только возможность (а в соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 – обязанность) рассмотрения уголовного дела по его обвинению в отдельном производстве, но и сокрытие установочных данных о нем в деле, из которого дело в отношении этого лица выделено. Более того, такие данные могут скрываться от потерпевшего по делу по его обвинению (что нам представляется крайне некорректным с позиции обеспечения прав и законных интересов лица, пострадавшего от преступления).

Этой проблеме посвящена самостоятельная норма, отсылающая к иным положениям УПК РФ и другим нормативным актам, регламентирующим применение определенных мер безопасности участников уголовного судопроизводства.

Статья 3179. Меры безопасности, применяемые в отношении подозреваемого или обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве

1. При необходимости обеспечить безопасность подозреваемого или обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, его близких родственников, родственников и близких лиц применяются меры безопасности, предусмотренные статьей 11 и пунктом 4 части второй статьи 241 настоящего Кодекса.

2. На подозреваемого или обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, распространяются все меры государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, предусмотренные федеральным законом.

В соответствии с названными выше законодательными актами диапазон мер безопасности крайне широк. Он включает как производство следственных действий с лицом под присваиваемым ему псевдонимом, отдельных данных действий в условиях, исключающих визуальный контакт, так и возможность конфиденциального

переселения защищаемых лиц на другое место жительства, замены документов, удостоверяющих личность, изменения идентификационных признаков внешности и др.[75]

В. А. Образцов (со своими соавторами) рассматривает и подробно исследует сущность этих мер безопасности как элемента системы организационно-тактического дезинформирования класса фикций[76].

Нет сомнений, что необходимость и сущность мер безопасности, которые будут применяться к лицу, с которым заключается ДСоС, должны не только детально обговариваться с ним при обсуждении условий ДСоС, но и включаться в содержание составляемых по этому поводу процессуальных документов[77].

В отдельных ситуациях следователю в целях обеспечения безопасности лица, с которым заключено ДСоС, необходимо решить вопрос о возможности изменения ему меры пресечения на ту, которая наиболее рационально соответствует этой цели.

4 октября 2010 г. П. и М., обвиняемые в совершении ряда преступлений по сговору с Р. и А. (в отношении всех четверых была избрана мера пресечения в виде содержания под стражей), заявили ходатайства о заключении ДСоС, поставив в качестве одного из условий такового изменение им меры пресечения. Ходатайства этих лиц были прокурором удовлетворены, но мера пресечения по основанию тяжести инкриминируемых им преступлений была оставлена прежней – содержание под стражей.

Свои условия (оказание содействия в изобличении соучастников) данные лица выполнили.

20 октября 2010 г. М. и П. были найдены мертвыми в камере СИЗО. Причиной смерти стало удушение. Рядом с убитыми была обнаружена записка: «Собаке – собачья смерть»[78].

---

[75] См. ст. 6, 10 Федерального закона от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

[76] См.: *Образцов В. А., Бертовский Л. В., Бертовская Н. Л.* Дезинформирование в криминальной, оперативно-розыскной и следственной практике. М., 2010. С. 127 и след.

[77] В постановление следователя, в само соглашение, заключаемое со стороны обвинения прокурором, в его представление об особом порядке проведения судебного заседания.

[78] URL: http://www.liveexpert.ru/topic/view/243846-dosudebnoe-soglashenie-o-sotrudnichestve

Реализация анализируемого элемента рассматриваемой тактической операции обусловливает необходимость, во-первых, повышенной осторожности со стороны следователя при использовании информации, полученной от лица, с которым заключено досудебное соглашение, при производстве следственных действий с изобличаемыми с ее помощью фигурантами по делу (трагический пример несоблюдения этой рекомендации приводился нами выше); во-вторых, теснейшего взаимодействия следователя как с лицами, осуществляющими оперативно-розыскную работу по делу, так и с оперативными сотрудниками ИВС, следственных изоляторов, в которых содержатся фигуранты по делу (в том числе лицо, с которым заключено ДСоС).

С содержательной стороны операции «ДСоС» существенную значимость имеет вопрос определения границ рационального использования в ходе расследования информации, полученной от лица, с которым заключено (или предполагается заключение) ДСоС.

На первый план при этом следует ставить интересы обеспечения безопасности информатора (лица, во исполнение условий соглашения дающего показания против своих соучастников группового преступления), в отдельных случаях даже вопреки интересам рационального осуществления расследования. Иными словами, всегда нужно учитывать возможные последствия для информатора необдуманного и преждевременного разглашения названной информации.

Негативные (более того – трагические) последствия несоблюдения этой тактической рекомендации проиллюстрируем примером из следственной практики.

Оперативный сотрудник склонил члена преступного сообщества к даче уличающих показаний, а затем предъявил запись показаний лидеру данного сообщества в целях подтверждения своей осведомленности о деятельности этого лидера.

На следующий день автор показаний был найден убитым и изуродованным, при этом весьма характерным способом, не оставляющим сомнений в мотивах убийства (ему был отрезан язык). «Более никто по этому делу, – пишет Е. В. Топильская, из статьи которой мы этот пример заимствовали, – уличающих лидера показаний не давал»[79].

[79] *Топильская Е. В.* Досудебное соглашение о сотрудничестве на примере модельного дела // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы). С. 254–255.

Нельзя также не учитывать известную с давних времен криминалистическую аксиому: на подозреваемых, обвиняемых, дающих в ходе расследования группового преступления «признательные» показания, как правило, оказывается массированное воздействие со стороны как непосредственно изобличаемых ими лиц, так и лиц (иногда организаций), представляющих их интересы. Заметим, что в ряде случаев противодействующие расследованию лица (органы, организации) могут при этом иметь и интересы, не совпадающие (полностью или частично) с интересами лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование.

Мы не случайно обратили внимание на то, что это положение известно с давних времен. Еще в опубликованной в 1533 г. Уголовной конституции Карла V (известной как «Каролина») содержалось следующее положение: «Когда имеется несколько арестантов, их надлежит отделить друг от друга, поскольку это возможно по тюремным условиям, дабы они не могли соглашаться между собой в сложных показаниях либо сговариваться о том, как они намерены оправдываться в своих деяниях»[80].

В одном из первых из известных нам отечественных практических пособий по методике и тактике расследования преступлений, опубликованном в 1846 г., давалась следующая рекомендация: «При спросе по одному делу нескольких человек, преступников или подозреваемых в преступлении, следователь не должен допускать сношений между спрошенными с неспрошенными еще; в противном случае первые могут условно направить ответы последних и тем уничтожат средства к раскрытию истины»[81].

Рекомендации по предупреждению того, чтобы фигуранты по делу «не могли соглашаться между собой в сложных показаниях», соблюдаются и в настоящее время, составляют часть тактики допроса.

К сожалению, сейчас данная рекомендация имеет процессуально-тактический характер лишь применительно к судебному допро-

---

[80] Цит. по: Хрестоматия по истории государства и права / сост. В. В. Ячевский. Воронеж, 1999. Т. 1. С. 393.

[81] Основные формы уголовных следствий, вообще принятых при их производстве. Собраны Д. Долговым в типографии военно-учебных заведений. СПб., 1846. Цит. по: Вестник криминалистики. 2009. Вып. 1 (29). С. 101.

су: «Свидетели допрашиваются порознь и в отсутствие недопрошенных свидетелей» (ч. 1 ст. 278 УПК РФ).

Логического объяснения, почему действующий УПК РФ не содержит этого «апробированного веками» положения (как то было закреплено в ч. 1 ст. 158 УПК РСФСР 1960 г.), мы не находим.

Названная часть гласила: «Свидетели, вызванные по одному и тому же делу, допрашиваются порознь и в отсутствие других свидетелей. При этом следователь принимает меры к тому, чтобы свидетели по одному и тому же делу не могли общаться между собой».

Из сказанного с очевидностью следует, что в структуру данного элемента тактической операции «ДСоС» должны входить средства, как исключающие подобное воздействие на лицо, с которым заключено такое соглашение, так и нейтрализующие последствия названного воздействия.

По очевидным причинам реализация этих средств возможна преимущественно в ходе проведения направленных на предупреждение и преодоление такого противодействия оперативно-розыскных мероприятий. Однако это отнюдь не означает, что следователь должен оставаться лишь пассивным наблюдателем происходящих событий. Информация, полученная в ходе проведенных с этой целью оперативных мероприятий, должна тактически грамотно использоваться следователем как при допросах лиц, по имеющимся сведениям оказывающих (или пытающихся оказать) воздействие на лицо, с которым заключено соглашение, так и при повторных допросах такого лица.

Информация, полученная при проведении контроля и записи переговоров, а также информация о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186, 186[1] УПК РФ) являются доказательствами, свидетельствующими об оказании такого противодействия. Нет сомнений, что они также могут быть использованы в тактическом плане при допросе этих лиц.

Как показывает современная правоохранительная практика, в деятельность по незаконному, а потому, по сути, преступному противодействию расследованию, к сожалению, все чаще вовлекаются адвокаты.

Адвокат Д. представил в администрацию следственного изолятора ордер юридической консультации, согласно которому он принял на себя защиту содержащегося в нем У.

В ходе беседы с подзащитным он стал настойчиво рекомендовать У. изменить свои показания в отношении Г., изобличаемого им в соучастии в убийстве, совершенном группой лиц, за что обещал передачу жене У. значительной денежной суммы.

Проверкой заявления У., поданного им в связи с этим инцидентом, было установлено, что с адвокатом Д. ни сам У., ни его родственники какого-либо соглашения об оказании юридических услуг не заключали.

Советом палаты адвокатов Д. был привлечен к дисциплинарной ответственности, хотя, думается нам, в отношении его должен был решаться вопрос о наличии в его действиях состава уголовно-наказуемого деяния.

Что касается мер безопасности, которые следует применить в отношении родственников и близких лиц участника соглашения, не менее активное взаимодействие требуется от следователя со службами, обеспечивающими выполнение Федерального закона «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

7. Предмет ДСоС и момент его заключения. Очевидно, что до получения от подозреваемого, обвиняемого (или после, или в процессе допроса – при его тактическом обеспечении) «признательных» показаний о групповом характере расследуемого преступления, составе преступной группы, роли каждого ее участника в преступлении с лицом, изъявившим согласие заключить ДСоС, обсуждается предмет этого соглашения.

О его содержании и о роли в обсуждении предмета ДСоС защитника данного фигуранта подробно говорилось в книге.

Временной интервал, в пределах которого сторона обвинения может по своему волеизъявлению (усмотрению) решать вопрос о заключении ДСоС, четко определен в ст. 3171 УПК РФ: с момента начала уголовного преследования до объявления об окончании предварительного следствия.

Казалось бы, каких-либо толкований в определении этого временного периода быть не может, однако практика показывает, что это не совсем так.

К примеру, Иркутский областной суд в январе 2010 г. возвратил уголовное дело прокурору для устранения препятствий рассмотрения дела судом по тому, в частности, мотиву, что один из обвиняемых заявил в суде о своем желании заключить ДСоС.

Отменяя это постановление, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в числе иных оснований для этого совершенно обоснованно указала, что суд не принял во внимание законодательно установленный временной интервал, в рамках которого возможно решение вопроса о заключении ДСоС[82].

И все же: когда с точки зрения следственной тактики следователю целесообразно решать вопрос о заключении ДСоС с подозреваемым, обвиняемым, изъявившим на то свое желание?

Анализ данного правового института приводит нас к следующим выводам и рекомендациям.

В отношении подозреваемого этот временной интервал ограничен периодом, в течение которого лицо находится в названном процессуальном статусе: с момента задержания лица в качестве подозреваемого или избрания лицу меры пресечения до предъявления ему обвинения.

Напомним эти законодательные положения.

«1. ...Обвинение должно быть предъявлено подозреваемому не позднее 10 суток с момента применения меры пресечения, а если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу – в тот же срок с момента задержания. Если в этот срок обвинение не будет предъявлено, то мера пресечения немедленно отменяется, за исключением случаев, предусмотренных частью второй настоящей статьи.

2. Обвинение в совершении хотя бы одного из преступлений, предусмотренных статьями 205, 205[1], 206, 208, 209, 210, 277, 278, 279, 281 и 360 Уголовного кодекса Российской Федерации, должно быть предъявлено подозреваемому, в отношении которого избрана мера пресечения, не позднее 30 суток с момента применения меры пресечения, а если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу – в тот же срок с момента задержания. Если в этот срок обвинение не будет предъявлено, то мера пресечения немедленно отменяется» (ст. 100 УПК РФ).

Иными словами, «обычный» временной интервал нахождения подозреваемого в данном процессуальном статусе ограничен 10 сутками со дня задержания подозреваемого или избрания лицу меры пресечения до предъявления обвинения.

Исключение составляют уголовные дела, возбуждаемые в отношении конкретных лиц, с этого момента приобретающих на не-

[82] См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 11. С. 29.

определенный, законодательно не ограниченный период, статус подозреваемого.

На наш взгляд, вряд ли это положение соответствует декларированному в ст. 61 УПК РФ принципу разумности сроков уголовного преследования, которые исчисляются с момента начала осуществления уголовного преследования до его завершения (прекращения уголовного преследования или вынесения обвинительного приговора).

Нам представляется, что указание в законе о возможности заключения ДСоС не только с обвиняемым, но и с подозреваемым (имеющим этот статус, как правило, весьма недолгое время) вполне рационально.

Нет сомнений, что именно в этот период с данным лицом наиболее интенсивно осуществляются следственные действия и в его отношении активно проводятся оперативно-розыскные мероприятия. В связи с этим в случае осознания следователем необходимости заключения ДСоС (о том, что следователь принимает такое решение в условиях «крайней» необходимости, мы писали выше) его направленная на то деятельность, как правило, может дать нужный эффект. При этом, несомненно, следует основываться на сложившейся психологической обстановке, связанной с осуществлением против подозреваемого уголовного преследования, на личностных характеристиках этого лица, на наличии в отношении его определенного объема изобличающих доказательств, а также использовать многие иные (подробно изученные в следственной тактике) приемы установления психологического контакта с допрашиваемым лицом.

Что касается момента заключения досудебного соглашения с обвиняемым, то, видимо, с тактических позиций он должен определяться несколько иначе, чем в рассмотренной выше ситуации.

Сроки нахождения лица в процессуальном статусе обвиняемого довольно длительны: с момента предъявления ему обвинения до завершения предварительного следствия по делу либо его прекращением, либо составлением по нему обвинительного заключения. Такими же длительными являются возможные сроки нахождения лица в процессуальном статусе подозреваемого в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела: с момента вынесения

следователем постановления о возбуждении уголовного дела до принятия процессуального решения либо о его прекращении, либо о предъявлении обвинения лицу, в отношении которого возбуждено дело.

После этого к данному лицу будут относиться положения о сроках возможного пребывании лица в процессуальном статусе обвиняемого (см. выше).

Складывающаяся при этом следственная ситуация обусловливает возможность для следователя более дифференцированно подходить к решению вышеназванных тактических проблем: есть ли необходимость заключения с кем-либо ДСоС; с кем из обвиняемых, подозреваемых наиболее целесообразно заключение соглашения; многих иных вопросов, входящих в структуру рассматриваемой тактической операции.

Более того, нам представляется, что собираемые за такой довольно длительный срок доказательства, убедительно изобличающие обвиняемого, подозреваемого в причастности его к расследуемому групповому преступлению, в случае следственной необходимости в заключении ДСоС дают возможность вновь (и неоднократно) обсуждать с этим лицом целесообразность принятия им такого решения.

И вновь напомним: с тактических позиций содержащееся в законе указание о том, что ДСоС может быть заключено до момента «объявления об окончании предварительного следствия», носит сугубо тактико-профилактическое значение – является зачастую достаточно действенным средством предупреждения возможных попыток нарушения лицом условий соглашения (отказа от своих «признательных» показаний, от ранее согласованного со следователем участия в очных ставках с изобличаемыми им лицами, в иных следственных действиях, направленных на проверку ранее сообщенной им в рамках соглашения информации, и т. п.). Если такие попытки со стороны данного лица до завершения расследования по делу не последуют, то лишь тогда, прежде чем ему будет объявлено об окончании предварительного следствия, такое соглашение с ним будет процессуально оформлено.

Не зная всех обстоятельств и несомненных особенностей расследования известного «кущевского» дела, очень сложно говорить

о необходимости, обусловившей заключение ДСоС с таким активным членом этого преступного сообщества, как Б., который обвинялся по шести статьям УК РФ (бандитизм, разбой и др.), в том числе в убийстве, как минимум, двух человек.

Но с точки зрения потерпевших – вдовы и матери убитых (как мы понимаем их позицию из публикаций в СМИ), заключение с Б. досудебного соглашения (исключающего возможность назначения ему наказания в виде пожизненного лишения свободы) спустя 10 месяцев после его задержания – когда следствие близилось к завершению, вряд ли объяснимо. Вот почему потерпевшие (родственники людей, убитых Б.) выразили свое несогласие с рассмотрением его дела в особом порядке[83].

Мы же полагаем, что столь позднее заключение с данным лицом ДСоС (если в том и имелась крайняя необходимость) может быть объяснено лишь ранее высказанными тактическими соображениями лиц, осуществлявших по этому уголовному делу уголовное преследование.

Нет сомнений, что содержание тактической операции «ДСоС» по конкретному уголовному делу во многом обусловливается складывающейся по нему на определенном этапе досудебного производства следственной ситуацией. Последняя, в свою очередь, будет формироваться в зависимости от того, исходит инициатива в заключении ДСоС от подозреваемого, обвиняемого и его защитника либо от следователя, сотрудников оперативно-розыскных служб, а также от того, какова степень информационной неопределенности к моменту возникновения необходимости планирования и осуществления данной следственной ситуации.

Содержание тактической операции данной направленности во многом будет предопределяться криминалистической спецификой методики расследования преступлений конкретного вида (насильственных с различной мотивацией, экономических, должностных и т. д.).

Таковыми нам в настоящее время представляются основные прагматические рекомендации по содержанию рассмотренной тактической операции.

Ее алгоритм можно отразить в следующем графическом виде:

---

[83] См.: Российская газета. 2011. 9 дек.; 13 дек.

Проверка показаний лица, с которым заключено (заключается) ДСоС
Предвосхищающая проверка алиби оговариваемых доносчиком лиц
Принятие мер безопасности к лицу, с которым заключено (заключается) ДСоС
Момент заключения досудебного соглашения о сотрудничестве
Принятие решения о необходимости заключения ДСоС
Обеспечение возможности заключения ДСоС с конкретным подозреваемым/обвиняемым
Согласование предмета ДСоС (обязательств сторон защиты и обвинения)
Получение от подозреваемого, обвиняемого «признательных» показаний в рамках предмета ДСоС

Предложенная последовательность осуществления отдельных шагов этого алгоритма может меняться в зависимости от конкретных обстоятельств расследуемого дела и от особенностей личности, в отношении которой планируется и реализуется тактическая операция «ДСоС».

Нет также сомнений, что тактическая операция «ДСоС» по мере дальнейшего формирования ее теоретических и прикладных основ позволит выявить и другие ее элементы.

Завершая нашу работу, повторим: отсутствие закона размывает границы между допустимым усмотрением при заключении и реализации «сделок с правосудием» (точнее, с лицами и органами, осуществляющими уголовное преследование) и следственным (судебным) произволом в этом отношении. Поэтому, по нашему убеждению, правовое формирование института ДСоС – факт, несомненно, позитивный. Лучше несовершенный закон (его можно улучшать по мере накопления практики его применения), чем отсутствие закона, вводящего в определенные рамки необходимое и допустимое усмотрение относительно принятия столь значимого решения, как заключение ДСоС с подозреваемым, обвиняемым, и создающего правовой механизм реализации этого соглашения. Исключительно в границах такого закона возможна и допустима поисковая, информационно-познавательная деятельность профессиональных субъектов уголовного судопроизводства.

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ СПЕЦИАЛЬНОЙ ПРЕВЕНЦИИ ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ПОКАЗАНИЙ

Методом «проб и ошибок» человечество пришло к единственно возможной в сколь-либо цивилизованном обществе гуманитарной составляющей уголовного судопроизводства – о применении лишь законных и нравственно допустимых способов и средств выявления, раскрытия и расследования преступлений.

Уже в середине XIX в. классик французской теории уголовного судопроизводства Фаустен Эли писал: «Лучший вид судопроизводства есть тот, который вернее других ведет к обнаружению истины; но к этому необходимо прибавить: не нарушая ничьих прав и не допуская неисправимой ошибки – неправильного осуждения. Мало еще, чтобы судопроизводство открывало истину, нужно, чтобы оно достигало ее с помощью одних справедливых средств и, стремясь к восстановлению нарушенного права, не нарушало притом других, еще более важных прав. Пытка была в прежние времена весьма действительным средством к открытию истины, но польза, приносимая ею, могла ли препятствовать отмене этого зла? […] Должно ли правосудие для достижения своей цели поль-

---

* Впервые опубликовано в сборнике: Проблемы предупреждения и расследования преступлений : прошлое и настоящее. Профессору Геннадию Федоровичу Горскому посвящается. Воронеж, 2014. С. 98–113.

Геннадий Федорович Горский имел серьезный опыт практической оперативно-розыскной и следственной работы. И потому далеко не случайно, что основные его публикации в, увы, краткой его научной жизни были посвящены проблемам предупреждения преступлений и оптимизации структуры и деятельности следственного аппарата в нашей стране. Автор надеется, что данная статья находится в русле идей незабвенной памяти Г. Ф. Горского – научного руководителя его кандидатской диссертации.

зоваться мерами, наиболее притеснительными? Нет; ибо в таком случае оно перестало бы быть правосудием»[1].

«Из принципа правового государства, – пишет уже в наше время известный немецкий криминалист Вернер Бойльке, – и ст. 611 Европейской конвенции (имеется в виду Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. – *О. Б.*) следует принцип «справедливого процесса», который вместе с требованием уважения человеческого достоинства устанавливает запрет на достижение правды любой ценой. В отличие от прежних столетий мы более не считаем, что «Цель оправдывает средства». ***Применение силы, обмана и пытки должно быть запрещено и в том случае, когда они могли бы помочь изобличить опасного преступника***» (здесь и далее выделено мной. – *О. Б.*)[2].

Об этом же настойчиво напоминает и современный израильский юрист Аарон Барак: «…Хотя мы и стремимся к истине в судебном процессе, мы не готовы достигать истины, принося в жертву человеческое достоинство. *Нанося обвиняемому жестокие удары, можно получить от него правдивое признание, но демократическое общество уже может сделать выбор в пользу освобождения такого обвиняемого, чтобы не поощрять насилия против него и других, находящихся в подобном положении»*[3].

Именно поэтому один из основополагающих принципов российского уголовного судопроизводства гласит:

1. В ходе уголовного судопроизводства запрещаются осуществление действий и принятие решений, унижающих честь участника уголовного судопроизводства, а также обращение, унижающее его человеческое достоинство либо создающее опасность для его жизни и здоровья.

2. Никто из участников уголовного судопроизводства не может подвергаться насилию, пыткам, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению (ст. 9 УПК РФ).

Тем не менее…

А. С. Александров приводит следующие весьма впечатляющие данные проведенного им (совместно с рядом коллег) опроса со-

---

[1] Цит. по: *Смолькова И. В*. Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. М., 2012. С. 21.

[2] *Бойльке Вернер*. Уголовно-процессуальное право ФРГ. Красноярск, 2004. С. 89.

[3] *Барак А*. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 350.

трудников оперативных аппаратов. 17,4 % опрошенных сообщили, что применяют в своей работе физическое насилие к подозреваемым, обвиняемым в совершении преступления с целью получения от них информации; 28,8 % – с той же целью применяют психическое насилие (обман, ложные обещания, запугивание). Объективность этих данных подтверждается тем, что они в целом коррелируются с результатами анкетирования Е. А. Авдеевой 150 осужденных, отбывающих наказание в местах лишения свободы, 66,3 % из которых сообщили, что на них в ходе предварительного расследования оказывалось неправомерное воздействие с целью получения показаний[4].

Проанализировав результаты своего исследования, А. С. Александров делает присущий стилю многих его публикаций эпатажный вывод: «Пытка есть элемент культуры (искусства) уголовного судопроизводства в современной России». И хотя такой вывод делается автором в сатирической зарисовке[5], но, как известно, «в каждой шутке есть доля шутки»…

Увы, если на карте России пометить цветным места (города, районы), в которых, согласно сообщениям СМИ, в последние годы выявлены факты полицейских пыток[6], она будет выглядеть как штабная схема боевых действий полиции против населения, безопасность которого она призвана обеспечивать. Именно поэтому при изучении любых (уголовно-правовых, криминалистических и пр.) проблем принуждения к даче показаний в уголовном судопроизводстве на первый план выходит создание обоснованной системы действенных средств и методов предупреждения (специальной превенции) этого феномена.

Небольшая, но представляющаяся необходимой оговорка.

По нашему пониманию науки криминалистики, в ее предметную область создание указанных средств и методов не входит. Изучение причин преступлений и конструирование средств и методов

---

[4] См.: *Авдеева Е. А.* Принуждение к даче показаний. Причины и меры предупреждения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 14.

[5] См.: *Александров А. С.* Пытка как реальность современного уголовного судопроизводства : (сатирическая зарисовка) // Практическое законоискусство. 2008. № 1. С. 29.

[6] Москва, Оренбург, Уфа, Казань, Кемерово, Владимир, Воронеж, Петербург… – практически везде…

их предупреждения, в том числе предупреждения преступлений отдельных видов, есть предметная область не криминалистики, а самостоятельной науки – криминологии[7].

Средства и методы пресечения и предотвращения преступлений в силу специфики таковых и реализации их вне рамок уголовного судопроизводства также изучаются и разрабатываются не криминалистикой, а иной научной дисциплиной – теорией оперативно-розыскной деятельности. Сказанное отнюдь не означает, что криминология и теория оперативно-розыскной деятельности не используют в своих исследованиях наработки науки криминалистики, как и не вызывает сомнений, что криминалистика, в свою очередь, активно использует и интерпретирует в своих целях, в частности при создании методик расследования преступлений отдельных видов, достижения названных научных дисциплин[8].

В то же время, смелость предложить сколь-либо «революционную» и теоретически обоснованную систему конкретных средств и методов предупреждения принуждения к даче показаний, видимо, в настоящее время никто на себя взять не в состоянии – ни криминалисты, ни представители других названных выше научных направлений. А потому лишь обозначим и, как представляется, несколько углубим ряд в целом традиционных направлений специальной превенции этого вида преступлений, большинство из которых неоднократно исследовалось в литературе (чаще всего, увы, в чисто ригористическом плане).

Сразу обратим внимание, что все эти направления превенции взаимосвязаны и взаимообусловлены, содержат в себе системы соответствующих нормативно-правовых и организационно-управленческих средств, методов предупреждения и предотвращения принуждения к даче показаний и рекомендаций по их реализации.

---

[7] Поэтому далеко не случайно, что подавляющее большинство известных нам монографий и диссертационных работ по проблемам предупреждения принуждения к даче показаний выполнены не криминалистами, а специалистами в области уголовного права и криминологии.

[8] Об этом подробнее см.: *Баев О. Я.* Основы криминалистики. 3-е изд. М., 2009 ; *Его же*. Методические основы и типовые программы расследования принуждения к даче показаний. М., 2013.

Так, к нормативно-правовым средствам мы относим следующие:

А. Дальнейшее совершенствование уголовного закона, криминализирующего различные виды и формы принуждения к даче показаний (ряд необходимых, на наш взгляд, в этом отношении корректив Уголовного кодекса обоснован и сформулирован выше).

Б. Обеспечение неукоснительного соблюдения уголовно-процессуальных положений о том, что каждому лицу с момента его фактического задержания либо в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении, должно быть разъяснено его право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников. Эти лица, как установлено внесенными в ст. 144 УПК Федеральным законом РФ от 4 марта 2013 г. изменениями, имеют право пользоваться и помощью адвоката.

Невыполнение данных требований Уголовно-процессуального закона – гласит постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. – «влечет признание объяснений лица, в отношении которого проводилась проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, а также показаний указанных лиц полученных с нарушением закона»[9]. Иными словами, любое объяснение и/или показание такого лица, полученное как на стадии доследственной проверки заявления/сообщения о преступлении, так и в процессе расследования уголовных дел, должно в преамбуле к нему содержать подписанное данным лицом уведомление о разъяснении ему его установленных прав.

Думается, соблюдение сотрудниками дознания и предварительного следствия данной рекомендации (которая, на наш взгляд, должна быть дополнительно закреплена в соответствующем нормативном акте) является особенно важным и целесообразным. Во-первых, это позволит подозреваемым (обвиняемым), лицам в необходимых, по их соображениям, случаях воспользоваться сво-

[9] О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2013 г. № 9 // Рос. газета. 2013. 24 апр.

ими правами, что, в свою очередь, может выступить предупредительной мерой, если не исключающей, то существенно снижающей вероятность их принуждения к даче показаний. Во-вторых, эта рекомендация не менее значима для оценки достоверности заявлений лица о том, что в отношении него такое принуждение оказывалось; как известно (и об этом также говорилось ранее), определенная часть таких заявлений носит заведомо ложный характер.

В. Нормативное изменение критериев оценки деятельности правоохранительных органов в отношении выявления, раскрытия и расследования преступлений.

На основе целенаправленного и углубленного изучения отечественной правоприменительной практики, анализа международного опыта в этом отношении формируется вывод, что создание системы таких критериев, снижающих значимость подобной – основной в настоящее время! – мотивации принуждения к даче показаний, видимо, возможно (чуть ниже об этой проблеме скажем подробнее).

Г. Нормативно-правовое обеспечение неотложного и объективного расследования (проверки) каждого заявления о принуждении к даче показаний, безотносительно процессуального статуса заявителя о принуждении его к даче показаний, будь это обвиняемый/подозреваемый в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, потерпевший от него или, наконец, свидетель по уголовному делу / проверочному материалу (а также представитель и законный представитель этого лица).

Неотвратимость наказания за каждый факт принуждения к даче показаний, неукоснительное привлечение каждого должностного лица, изобличенного в принуждении к даче показаний, к уголовной ответственности явятся серьезным «сдерживающим» фактором для подобного поведения со стороны других сотрудников этих органов. При этом, думается, существенное значение в рассматриваемом здесь отношении будет иметь назначение подсудимому соответствующего степени его вины в принуждении к даче показаний наказания, по нашему убеждению, более строгого, чем то, которое, как показывает судебная практика, до последнего времени применяется по таким делам. Сопрягаться это должно с широким освещением подобных приговоров в СМИ в целом и в среде правоохранителей в частности (например, посредством специального

обсуждения каждого такого приговора, независимо от региона, в котором он постановлен, на оперативных совещаниях в правоохранительных органах).

Основными организационно-управленческими направлениями специальной превенции принуждения к даче показаний, по нашему мнению, являются следующие.

А. Повышение требований к личностным социально-психологическим, нравственным и интеллектуальным качествам лиц, зачисляемых на службу в правоохранительные органы, и проходящих в них службу, связанную с выявлением, раскрытием и расследованием преступлений.

В этом отношении особого внимания, на наш взгляд, заслуживают проблемы психолого-психиатрической реабилитации сотрудников правоохранительных органов, определенное время служивших в «горячих точках», а потому принимавших участие в вооруженных конфликтах. Как показывают материалы изученных уголовных дел, именно эти лица, более чем другие сотрудники полиции, склонны к применению физического насилия в процессе принуждения потерпевших к даче показаний.

Б. Качественное изменение профессиональной подготовки (и периодической переподготовки) сотрудников органов уголовного преследования (лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и расследующих преступления). При этом особую значимость имеет не только углубленное изучение допустимости использования конкретных тактических методов, средств и приемов оперативно-розыскной деятельности и тактики производства следственных действий (соответственно) как таковых в целом. С прагматических позиций, как представляется, главным здесь является то, чтобы обучающиеся осознанно «впитали в себя» как минимум два следующих тезиса, «прониклись», так сказать, их содержанием.

Тезис первый. Преступление может считаться раскрытым, а предварительное расследование успешно завершенным лишь тогда, когда виновность признавшегося в его совершении лица достоверно и объективно подтверждена достаточной совокупностью изобличающих его доказательств.

Приведем пример из практики.

В 1982 г. была изнасилована и убита 11-летняя Лена М.

В 1988 г. за совершение ряда убийств по сексуальным мотивам был задержан Фефилов, который признал себя виновным и в убийстве Лены М., совершенном 6 лет тому назад. Проверка объективности показаний Фефилова о совершении этого убийства именно им включала в себя следующее:

– проверка показаний подозреваемого на месте происшествия показала, что указанные им место сокрытия трупа М. и его поза полностью соответствовали тем параметрам, что отражены в протоколе осмотра, произведенного в 1982 г.;

– при осмотре туалета, куда он, по его словам, выбросил школьный портфель потерпевшей, тот был обнаружен и опознан родителями девочки;

– пенал, который, по его показаниям, он вытащил из этого портфеля и принес домой для своих детей, шесть лет спустя был изъят при обыске квартиры Фефилова; внутри него на подкладке обнаружили написанную фамилию потерпевшей М. – владелицы пенала;

– жена и дочь Фефилова подтвердили, что он принес этот пенал домой в 1982 г. и отмывал его от имевшихся на нем надписей;

– мать потерпевшей опознала данный пенал как принадлежащий ее погибшей дочери;

– почерковедческая экспертиза установила, что фамилия М. на подкладке пенала и некоторые другие имевшиеся на нем записи выполнены рукой потерпевшей Лены М.

Очевидно, что при таких обстоятельствах объективность показаний Фефилова о совершенном им убийстве М. сомнений вызвать не может.

Мы привели этот пример не только как успешный (можно сказать, классический) случай объективизации признательных показаний убийцы, полученных спустя столь длительное время после совершения им преступления.

Дело в другом трагическом факте.

В 1982 г., через несколько дней после убийства М., в результате принуждения к даче показаний, оказанного сотрудниками оперативно-розыскной службы, в совершении этого преступления признал себя виновным некий Хабаров. Несмотря на то, что его объяснения по делу были крайне противоречивы, свидетельствовали об отсутствии у него виновной осведомленности о существенных обстоятельствах преступления, в 1983 г. за убийство Лены М. Сверд-

ловским областным судом Хабаров был приговорен к смертной казни. В 1984 г. приговор приведен в исполнение[10]…

Любые «признательные» показания имеют доказательственную ценность лишь в одном – как источник получения других доказательств (как в приведенном примере); в любом ином случае их доказательственная значимость ничтожна. А потому само по себе получение от лица «признания» в совершении преступления, тем более путем применения с этой целью противозаконных средств и методов, в связи с этим просто нецелесообразно по рациональным, праксеологическим причинам.

Конечно же, будем реалистами, посредством принуждения зачастую (и об этом уже говорилось выше) от подвергающегося такому воздействию лица, действительно совершившего выявляемое, раскрываемое и расследуемое преступление (или причастного к нему), получаются показания достоверные. Заметим, что это наиболее характерно для ситуаций, когда в отношении потерпевшего к началу процесса принуждения его к даче показаний имеются достаточно серьезные оперативно-розыскные данные или некие доказательства о совершении/причастности этого лица к данному преступлению. Более того, такие «признательные» показания впоследствии могут быть подтверждены другими сформированными на основе их доказательствами.

Но…

Тезис второй. Одними из самых действенных средств специальной превенции принуждения к даче показаний со стороны сотрудников правоохранительных органов должны стать кардинальное изменение критериев оценки их деятельности, уход от ее оценки «в палочном выражении», а следовательно, изменение мотивации к совершению этих действий.

Изучение с этой целью следственной, судебной и адвокатской практики позволило вычленить ряд мотивов принуждения к даче показаний со стороны субъектов данных преступлений (чаще всего, осуществляемого сотрудниками оперативно-розыскных подразделений). Основным из таких мотивов, без сомнения, является *желание в краткие сроки отчитаться за раскрытие и расследование совершенного преступления.* Такая мотивация принуждения

[10] См.: *Китаев Н. Н.* Неправосудные приговоры к смертной казни : системный анализ допущенных ошибок. Иркутск, 2001. С. 31–44, 131–200.

к даче показаний для субъекта этого деяния особенно значима, когда преступление является насильственным, носит особо дерзкий и циничный характер либо приобрело широкий общественный резонанс.

Однако далеко не во всех случаях принуждения к даче показаний мотивация учиняющего эти действия лица (далее для краткости будем именовать его субъектом принуждения) столь «линейно карьерна»; зачастую им движет искреннее желание изобличить человека, который, по глубокому внутреннему убеждению данного сотрудника, и совершил расследуемое или выявляемое преступление. А потому неслучайно, что в качестве наиболее распространенных причин использования пыток в современной оперативно-розыскной практике опрошенные А. С. Александровым сотрудники указали: 1) отсутствие иной возможности раскрытия преступления; 2) дерзость, наглость преступников; 3) стремление установить истину по делу; 4) необходимость проверки «оперативной» информации[11].

В моем распоряжении имеется записка, которую ее автор тайно передал оговоренному им в соучастии в совершении кражи лицу (оба они содержались в одном следственном изоляторе); стиль и орфография записки сохранены:

«Здарова Дядя Юра! Не знаю помниш ты меня или нет я у тебя работал. Меня вывезли из зоны по вашему делу суда повсему, а также по моему. Комне в зону приезжали опера хотели чтобы я против тебя дал какиета показания я отказался, затем меня вывезли сюда и начались поездки в отдел там меня избивали но сельней всего на меня подействовал электра ток, меня били током и я невыдержал и подписал что хочет следователь с операми – что ты был сомной при кражи и совершили ее вместе. Меня вывозили в лес угрожали закинуть к петухам я не хотел чтобы так получилось, но они меня заставили. Я не знаю что былобы со мной еслиб я отказался они обещали создать мне очень плохие условия для меня в зоне Мне пришлось на тебя наговорить и окливетать.

Видит Бог я нехотел!

Прошу не держи на меня зла меня заставили».

Можно также предположить, что распространенность подобных противоправных деяний со стороны сотрудников уголовного розыска в некоторой (и достаточно серьезной) степени обуслов-

[11] См.: *Александров А. С.* Указ. соч.

ливается и спецификой контингента лиц, с которыми они «работают», взаимодействуют при раскрытии подобных преступлений. Это же зачастую влечет негативные изменения в социально-психологических качествах правоохранителей (в соответствующей литературе, как известно, именуемые признаками «профессиональной деформацией»).

В отношении сотрудников оперативно-розыскных служб, занимающихся борьбой с экономическими и коррупционными преступлениями, этот мотив, как правило, несколько модифицируется в *желание улучшить количественные показатели своей деятельности.* Обусловливается эта трансформация тем, что, как известно, основными критериями оценки деятельности органов БЭП, в отличие от сотрудников уголовного розыска, является количество не раскрытых, а выявленных преступлений.

Не только сама по себе «палочная» система оценки качества работы является одной из основных широко известных причин принуждения лиц к даче показаний со стороны сотрудников правоохранительных органов. Не меньшую, а может быть и большую опасность в этом отношении представляет планирование требуемого количества выявленных и раскрытых преступлений на определенный отчетный временной период, тенденция, несмотря на постоянную ее критику, увы, для этой системы «вечная».

Приведем иллюстрирующий сказанное пример из следственно – судебной практики.

Признаваясь в ложном оговоре директора колледжа в даче ему взятки, частный предприниматель Н. пояснил в суде, что сотрудники БЭП, выявив ряд допущенных им правонарушений, поставили перед ним как условие освобождения от ответственности – сообщать, кому он давал взятки. Он был вынужден назвать нескольких лиц из числа служащих органов самоуправления, которым он действительно давал взятки. Однако «работавший» с ним оперативный сотрудник пояснил, что эти взяточники ему в настоящее время не интересны, ему «по плану» нужно выявить взяточника в системе образования.

Именно поэтому Н. и написал заявление о даче взятки директору колледжа, в который год назад поступала его дочь, тогда как на самом деле фамилию этого человека он только слышал, но никогда его не видел.

Этот случай выглядит, как цинично это не звучит, достаточно «безобидным», если бы не его последствия, типичные, увы, для

подобных ситуаций: по данному делу – в виде задержания директора колледжа в качестве подозреваемого с последующим обращением следователя в суд об избрании ему меры пресечения в виде содержания под стражей (суд ходатайство следователя отклонил, обвиняемому была избрана мера пресечения в виде подписки о невыезде). Впоследствии в связи с отказом прокурора от обвинения данное уголовное дело судом было прекращено.

Эта же мотивация принуждения к даче показаний в отдельных случаях может трансформироваться в совершение соответствующих противоправных действий, имеющих, однако, противоположную направленность – сокрытие преступления для улучшения показателей их раскрываемости.

К примеру, начальник криминальной милиции одного из РОВД Республики Марий Эл – Кугергин признан судом виновным в том, что он для улучшения данных о раскрываемости требовал от потерпевшего по уголовному делу о совершенном в отношении него грабеже отказаться от своих показаний и сообщить, что преступления не было. С этой целью он угрожал потерпевшему применением насилия, привлечением к уголовной ответственности и лишением свободы[12].

Мы убеждены, что именно «палочная» система отчетности в системе правоохранительной деятельности в области борьбы с преступностью является основной причиной существующего феномена принуждения к даче показаний, выступая для субъектов этого преступления в качестве мотива. Однако, скажем прямо, иные эффективные критерии оценки качества данного вида деятельности, если и существуют, то, во всяком случае, нам не известны. И не только нам. «Готового и тем более исчерпывающего ответа на этот вопрос (о критериях оценки качества работы правоохранительных органов, в первую очередь органов внутренних дел. – *О. Б.*), – признается Уполномоченный по правам человека в РФ В. Лукин, – у Уполномоченного нет»[13].

Но, как и любая достаточно очевидная, лежащая на поверхности, версия, рассмотренный выше мотив противоправных принуж-

---

[12] URL: http://police-russia.info/index.php/2011/12/19/v-marij-el-ogranichili-svobodu-nachaln

[13] Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2009 год // Рос. газета. 2010. 20 мая. С. 22.

дений к даче показаний не охватывает, да и не может охватить, весь спектр их возможной социально-психологической мотивации. Так, вполне обоснованным представляется предположение автора приведенных выше результатов социологического опроса о том, что, «если через “судебную драму” общество лечит свои неврозы, то манипуляции с телами, которые так характерны для расследования, не могут не порождать желание, имеющее сексуальную природу, у тех, кто соприкасается непосредственно с обвиняемыми»[14]. Более осторожно, но, по сути, подтверждая это предположение, пишет и имеющий многолетний криминалистический опыт А. Н. Халиков, именующий этот мотив «инструментально-ситуационным». По его мнению, принуждение в этих случаях стимулируется личностными психологическими установками следователей и оперативных сотрудников: «В этом случае, как правило, применение насилия начинается для достижения “оперативных” или “процессуальных” целей, а завершается насилием ради удовлетворения собственных садистских наклонностей, иными словами, начинается собственный “азарт”»[15]. Сотрудники правоохранительных органов (о подготовке и переподготовке которых здесь идет речь, должны четко себе представлять, что нижней, «предельной» границей допустимости применения любого воздействия на лицо (в том числе и с целью получения от него «признательных» показаний) являются диспозиции норм уголовного закона, в рассматриваемых случаях – ст. 286 и 302 УК. И потому достижение ими даже такой «благой» социально одобряемой цели, как выявление, раскрытие и расследование преступлений, не может «окупить» реальную угрозу наступления для применяющих эти средства сотрудников правоохранительных органов уголовной за то ответственности.

Автор был свидетелем беседы одного умудренного опытом оперативного сотрудника полиции, который увещевал своих излишне «активных» молодых коллег: «еще ни одного опера не увольняли за плохую раскрываемость (преступлений), а многие из оперов за *такие* действия (избиение допрашиваемых. – *О. Б.*) на нарах парятся, на шконках сидят…» Как цинично не выглядит подобное

[14] *Александров А. С.* Указ. соч.

[15] *Халиков А. Н.* Криминалистический анализ, проводимый при выявлении должностных насильственных преступлений // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2013. Вып. 1 (6). С. 297.

объяснение (ни слова о гуманизме и этике!), с прагматических позиций оно имеет воспитательное значение; осознание сказанного, как представляется, может заставить оперативного сотрудника задуматься о целесообразности применения противоправных методов получения «признательных» показаний.

В. Создание организационно-технических условий, если не полностью исключающих, то существенно снижающих возможность принуждения к даче показаний и фальсификации основанных на них доказательств.

На данном направлении специальной превенции принуждения к даче показаний, носящем сугубо прагматический характер, также необходимо остановиться более подробно. В настоящее время проверка причастности лиц, подозреваемых или заподозренных в совершении преступления, осуществляется оперативными сотрудниками органов дознания и следователями сугубо инициативно и только по своим планам (в отдельных случаях между ними согласуемым). Поэтому средства, применяемые ими для раскрытия и расследования преступления (в том числе, возможно, носящие характер принуждения к даче показаний), практически никем не контролируются (методика расследования процесса и результатов такой «вседозволенности» и есть тема проведенного нами исследования). Они же избирают и места бесед с этими лицами, получения от них объяснений и показаний (о чем говорилось выше; чаще всего эти действия осуществляются оперативными сотрудниками в их служебных кабинетах).

Для предупреждения принуждения к даче показаний представляется актуальным и насущно необходимым создание во всех следственных, особенно оперативно-розыскных, подразделениях специальных кабинетов, лишь в которых возможна «работа» с лицами, задержанными по подозрению в совершении выявляемого, раскрываемого и расследуемого преступления либо заподозренными в причастности к нему. Эти кабинеты должны быть оборудованы средствами аудио-, видеоконтроля, позволяющими непрерывно фиксировать весь процесс беседы сотрудника со своим «клиентом», обстановку его допроса.

Кстати сказать, как о том можно судить по сообщениям ряда СМИ, в ряде стран, возникших на постсоветском пространстве, в полицейских участках принят формат open space – открытого окна,

– в соответствии с которым все сотрудники полиции беседуют с приглашаемыми ими лицами в кабинетах, разделенных между собой стеклянными перегородками. Несомненно, такое организационное устройство является эффективным средством недопущения неправомерного воздействия на допрашиваемого, а потому, думается, есть смысл внедрить подобную практику и в отечественных правоохранительных органах.

Позволим высказать и более радикальное предложение: закрепить в некоем правовом акте (может быть, даже в ст. 75 УПК) положение о том, что любые объяснения, «явки с повинной», показания, данные подозреваемым/заподозренным вне стен подобных помещений, должны признаваться недопустимыми для использования в процессе доказывания a priori.

Целесообразным будет являться и обязательная «гласная» фиксация камерами наружного видеонаблюдения момента (времени) прибытия любого лица (задержанного, доставленного, прибывшего по вызову) в здание соответствующего правоохранительного органа и его убытия из этого здания (если, конечно, этот человек не будет задержан; время задержания можно будет проверить по соответствующему протоколу).

Автор далек от иллюзий, что реализация данных предложений (многие из них давно действуют в ряде зарубежных стран) явится панацеей от всех ситуаций принуждения к даче показаний, но все-таки в некоторой степени это может снизить вероятность принуждения к даче показаний.

Кроме того, принятие предлагаемых правовых и организационно-управленческих мер во многом исключит достаточно широко распространенные «штатные» ложные утверждения лиц, отказывающихся от своих ранее данных «признательных» показаний на том основании, что они якобы давались в результате противоправного воздействия со стороны сотрудников органов дознания или следователя. Особо напомним: заведомо ложный характер такого заявления может быть установлен не иначе, как в результате объективного его расследования, осуществленного независимым от оговариваемых в заявлении сотрудников правоохранительных органов должностным лицом.

И здесь в контексте изучаемых проблем необходимо еще одно краткое отступление.

Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации В. Лукин считает необходимым, чтобы доказывание факта незаконного применения насилия осуществлялось не в уголовном, а в гражданском процессе, «где ответчиком выступал бы тот государственный орган, в штате которого состоит нарушившее закон должностное лицо». С одной стороны, реализация этого положения, по мнению Уполномоченного, «позволила бы обеспечить соблюдение презумпции невиновности упомянутого должностного лица», а с другой – «освободило бы пострадавшего от бремен доказывания». «Главное же в том, что в предложенной новой системе координат насилие как метод дознания и следствия потеряло бы всякий практический смысл». Увы, нам это вывод представляется излишне оптимистичным. Как минимум потому, что в настоящее время (воспользуемся словами председателя Московского городского суда О. А. Егоровой и, заметим кстати, приведенными в заявлении Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации В. Лукина в 2009 г.): *«...Если в суд представлен только составленный протокол, то мы верим документу. Когда слово милиционера против слова водителя, мы верим милиционеру»*[16] (выделено нами. – *О. Б.*).

Хотя, как видим, это «признание» одного из наиболее квалифицированных судей относится к рассмотрению судами административных правонарушений, в настоящее время оно – будем реалистами – всецело может быть экстраполировано и на проверку заявлений о принуждении к даче показаний, если бы таковая осуществлялась в порядке гражданского судопроизводства.

Без полноценного и, подчеркнем, объективного предварительного расследования с использованием всего присущего ему арсенала уголовно-процессуальных и криминалистических средств, достоверное установление факта принуждения к даче показаний, изобличение учинивших его сотрудников правоохранительных органов, по глубокому нашему убеждению, невозможно, а потому – невозможна целенаправленная с этих позиций специальная превенция принуждения к даче показаний.

---

[16] См.: Рос. газета. 2009. 21 окт.

«ПОВОРОТ К ХУДШЕМУ» В СУДЕБНОМ УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ*

Досудебное производство по уголовному делу, по существу своему, завершается итоговой квалификацией следователем расследуемого преступления с уголовно-правовых позиций. Она находит свое отражение и обоснование в утвержденном прокурором обвинительном заключении (если уголовное дело и/или уголовное преследование в результате предварительного расследования не прекращается; в последнем случае данные факты отражаются в соответствующем постановлении следователя).

Не менее важна (по причинам, о которых речь пойдет далее) промежуточная уголовно-правовая оценка события, ставшего объектом предварительного расследования. И следует признать, что на всех этих стадиях и этапах досудебного производства по уголовному делу возможны манипуляции следователя, которые мы характеризуем как злоупотребление следователя правом на уголовно-правовую оценку расследуемого события [1, с. 142–154].

Исследование обозначенного в наименовании нашей статьи аспекта проблемы хотелось бы начать с двух цитат из статьи профессора Ю. В. Голика. «Квалификация всегда есть цепь логичных рассуждений, завершающаяся выводом о соответствии того или иного деяния, совершенного субъектом (субъектами), определенному составу преступления, предусмотренному конкретной статьей Особенной части УК» [2, с. 23]. Данный постулат сомнений в своей гносеологической обоснованности, очевидно, вызвать не может (хотя, видимо, следует говорить о применении при квалификации преступлений не только диспозиций Особенной, но и положений Общей части УК).

---

* Впервые опубликовано: Вестник Самарского государственного университета. Гуманитарная серия. 2014. Вып. 11/2 (122) (в соавт. с М. О. Баевым).

В то же время «есть давно известный факт: если нескольким квалифицированным судьям дать материалы одного и того же дела, по которому уже есть судебное решение, то вынесенные ими решения совпадут с уже имеющимся в лучшем случае в соотношении один к пяти» [2, с. 24]. Мы не будем судить о точности этих соотношений, но, действительно, квалификация преступления во многих случаях – особенно когда уголовный закон использует бланкетные диспозиции, оценочные категории и понятия при квалификации отдельных деяний (например, «крайняя необходимость», «превышение необходимой обороны», «причинение смерти по неосторожности» и т.п.) – есть усмотрение соответствующего правоприменителя. На объективности и качестве усмотрения в этом отношении сказывается и профессиональный опыт этого лица, и его интеллектуальные и нравственные устои, и многие внутренние и внешние причины, лежащие в основе вывода о должной квалификации рассматриваемого им уголовно-наказуемого деяния.

Хотя, как известно, умысел от ошибочного субъективного суждения (и даже от «просто глупости») отличить нелегко, далеко не единичны случаи, когда неверная квалификация действий обвиняемого есть результат умышленного решения о том следователя. Скажем прямо, такие факты в практике досудебного производства по уголовному делу далеко не единичны. Распространяются они как на квалификацию преступления, инкриминируемого подозреваемому/обвиняемому, по признакам которого возбуждается уголовное дело, на отдельных этапах его расследования (особенно – на первоначальном этапе), так и на итоговую квалификацию действий лица, обвиняемого в совершении расследуемого преступления. И тогда подобное поведение следователя не может расцениваться иначе как злоупотребление правом на квалификацию события и/или инкриминируемого субъекту (субъектам) преступления. Мы не касаемся здесь ситуаций, когда неверная квалификация действий лица, совершившего преступление, предопределяется корыстными и другими сугубо личными интересами следователя и других лиц, осуществляющих уголовное преследование. В последних случаях они совершают соответствующие должностные преступления.

Мотивы таких злоупотреблений со стороны следователя, на наш взгляд, можно (естественно, условно) классифицировать на: мотивы тактические и мотивы стратегические.

К первым из них, как об этом можно судить по материалам практики, следует отнести желание следователя передать расследуемое им уголовное дело в другой следственный орган. Возможность этого предопределяется изменением предметной подследственности, обусловливаемой в этих случаях умышленно неверной квалификацией совершенного преступления. Очевидно, что в этой ситуации чаще всего речь идет о желании таким образом «избавиться» от необходимости расследовать преступление, по которому совершившие его субъекты к моменту принятия решения об умышленной неверной квалификации преступления не установлены вообще или изобличение по которому подозреваемого/обвиняемого представляет особую сложность.

Не исключается и противоположная мотивация такого тактического решения следователя: желание успешно завершить расследование уголовного дела о преступлении, лицо (лица), виновное в совершении которого, следователем, зачастую с неимоверными сложностями, было установлено и изобличено. В то же время, верная квалификация действия обвиняемого повлекла бы необходимость передачи этого дела в другой следственный орган в связи с изменением его предметной (или территориальной) подследственности.

Стратегическая мотивация умышленной неверной квалификации действий обвиняемого, а следовательно, злоупотребления следователем своим на то правом состоит в «организации» последующего рассмотрения расследованного уголовного дела (в соответствии с определяемой на основе квалификации преступления предметной подсудностью) в судебном органе, в котором легче «обеспечить» постановление по нему обвинительного приговора.

К примеру, как показывает правоприменительная практика, обычно достаточно «снисходительны» к недостаткам предварительного расследования суды районного звена. Суды же субъектов Федерации (областные, краевые и т.д.) более требовательны к качеству предварительного расследования (А. А. Кирилова в своем диссертационном исследовании такую тенденцию в деятельности следователя именует «коррекционализацией», и приходит к аналогичным выводам о ее причинах) [3, с. 16].

К сожалению, мы не исключаем возможности злоупотребления следователем правом на квалификацию уголовно противоправных

действий подозреваемого/обвиняемого и по неким диктуемым ему политическим мотивам – и в этих случаях она также носит стратегический характер.

Характерным примером этого из правоприменительной практики последних лет может явиться первоначальная квалификация действий «гринписовцев», 18 сентября 2013 г. напавших на российскую буровую платформу, как пиратства, что позволило избрать в отношении практически всех из них в качестве меры пресечения содержание под стражей. Хотя совершенно очевидно, что буровая ни морским, ни речным судном не является (а пиратство предполагает нападение именно на судно), в связи с чем в последующем действия этих лиц были переквалифицированы на хулиганство). В то же время, мы убеждены, что следователь СК РФ, расследовавший это, безо всяких сомнений, криминальное событие; прокурор, осуществляющий надзор за данным уголовным делом, не могли не знать уголовный закон, а, следовательно…

И противоположная ситуация из области «квалификации преступных действий». Нам представляется, что прав профессор, генерал-лейтенант милиции А. И. Гуров, когда «как юрист, основываясь на официальных заявлениях сотрудников Следственного комитета России», считает, что «действия экс-министра (А. Сердюкова. – *О. Б.*) должны квалифицироваться только как злоупотребление служебным положением», а не как халатность: «чиновник прямо отдавал противозаконные указания, причинившие значительный ущерб. Он прекрасно осознавал, что делает, и имел прямой умысел» [4].

Более двенадцати лет (с момента вступления в действие УПК РФ 2001 г.) рассматриваемая ситуация усугублялась тем, что суды не только были лишены права на возвращение уголовных дел прокурору для производства дополнительного расследования, но в целом отсутствовал правовой механизм реагирования суда при установлении им факта «занижения» следователем квалификации вмененных подсудимому преступных действий[1].

В то же время, введенный с 1 января 2013 г. апелляционный порядок обжалования судебных решений по уголовным делам

[1] Ранее один из авторов данной работы, как и ряд других специалистов в области уголовного судопроизводства, неоднократно обращал внимание на необходимость создания правового механизма «поворота к худшему» в судебном уголовном преследовании [5, 6].

предусматривает, что по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего, частного обвинителя, их законных представителей и (или) представителей обвинительный приговор, определение, постановление суда первой инстанции могут быть изменены в сторону ухудшения положения осужденного (ст. 389.24 УПК РФ; далее – УПК). «При этом – особо подчеркнуто в Постановлении Пленума Верховного суда РФ, – суд не вправе выходить за пределы доводов жалобы или представления» [7].

По приговору Ленинградского областного суда Б. был осужден по ч. 4 ст. 111 УК РФ к 8 годам лишения свободы. В апелляционном представлении государственный обвинитель и в апелляционной жалобе потерпевшая указывали, что суд необоснованно пришел к выводу об отсутствии у осужденного умысла на причинение смерти потерпевшему, просили приговор отменить, постановить в отношении Б. новый приговор, признав его виновным по п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ с этими доводами всецело согласилась, приговор суда в отношении Б. отменила и вынесла апелляционный приговор, согласно которому Б. был признан виновным по п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ, и ему было назначено наказание в виде пятнадцати лет лишения свободы [8, с. 12–13].

Мы не ставим перед собой задачи углубленного анализа данной законодательной новеллы. Однако, по нашему разумению, возможность в апелляционном порядке осуществления «поворота к худшему» отнюдь не означает, что при этом осужденному инкриминируется совершение преступления, от обвинения в котором он не защищался и на предварительном следствии, и в суде первой инстанции. В данном случае принцип разбирательства судом дела только в отношении обвиняемого и лишь по предъявленному ему обвинению (ст. 252 УПК) не нарушается. Следовательно, направлена эта новелла на исправление ошибок (а зачастую, прямо скажем,– злоупотребления правом в этом отношении) судов первой инстанции, состоящих в необоснованной переквалификации преступления подсудимого на более мягкую статью или/и назначение осужденному более мягкого наказания, чем он объективно заслуживает за совершенное преступление. В приведенном выше примере уголовное дело в отношении Б. изначально поступило для рассмотрения по существу в областной суд и надо полагать, что он предавался суду с квалификацией его действий по ч. 2 ст. 105 УК РФ.

Таким образом, введение института поворота к худшему в апелляционном порядке нельзя расценивать в виде правового механизма предупреждения возможности злоупотребления правом следователем, другими лицами, осуществляющими уголовное преследование в досудебном производстве, на уголовно-правовую квалификацию инкриминируемых обвиняемому деяний.

Рассматриваемая правовая коллизия стала некоторым образом разрешаться лишь в последние несколько лет.

Так, Федеральным законом от 26 апреля 2013 г. ст. 237 УПК была дополнена такими основаниями для возвращения судом уголовного дела прокурору, как:

1) после направления уголовного дела в суд наступили новые общественно опасные последствия инкриминируемого обвиняемому деяния, являющиеся основанием для предъявления ему обвинения в совершении более тяжкого преступления;

2) ранее вынесенные по уголовному делу приговор, определение или постановление суда отменены в порядке, предусмотренном главой 49 настоящего Кодекса, а послужившие основанием для их отмены новые или вновь открывшиеся обстоятельства являются, в свою очередь, основанием для предъявления обвиняемому обвинения в совершении более тяжкого преступления.

Однако при всей обоснованности и очевидной необходимости этих дополнений они рассматриваемую ситуацию в принципе не изменили, «полноценного» правового механизма «поворота к худшему» в судебном уголовном преследовании в исследуемом нами аспекте ими создано не было.

И лишь 21 июля 2014 г. с учетом позиции по данному вопросу Конституционного суда России статья 237 УПК была дополнена следующим положением, касающимся оснований возвращения судьей уголовного дела прокурору для устранения препятствий для его рассмотрения судом: «Фактические обстоятельства, изложенные в обвинительном заключении, обвинительном акте, обвинительном постановлении, постановлении о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера, свидетельствуют о наличии оснований для квалификации действий обвиняемого, лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, как более тяжкого преступления, общественно опасно-

го деяния либо в ходе предварительного слушания или судебного разбирательства установлены фактические обстоятельства, указывающие на наличие оснований для квалификации действий указанных лиц как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния» (п. 6 ч. 1 ст. 237 УПК).

Однако нам представляется, что в данной законодательной конструкции возможности «поворота к худшему» при судебном разбирательстве уголовных дел, таится одна достаточно очевидная «угроза» для объективности уголовно-правовой квалификации инкриминируемого обвиняемому преступления в стадии предварительного расследования. Суть ее заключается в том, что органы досудебного уголовного преследования (следователь/руководитель следственного подразделения, прокурор – при рассмотрении уголовного дела, поступившего к нему с обвинительным заключением) для «предотвращение» возникновения такой ситуации могут пойти по пути умышленного завышения уголовно-правовой квалификации инкриминируемых обвиняемому действий. А это, по нашему убеждению, нельзя расценивать иначе как злоупотребление указанных должностных лиц правом на определение уголовно-правовой квалификации действий субъекта, подвергающегося уголовному преследованию.

Подобная ситуация, напомним, имела место, когда существовал уголовно-процессуальный институт судебного возвращения уголовных дел для производства дополнительного предварительного расследования, и, по нашему разумению, явилась одним из оснований для исключения его из УПК. Подробное исследование причин, обоснованно обусловивших отмену института возвращения судом уголовных дел для производства дополнительного предварительного расследования – с широким использованием для того материалов уголовной статистики, проведено Б. Я. Гавриловым [8, с. 155–171].

Нельзя не обозначить и еще несколько проблемных аспектов возможного злоупотребления правом на квалификацию преступления при возвращении судом уголовного дела прокурору по данному основанию. В частности – и в первую очередь: обязательно ли выполнение органами предварительного расследования указаний суда о «повороте к худшему» в отношении подсудимого? В этом отношении еще одно дополнение, внесенное названным выше Законом в ст. 237 УПК, содержит следующее положение: «При возвращении уголовного дела прокурору по основаниям, предусмотренным

пунктом 6 части первой настоящей статьи, суд обязан указать обстоятельства, являющиеся основанием для квалификации действий обвиняемого, лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния. При этом суд не вправе указывать статью Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации, по которой деяние подлежит новой квалификации, а также делать выводы об оценке доказательств, о виновности обвиняемого, о совершении общественно опасного деяния лицом, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера».

Увы, при всей внешней правовой респектабельности этого положения, зная ментальность лиц и органов, осуществляющих в настоящее время досудебное уголовное преследование, мы с уверенностью можем предположить, что мнение суда о необходимости «поворота к худшему» в отношении подсудимого, будет неукоснительно ими выполняться. (Это предположение основано как на многолетних наших включенных наблюдениях за предварительным расследованием преступлений, так и на «неформальных» обсуждениях данной проблемы со следователями и прокурорами.) В то же время, – и на это обратили внимание сами судьи, с которыми авторы также обсуждали проблемы «поворота к худшему», – есть вероятность того, что судьи, не желая принимать итоговое решение по рассматриваемому делу, могут возвращать его прокурору для переквалификации действий подсудимого на более тяжкую статью по сугубо субъективным соображениям. В частности, лишь с той целью, чтобы после выполнения этих указаний суда органом, производящим по данному делу досудебное производство, оно подлежало бы рассмотрению в связи с изменившейся предметной подсудностью в другом соответствующем суде.

Мы полагаем, что в контексте обозначенных и многочисленных других проблем процессуальный механизм «поворота к худшему» при рассмотрении уголовного дела в суде нуждается в дальнейшем совершенствовании, что требует, как минимум, дальнейших целенаправленных углубленных его исследований. При этом, что не менее очевидно, следует творчески использовать имеющийся в этом отношении опыт уголовно-процессуального законодательства ряда стран ближнего и дальнего зарубежья.

Вот как проблема «поворота к худшему» в судебном уголовном преследовании решена, к примеру, в уголовно-процессуальном законодательстве ряда государств постсоветского пространства.

УПК Республики Беларусь:
Статья 301

«… 2. Если в ходе судебного следствия возникнет необходимость в изменении обвинения на более тяжкое либо в предъявлении нового обвинения, ухудшающего положение обвиняемого или существенно отличающегося по своему содержанию от ранее предъявленного обвинения, суд по ходатайству государственного обвинителя объявляет перерыв на срок до десяти суток для составления им нового постановления о привлечении в качестве обвиняемого в соответствии с требованиями статьи 241 настоящего Кодекса. При продолжении судебного разбирательства государственный обвинитель объявляет обвиняемому, его законному представителю, защитнику, если он участвует в судебном заседании, данное постановление и допрашивает его по новому обвинению. После допроса обвиняемого государственным обвинителем допрос обвиняемого по новому обвинению производят другие участники судебного разбирательства. Копию этого постановления суд вручает обвиняемому, законному представителю и защитнику и предоставляет им время, необходимое для подготовки к защите.

3. В случае предъявления государственным обвинителем в судебном заседании более тяжкого обвинения, влекущего изменение подсудности, суд принимает решение в соответствии с правилами статьи 278 настоящего Кодекса.

4. Суд вправе изменить квалификацию преступления независимо от позиции государственного обвинителя, если это не ухудшает положения обвиняемого и не требует изменения сущности обвинения».

УПК Киргизии
Статья 264. Пределы судебного разбирательства

«(1) Разбирательство дела в суде производится только в отношении подсудимого и лишь по тому обвинению, которое ему предъявлено.

(2) Изменение обвинения в суде допускается, если этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается его право на защиту.

(3) В случае изменения обвинения в суде на более тяжкое или существенно отличающееся от предъявленного обвинения, необходимости привлечения к ответственности других соучастников преступления, а также восполнения иных пробелов следствия суд по ходатайству прокурора, подсудимого или его защитника, потерпевшего или его пред-

ставителя откладывает разбирательство дела и передает его прокурору для производства следственных действий в связи с возникшими в суде новыми обстоятельствами и последующего ознакомления участников процесса с дополнительными материалами. После этого судебное разбирательство продолжается в общем порядке».

УПК Украины

Статья 338. Изменение обвинения в суде

«1. С целью изменения правовой квалификации и/или объема обвинения прокурор вправе изменить обвинение, если во время судебного разбирательства установлены новые фактические обстоятельства уголовного преступления, в совершении которого обвиняется лицо.

2. Придя к убеждению, что обвинение нужно изменить, прокурор после выполнения требований статьи 341 настоящего Кодекса составляет обвинительный акт, в котором формулирует измененное обвинение и излагает обоснование принятого решения. Копии обвинительного акта предоставляются обвиняемому, его защитнику, потерпевшему, его представителю и законным представителям. Обвинительный акт приобщается к материалам уголовного производства.

3. Если в обвинительном акте с измененным обвинением ставится вопрос о применении закона Украины об уголовной ответственности, предусматривающий ответственность за менее тяжкое уголовное преступление, или об уменьшении объема обвинения, председательствующий обязан разъяснить потерпевшему его право поддерживать обвинение в ранее предъявленном объеме.

4. Суд разъясняет обвиняемому, что он будет защищаться в судебном заседании от нового обвинения, после чего откладывает разбирательство не менее чем на семь дней для предоставления обвиняемому, его защитнику возможности подготовиться к защите против нового обвинения. По ходатайству стороны защиты этот срок может быть сокращен или продлен. По истечении этого срока судебное разбирательство продолжается».

При анализе этих нормативных положений, несомненно, в первую очередь, возникает вопрос, не являются ли они некой попыткой реанимировать институт судебного возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования (как то, по существу, произошло в связи с дополнением ст. 237 УПК приведенным выше основанием для возвращения судом дела прокурору)? Мы бы ответили на этот вопрос отрицательно. Это – генетически близкие, но сущностно различные правовые феномены. При изменении обвинения прокурором уголовное дело из производства

суда не выбывает, следовательно, сроки его рассмотрения судом сокращаются, становятся более разумными сроки судопроизводства в целом (о чем вряд ли можно говорить при возвращении дела на дополнительное предварительное расследование) при сохранении условий, всецело гарантирующих и обеспечивающих права подсудимых на защиту.

И, что принципиально важно, этот нормативный механизм практически если не исключает, то нейтрализует последствия возможного злоупотребления правом на итоговую уголовно-правовую квалификацию действий обвиняемого со стороны лиц, осуществляющих досудебное уголовное преследование.

Законодательная конструкция, подобная приведенным выше нормам УПК ряда стран, по нашему представлению, позволит создать если не оптимальный, то рациональный правовой режим «поворота к худшему» в отечественном судебном уголовном преследовании.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Баев О. Я.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам / О. Я. Баев, М. О. Баев. – М., 2014.

2. *Голик Ю. В.* Истина в уголовном праве : постановка проблемы / Ю. В. Голик // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2013. – № 6 (11).

3. *Кириллова А. А.* Основы криминалистической методики судебного разбирательства по уголовным делам об убийствах : автореф. дис. … канд. юрид. наук / А. А. Кириллова. – Краснодар, 2014.

4. *Гуров А.* Сердюковщина – не халатность / А. Гуров // Аргументы и факты. – 2013. – № 51.

5. *Баев О. Я.* О необходимости правового механизма реагирования на новые обстоятельства уголовного дела в суде первой инстанции / О. Я. Баев // Рос. юстиция. – 2006. – № 5.

6. *Баев О. Я.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании / О. Я. Баев. – М., 2012.

7. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 ноября 2012 г. «О применении норм уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

8. Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2014. – № 1.

9. *Гаврилов Б. Я.* Современная уголовная политика России / Б. Я. Гаврилов. – М., 2008.

МЕТОДИКА РАССЛЕДОВАНИЯ ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ПОКАЗАНИЙ, ПОДКУПА И ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ЛОЖНЫХ ПОКАЗАНИЙ, УКЛОНЕНИЮ ОТ ДАЧИ ПОКАЗАНИЙ*

(Извлечения)

Глава 3

СПЕЦИАЛЬНАЯ ПРЕВЕНЦИЯ ПОСЯГАТЕЛЬСТВ НА ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННУЮ ИНФОРМАЦИЮ И ДОКАЗАТЕЛЬСТВА, ФОРМИРУЕМЫЕ НА ОСНОВЕ ИДЕАЛЬНЫХ СЛЕДОВ

§ 2. Специальная превенция подкупа и/или принуждения к даче ложных показаний

Мы не будем здесь подробно касаться выявленных (и выявляемых) криминологами причин (факторов) феномена подкупа и (или) принуждения указанных выше субъектов уголовного судопроизводства и лиц, в него вовлекаемых.

По мнению ряда этих специалистов, в целом они сводятся к: 1) низкой общей и правовой культуре: 2) неуважению к человеку; 3) терпимости ко лжи; 4) несправедливости правосудия; 5) жестокости наказания; 6) невозможности примирения по желанию потерпевших; 7) неуважению к правосудию[1].

---

* Впервые опубликовано: *Баев О. Я.* Методика расследования принуждения к даче показаний, подкупа и принуждения к даче ложных показаний, уклонению от дачи показаний : научно-практическое пособие. М. : Юрлитинформ, 2014.

[1] См., напр.: *Зеренков Э. В.* Уголовно-правовые и криминологические аспекты подкупа и принуждения к лжесвидетельству и уклонению от дачи показаний : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Ставрополь, 1999. С. 21.

Можно предположить, что на распространенность феномена подкупа и принуждения к даче показаний оказывают влияние и некоторые региональные факторы. Так, изучив правоприменительную практику Республики Дагестан, Г. А. Алилов выделил следующий ряд несколько иных обстоятельств, стимулирующих распространение этих преступлений в данном национально-экономическом регионе:

1) безработица; 2) низкий уровень жизни населения; 3) отсутствие средств для реальной защиты потерпевших и свидетелей от расправы со стороны преступников и их сообщников […]; 4) продажность отдельных экспертов, специалистов и переводчиков; 5) коррупция в структурах власти; 6) слабый уровень материально-технической оснащенности сотрудников оперативных подразделений; 7) негативное влияние СМИ страны, пропаганда преступного образа жизни[2].

Криминологами намечены направления разработки средств и способов предупреждения такового противоправного поведения: «Для эффективной профилактики [этих] преступлений необходимо принять организационные меры, связанные с использованием оперативных и материально-технических ресурсов, внедрением современных методов изобличения, совершенствовать экономические отношения; улучшить качество расследования по изобличению лиц, виновных в совершении этого преступления, и в доказывании вины обвиняемых […]

Высокая результативность деятельности по выявлению и раскрытию случаев подкупа и принуждения и привлечения виновных к ответственности, как и широкая огласка результатов такой деятельности, формируя в общественном сознании уверенность в неотвратимости наказания, является одним из лучших средств предупреждения»[3].

Каких-либо возражений в принципиальной обоснованности эти положения вызывать не могут (так же как у нас не вызывают сомнения ранее приведенные криминологические положения, каса-

---

[2] См.: *Алилов Г. А.* Уголовно-правовые и криминологические проблемы подкупа или принуждения к даче показаний или уклонению от дачи показаний либо к неправильному переводу : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Махачкала, 2006. С. 12.

[3] Там же. С. 19.

ющиеся причин принуждения к даче показаний сотрудниками правоохранительных органов).

Однако с точки зрения криминалистической методики они, несомненно, нуждаются в более конкретном, прагматическом раскрытии их содержания, что в своей совокупности и взаимосвязях (между средствами процессуальными и криминалистическими) и будет представлять систему мер специальной превенции подкупа и (или) принуждения к даче ложных показаний субъектов, перечисленных в диспозиции ст. 309 УК.

В постановочном, достаточно кратком изложении (и без излишних претензий на особую научную новизну) средства и методы данной превенции этих преступлений нам в настоящее время представляются следующими.

1. *Строжайшее соблюдение в досудебном производстве по уголовным делам следователем, дознавателем, другими правоприменителями следственной тайны* для, если не полного исключения (будем реалистами), то минимизации возможности разглашения данных о лицах, в ложных показаниях которых заинтересованы противодействующие осуществляемому предварительному расследованию субъекты[4].

Диапазон направленных на то существующих уголовно-процессуальных средств весьма широк. Он включает в себя, в частности:

– предупреждение участников уголовного судопроизводства о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования (ст. 161 УПК)[5] с разъяснением им диспозиции и санкции ст. 310 УК;

– процессуальные меры по сокрытию данных о личности в уголовном судопроизводстве.

---

[4] О ряде теоретических и прикладных проблем «следственной тайны» применительно к теме нашего исследования см., напр.: *Маслов А. Е.* Следственная тайна как средство преодоления противодействия расследованию : дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2001 ; *Его же*. Тайна предварительного расследования. (Правовые и криминалистические средства обеспечения). Воронеж, 2003.

[5] Кстати сказать, обязанность не разглашать данные предварительного следствия является, по сути, единственной предусмотренной действующей ст. 53 УПК обязанностью адвоката-защитника. Об этой проблеме, как и о других обязанностях защитника, см.: *Баев О. Я., Баев М. О.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовному делу. М., 2014.

На этой проблеме следует остановиться более подробно, ибо сущность процессуального сокрытия данных о личности в уголовном судопроизводстве достаточно сложна в организационно-тактическом отношении. По нашему представлению, ее следует рассматривать как самостоятельную тактическую операцию, включающую в себя широкий спектр мер, в частности:

а) необходимость сокрытия данных о лицах, отраженных в материалах доследственной проверки заявления или сообщения о преступлении (очевидно, что решение о присвоении лицу псевдонима, под которым с ним будут производиться следственные действия, о чем речь пойдет чуть ниже, принимается уже по возбужденному уголовному делу);

б) производство опознания подозреваемого, обвиняемого (другого лица) в порядке, предусмотренном ч. 8 ст. 193 УПК, – вне визуального наблюдения опознаваемым опознающего;

в) другие опосредованные уголовно-процессуальным законом меры решения этой задачи, вплоть до производства следственных действий с участием потерпевшего или свидетеля под присваиваемым ему с этой целью псевдонимом (ст. 166 УПК).

По праву уделив последней возможности особое внимание и совершенно верно заметив, что «самым распространенным следственным действием, при котором выполняются мероприятия по сокрытию данных о личности, является допрос», А. Н. Халиков (имеющий многолетний собственный следственный опыт) сформулировал ряд тактических рекомендаций.

Многие из них у нас вызывают определенную настороженность в своей обоснованности, тем не менее мы считаем необходимым ряд из них здесь без каких-либо авторских комментариев воспроизвести, что еще раз будет подчеркивать актуальность и неоднозначность возможных решений этой проблемы.

Так, по мнению А. Н. Халикова, «кроме указания в протоколе допроса несуществующих персональных сведений необходимо выполнить следующие действия для исключения возможности расшифровки сведений о скрываемом участнике уголовного судопроизводства:

– текст показаний свидетеля или потерпевшего составлять из обычных слов и предложений, без индивидуальных признаков речи, характерных для допрашиваемого лица;

– составлять текст допроса без указания источника осведомленности допрашиваемого лица (если нет такой необходимости по делу), минимизируя ненужные для следствия детали дела, о котором идет речь […]

Одним из тактических приемов обеспечения безопасности свидетеля с одновременной дезориентацией обвиняемых и их представителей является составление двух протоколов допросов одного и того же лица. При этом в первом протоколе, где приводятся его подлинные данные, могут содержаться ничего не значащие показания (но не ложные, поскольку это будет нарушением закона). Интересующая следствие информация заносится в другой протокол, в котором персональные данные о допрашиваемом лице изменены. Такой прием будет оптимальным в случае, если указанный свидетель известен обвиняемому и последний понимает, что известное ему лицо в ходе следствия обязательно будет допрошено»[6].

В то же время, рекомендации, предлагаемые отдельными авторами, вызывают у нас резкое неприятие. Так, Б. А. Мириев в своем кандидатском исследовании пришел к выводу о необходимости – в целях недопущения криминального воздействия на свидетелей, потерпевших – законодательного закрепления права следователя не знакомить обвиняемого и его защитника с протоколами допросов потерпевших, а также тех, кто свидетельствует против обвиняемого, поскольку их показания он услышит в суде[7]. Подобный путь разрешения данной проблемы в принципе (и на это уже обращалось внимание в литературе) противоречит презумпции невиновности, самым существенным образом ограничивает право на защиту в уголовном процессе в современном его структурном образовании[8].

2. *Правовые механизмы, направленные на реализацию Федерального закона от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государствен-*

---

[6] *Халиков А. Н.* Должностные насильственные преступления, совершаемые в правоохранительной сфере. М., 2010. С. 380–381.

[7] См.: *Мириев Б. А.* Окончание предварительного расследования в уголовном процессе Российской Федерации : вопросы теории и практики : дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С. 96–97.

[8] См.: *Фирсов С. Н., Шубина Н. Ф.* Проблемные вопросы реализации статьи 217 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Обеспечение подозреваемому, обвиняемому, подсудимому, осужденному права на защиту. Саранск. 2013. С. 163.

ной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» (ст. 11 УПК)[9]. В соответствии с ним (ч. 1 ст. 6 Закона) в отношении защищаемого лица могут применяться одновременно несколько либо одна из следующих мер безопасности: 1) личная охрана, охрана жилища и имущества; 2) выдача специальных средств индивидуальной защиты, связи и оповещения об опасности; 3) обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице; 4) переселение на другое место жительства; 5) замена документов; 6) изменение внешности; 7) изменение места работы (службы) или учебы; 8) временное помещение в безопасное место; 9) применение дополнительных мер безопасности в отношении защищаемого лица, содержащегося под стражей или находящегося в месте отбывания наказания, в том числе перевод из одного места содержания под стражей или отбывания наказания в другое[10].

3. *Правовые механизмы, обеспечивающие безопасность* (а, потому – и в первую очередь – исключающие возможность противоправного воздействия с целью противодействия уголовному судопроизводству) на лицо, с которым в досудебном производстве по уголовному делу заключалось досудебное соглашение о сотрудничестве. В частности, напомним, что «в случае возникновения угрозы безопасности подозреваемого или обвиняемого материалы уголовного дела, идентифицирующие его личность, изымаются из возбужденного уголовного дела и приобщаются к уголовному делу в отношении подозреваемого или обвиняемого, выделенному в отдельное производство» (ст. 154 УПК).

И в этой же связи.

Нам совершенно не понятна цель, с которой УПК до настоящего времени сохраняет заимствованное из предыдущего уголовно-процессуального законодательства положение, по которому обвиняемому надлежит вручать в качестве приложения к обвинительному заключению список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, *с указанием их места жительства и (или) места*

---

[9] С учетом утвержденной Постановлением Правительства Российской Федерации от 13 июля 2013 г. № 586 Государственной программы «Обеспечение безопасности потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства на 2014–2018 годы».

[10] URL: http://www.rg.ru/2004/08/25/zakon-zashita.html-comments

нахождения. Как, в частности, отсутствие сведений о местожительстве потерпевшего, свидетелей со стороны обвинения может сказаться на обеспечении права обвиняемого на защиту? А вот облегчить ему возможность (тем более с учетом современной криминальной ситуации) негативно воздействовать на этих лиц с целью дачи ими ложных показаний по делу такие сведения вполне могут. Более того, как (и, главное, добавим, – зачем?) выполнять данное предписание ст. 220 УПК, когда отдельные из этих лиц принимали участие в деле под псевдонимом (ч. 9 ст. 166 УПК)?[11].

4. *В рамках полномочий, предоставленных законом соответствующим должностным лицам, необходимо в изучаемом отношении повысить эффективность ведомственного процессуального контроля и прокурорского надзора*. По каждому уголовному делу, по которому есть основания полагать, что потерпевший или (и) свидетель дали ложные показания, необходимо обеспечивать тщательную и объективную проверку следователем версии о том, что таковые показания/заключение/перевод были даны в результате подкупа или принуждения со стороны заинтересованных в исходе дела лиц. Сказанное, разумеется, относится и к наличию по делу оснований полагать, что эксперт, специалист дали по нему ложное заключение, переводчик – умышленно осуществил неправильный перевод.

Особенно нам представляется актуальным необходимость соблюдения этого требования для весьма распространенных в практике ситуаций, когда суд в постановленном по делу приговоре оценивает показания некоторых допрошенных им потерпевших, свидетелей как ложные, данных (как, зачастую, это формулируют судьи) «с целью воспрепятствования наступления ответственности подсудимого»…

Инициативное прокурорское реагирование в отношении лиц, показания которых получили такую оценку суда, по существу, от-

---

[11] На эту проблему мы обращали внимание около десяти лет тому назад: см. *Баев О. Я.* Структура и содержание обвинительного заключения в российском уголовном процессе : законодательная история и современные проблемы // Правовая наука и реформа юридического образования. Вып. 18 : Процессуальное право и правовая культура. Проблемы взаимодействия и развития. Воронеж, 2005 ; *Его же*. Обвинительное заключение : структура и содержание // Уголовный процесс. 2007. № 4 (28).

сутствует, хотя, как известно, это имеет место чуть ли не по каждому второму-третьему из рассмотренных ими уголовных дел. В крайне редких случаях, когда уголовные дела о лжесвидетельстве все же возбуждаются, в процессе их расследования проверка названной выше версии (здесь мы, вновь подчеркнем, основываемся на материалах изученных нами уголовных дел об этих преступлениях) осуществляется крайне поверхностно.

В качестве некой гипотезы можно предположить, что подобное отношение к необходимости расследования каждого факта дачи свидетелями, потерпевшими заведомо ложных показаний и возможного их с этой целью подкупа или принуждения к тому (без отягчающих обстоятельств) обусловливается тем, что эти преступления относятся к преступлениям небольшой или средней тяжести. А расследовать такие преступления, как показано выше (и что очевидно), крайне сложно.

И хотя о давно назревшей необходимости существенного усиления ответственности за эти действия высказывается большинство специалистов в области уголовного судопроизводства[12], до настоящего времени в этом отношении уголовный закон никаких изменений не претерпел[13].

5. *Рассмотрение уголовных дел по обвинению в подкупе и/или принуждении к даче ложных показаний в условиях закрытого судебного разбирательства*.

Практика неопровержимо свидетельствует, что данные преступления зачастую носят длящийся и продолжаемый характер (здесь мы используем эти понятия в общепринятом, но не уголовно-правовом их значении). Иными словами, противоправное воздействие на потерпевших и свидетелей не ограничивается рамками предварительного расследования, но продолжает оказываться и во время судебного процесса – в этом случае с целью поставить под со-

---

[12] См., напр.: *Борисов В. И*. Проблемы ответственности за подкуп или принуждение лица, дающего показания, эксперта, специалиста и переводчика в российском уголовном праве : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2012. URL: http://www.ruimvd.ru/

[13] Как выразился в этой связи один из опрошенных нами следователей, «стоит ли в таком разе суетиться, отвлекаться от других дел, чтобы, в конечном счете, суд человеку дал несколько тысяч штрафа … и то – в худшем для него случае».

мнение доказанность виновности подсудимого/подсудимых в учиненном подкупе и принуждении к даче ложных показаний. Такое воздействие оказывается как самим подсудимым, так и другими заинтересованными в исходе рассматриваемого судом дела лицами. И потому далеко не единичны факты, когда в ходе судебного разбирательства лица, выступающие по таким делам в качестве потерпевших от подкупа или принуждения, или свидетели этих действий либо отказываются от дачи показаний в целом, либо от ранее данных изобличающих подсудимого показаний.

К примеру, при рассмотрении судом уголовного дела по обвинению некоего Грызунова по ч. 2 ст. 309 УК РФ потерпевшая (как указано в приговоре), высказывая опасение за свою безопасность, от дачи показаний, воспользовавшись ст. 51 Конституции РФ, отказалась, в связи с чем судом были оглашены ее показания, данные в ходе предварительного расследования.

Суть их сводилась к следующему.

После конфликта, повлекшего возбуждение уголовного дела в отношении сына подсудимого (в показаниях подробно описываются обстоятельства конфликта. – *О. Б.*), потерпевшая вызвала сотрудников милиции, после приезда которых она проехала с ними в отдел, где узнала, что молодым человеком, с которым у нее ДД.ММ.ГГГГ произошел конфликт и который повредил ее автомобиль, является ФИО2. Она (ФИО70) написала заявление о привлечении ФИО2 к уголовной ответственности. На основании ее заявления было возбуждено уголовное дело, в рамках которого ДД.ММ.ГГГГ она была вызвана в УВД для проведения следственных действий, а именно – очной ставки с ФИО2, который совершил умышленное повреждение ее автомобиля. Очная ставка должна была пройти в 14 часов. В этот день ФИО2 был задержан сотрудниками ППС. Поскольку защитник ФИО2 не смог подойти к назначенному времени, следственное действие перенесли.

«Она вышла из УВД и пошла к автостоянке, где ее на своем автомобиле, ждала подруга ФИО96 и ее старший сын Е., они сели в автомобиль ее подруги и когда отъехали на некоторое расстояние, ей (ФИО70) на телефон позвонил ее бывший муж ФИО98, который сказал, чтобы она подъезжала обратно к зданию милиции, так как он хотел поговорить по поводу возбужденного уголовного дела. Подъехав к зданию УВД, она вышла из машины. К ней подошел ее бывший муж, который был очень напряжен и

сказал, что его попросили передать, что вся эта ситуация с уголовным делом может закончиться для нее (ФИО70) и всей их семьи очень плачевно. Чтобы этого избежать, ей необходимо отказаться от показаний, а именно сказать, что данное преступление совершил не ФИО2, что она обозналась. Подошел ее муж к ней, выйдя из машины черного цвета иностранного производства, государственный номер не помнит. В этой машине, как выяснилось в дальнейшем, ее муж общался с самим ФИО103 и его отцом Грызуновым С. В. Она ответила мужу, что уже ничего изменить нельзя, поскольку до этого она два месяца в УВД давала показания против ФИО2, который испортил ее автомашину, что опознала его по фотографии, и что в милиции сразу поймут, что она (ФИО70) чем-то напугана.

После чего из стоящей рядом машины вышел ранее не знакомый ей гражданин. Подойдя к ней, он представился Грызуновым С. В. и сообщил, что является отцом ФИО2, подозреваемого по данному уголовному делу. Сначала он в корректной форме, «без мата», стал объяснять ей, что она из себя представляет. Затем стал рассказывать, какой замечательный у него вырос сын и как она посмела его оклеветать. Поняв, что его слова не вызывают нужного результата он (Грызунов С. В.) начал ей угрожать. Сначала это происходило в корректной форме, а затем Грызунов С. В. перешел на нецензурную брань. Грызунов С. В. высказывал в ее адрес угрозы физической расправы, а именно: «если она не поменяет показания в отношении его сына, то окажется в травматологии», «хорошая и спокойная жизнь в этом городе для нее закончится», «на улице часто происходят несчастные случаи», «она не знает, на кого лезет».

Все это время Грызунов С. В. вел себя агрессивно, сопровождая свои слова грубой нецензурной бранью. Ей (ФИО70) и ее мужу было известно, что из себя представляет Грызунов-старший, что он является «безпредельщиком» и неадекватным человеком, который имеет несколько судимостей за плечами. Испугавшись, она сказала Грызунову С. В., что устала и хочет прекратить данный разговор, он (Грызунов С. В.) стал кричать на нее, оскорбляя грубыми нецензурными словами, замахиваться на нее рукой, все это услышал ее сын Егор, который подбежал к ней, заплакал и стал уводить ее к машине. Она (ФИО70), испугавшись за своего сына и себя, стала отходить к машине ее подруги. Грызунов С. В. ей в след выкрикивал угрозы расправы над ней, если она попробует опознать его сына, оскорблял грубыми, нецензурными словами. Все происходило на глазах ее бывшего мужа, подруги ФИО96 и ее сына.

После этого она (ФИО70) уехала и, предупредив дознавателя, не явилась на запланированные следственные действия, так как была очень напугана, потому как знала, что Грызунов С. В. является криминальным авторитетом в г. ФИО32-Хрустальный. Данные угрозы она восприняла ре-

ально в связи с агрессивным поведением Грызунова С. В. В этот же день на телефон ФИО96 стали поступать звонки от Грызунова С. В. с предложениями поговорить с ней (ФИО70) по поводу уголовного дела. Чтобы она объяснила ей (ФИО117), как хорошо будет ей дружить с Грызуновым С. В., если она сделает, как он хочет. А именно, поскольку на данный момент забрать ее заявление и прекратить уголовное дело невозможно, он (Грызунов С. В.) объяснит, что она (ФИО70) должна будет делать, когда указанное дело будет рассматриваться в суде, и при положительном исходе она (ФИО70) сможет в дальнейшем к нему обращаться, если у нее возникнут «проблемы в этом городе».

Затем на протяжении месяца, вплоть до задержания Грызунова С. В. сотрудниками милиции в конце ноября 2010 года, на телефон ее подруги звонил Грызунов С. В. и интересовался ее (ФИО117) «здоровьем», а также, что она говорит правоохранительным органам. Она (ФИО70) находилась в постоянном стрессе и поэтому пришла в УВД г. ФИО32-Хрустальный, чтобы забрать свое заявление, так как переживала за свою жизнь и жизнь своих малолетних детей. Заявление ей не отдали, а предложили госзащиту, в настоящий момент она находится под программой защиты свидетелей и потерпевших, но ей все равно очень страшно (т. 3 л. д. 77–80)».

После оглашения судом этих показаний потерпевшая полностью подтвердила их достоверность.

Свидетель – очевидец учиненных подсудимым Грызуновым действий по принуждению потерпевшей к даче ложных показаний в суде от своих о том показаний, данных на предварительном следствии, отказался. Однако после их оглашения он по существу дела эти показания полностью подтвердил, уточнив лишь одну деталь: о том, что Грызунов С. В. является криминальным авторитетом, он следователю не говорил[14].

Мы полагаем, что рассмотрение дел о подкупе и принуждении к даче ложных показаний в условиях закрытого судебного заседания полностью соответствует п. 4 ч. 1 ст. 241 УПК; принятие судом соответствующего решения не только обусловливается необходимостью обеспечения безопасности участников судебного процесса, их близких родственников, родственников или близких лиц. Судебное разбирательство дел этой категории в данном режиме, т.е в условиях закрытого судебного разбирательства, если – будем реа-

[14] См.: Приговор Гусь-Хрустального городского суда Владимировской области от 24 апреля 2012 г. по уголовному делу № 1-14/2012. URL: http://yandex.ru/clck/jsredir?from

листами – полностью не исключит возможность указанного воздействия на данных лиц, то существенно снизит его вероятность.

Можно предположить, что и внесенные Федеральным законом от 21 июля 2014 г. изменения в статью 241 УПК, предоставившие суду право при рассмотрении отдельных категорий уголовных дел в исключительных случаях по ходатайству любой из сторон принимать решения об участии в судебном заседании подсудимого, содержащегося под стражей, не непосредственно, а путем использования систем видеоконференц-связи[15], кроме обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства, также в определенной мере положительно скажутся на предупреждении возможности подкупа и/или принуждения к даче ложных показаний/ заключения эксперта, специалиста и неправильного перевода.

6. В *специальном нормативном виде* (*в ведомственном акте*, а, может быть, – прямо в УПК) *следует закрепить обязанность органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по каждому уголовному делу – особенно по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях – обеспечивать оперативное сопровождение процесса его рассмотрения в суде первой инстанции.*

Таковая необходимость обусловлена тем, что именно после ознакомления стороны защиты со всеми материалами завершенного предварительного расследования она располагает полной информацией об их существе. А потому с этого времени заинтересованные в определенном исходе судебного рассмотрения дела лица могут целенаправленно и «массированно» предпринимать (и, как показывает практика, – предпринимают) меры по подкупу или принуждению указанных в диспозиции ст. 309 УК субъектов к изменению показаний/заключения, данных в досудебном производстве по делу. Вне его рамок предупреждение такого воздействия, выявление таких фактов, своевременная нейтрализация негативных их последствий незаконного противодействия судебному рассмотрению уголовного дела, очевидно, возможна лишь в результате направленной на то соответствующей оперативно-розыскной работы[16].

---

[15] См.: Рос. газета. 2014. 25 июля.

[16] На таковую необходимость и ранее неоднократно обращалось внимание в литературе, в том числе, в выполненной под научным руководством автора настоящей работы более десяти лет тому назад кандидатской диссертации

Все названные (и другие возможные) процессуально-правовые средства и методы специальной превенции подкупа и принуждения к даче ложных показаний реализуются в криминалистической деятельности субъектов доказывания по уголовным делам.

В первую очередь, для этого необходимо обоснованное с точки зрения криминалистики принятие и реализация правоприменителями решений об использовании таковых средств, учитывающих сложившуюся (или складывающуюся) конкретную следственную/судебную ситуацию. Помимо обеспечения соблюдения принципа следственной тайны в целом, эти решения могут (и должны) касаться необходимости осуществления отдельных следственных (а затем и судебных) действий с участием свидетелей и потерпевших под присваиваемыми им псевдонимами, выбора наиболее целесообразных мер обеспечения государственной защиты тех или иных участников уголовного судопроизводства, и т. д.

Особую значимость в изучаемом здесь отношении имеет тактически и методически грамотное использование информации, полученной от потерпевших, свидетелей (из заключения эксперта или специалиста), с тем чтобы ее источники преждевременно не стали известными лицам, заинтересованным в незаконном противодействии осуществляемому уголовному преследованию. Иными словами, криминалистическими способами следует обеспечивать «предвосхищающую» превенцию возможных попыток подкупа или принуждения этих лиц с целью дачи ими ложных показаний: может, такие попытки по конкретному делу, в конкретной ситуации не будут иметь места, но следователь всегда должен учитывать вероятность такового противоправного воздействия на источники указанной информации.

Несоблюдение этой, казалось бы, достаточно очевидной рекомендации не только оказывает негативное влияние на качество судопроизводства. Оно чревато – в зависимости от формы противоправного воздействия – созданием реальной опасности для физического и нравственного здоровья этих лиц, а в отдельных ситуациях, увы, и их жизни.

А. И. Тесникова (см.: *Тесников А. И.* Оперативно-розыскное обеспечение уголовного судопроизводства о преступлениях, совершенных организованными группами. Воронеж, 2002).

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ*

(Извлечения)

Глава 1
МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ФЕНОМЕНА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

§ 1. Злоупотребление правом как уголовно-процессуальная категория

Начнем с аксиомы, с трюизма: действующее законодательство предоставляет весьма широкие права и властные полномочия должностным лицами и компетентным на то органам по осуществлению уголовного преследования в соответствующем виде судопроизводства. С ними в тесной корреспондирующейся взаимосвязи находятся права на защиту от уголовного преследования как самого лица, таковому подвергающегося (подозреваемого, обвиняемого), так и его адвоката – профессионального представителя стороны защиты.

В развитие этой демократической правовой тенденции Федеральным законом от 4.03.2013 ст. 144 УПК дополнена положением о том, что лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, в числе других предоставленных им прав также обеспечивается и возможность пользоваться услугами адвоката.

Ранее такая возможность – логически следующая из принципиального предписания Конституции РФ о том, что «каждому га-

---

* Впервые опубликовано: *Баев О. Я., Баев М. О.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам. М. : Проспект, 2014.

рантируется право на получение квалифицированной юридической помощи» – зачастую не только ставилась под сомнение правоприменителями. В ряде случаев (о чем свидетельствует известная нам практика) попытки вызываемых для проверки сообщения о преступлении лиц воспользоваться помощью адвоката приводила к острым межличностным конфликтам между ними и правоприменителями.

Разумный баланс этих прав и полномочий, презумпция добросовестности их реализации (использования) носителями разных уголовно-процессуальных функций, взаимозависимое и взаимообусловленное соответствие этого общественным и личным интересам и составляют содержательную сущность одного из основных принципов уголовного судопроизводства в правовом цивилизованном обществе – состязательности сторон.

И в то же время правоприменительная практика все чаще сталкивается с проблемой, обозначенной в самом наименовании данной работы, – злоупотреблением правом со стороны субъектов, представляющих состязающиеся в досудебном и судебном производстве по уголовному делу стороны, а также, увы, и со стороны арбитра по нему – суда.

Однако – и это представляется нам удивительным и теоретически малообъяснимым – феномен злоупотребления правами участников уголовного судопроизводства как самостоятельной правовой категории в уголовно-процессуальном законодательстве не опосредован.

Научные категории есть основные и наиболее общие понятия наук; предельные по уровню обобщения фундаментальные абстрактные теоретические понятия[1]*. «Выявление основных элементов категориального аппарата конкретной науки позволяет раскрыть логику ее развития, закономерное преобразование строя ее понятий»*[2]*.*

«Отражая наиболее существенные свойства и главные связи правовых явлений, совершенно верно на основе этих философских постулатов отмечается в юридической литературе: правовые категории есть наиболее глубокие по содержанию и широкие по объему понятия юридических наук»[3]*.*

---

[1] См.: Философская энциклопедия. М., 1962. Т. 2. С. 472.

[2] Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 251.

[3] *Васильев А. М.* Правовые категории. М., 1976. С. 58.

Не используется это понятие (о чем уже упоминалось) и в самом содержании данного закона.

Не считая носящей общий характер ст. 125 о праве заинтересованных лиц на обжалование действий лиц, осуществляющих досудебное производство, мы нашли в УПК лишь два положения, содержание которых можно расценить как механизмы процессуального реагирования на возможное злоупотребление правом.

Примечательно, заметим тут же, что одно из них касается деятельности стороны обвинения, другое – стороны защиты.

Часть 5 ст. 165 УПК РФ (далее – УПК) указывает: «В исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, личного обыска, а также выемки заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, наложение ареста на имущество, указанное в части первой статьи 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя или дознавателя без получения судебного решения. В этом случае следователь или дознаватель в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия уведомляет судью и прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве. Получив указанное уведомление, судья в срок, предусмотренный частью второй настоящей статьи, проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми в соответствии со статьей 75 настоящего Кодекса».

Часть 3 ст. 217 УПК: «Если обвиняемый и его защитник, приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела, явно затягивают время ознакомления с указанными материалами, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 125 настоящего Кодекса, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. <…> В случае, если обвиняемый и его защитник без уважитель-

ных причин не ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следователь вправе принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела».

Речь здесь, несомненно, идет о злоупотреблении со стороны обвинения предоставленными ей правами на некие отступления в исключительных случаях от общего порядка производства отдельных следственных действий, а со стороны защиты – о злоупотреблении ее правом на ознакомление со всеми материалами завершенного предварительного расследования.

Законодатель не только осознает возможность возникновения данных ситуаций и указывает на необходимость реагирования суда на такие действия следователя, а следователя и суда – на такое поведение обвиняемого и/или его защитника, но и обозначает процессуальные способы их разрешения.

В первом случае – в виде признания результатов следственных действий, проведенных со злоупотреблением правом при оценке сложившейся по делу ситуации как исключительной, недопустимыми доказательствами; во втором – приостановлением права стороны защиты после установленного срока на дальнейшее ознакомление с материалами предварительного расследования на досудебной стадии уголовного процесса.

Сразу скажем, что нам весьма импонирует предложение С. А. Шейфера о необходимости законодательного закрепления допуска стороны защиты к проверке судом проведения следственных действий без получения разрешения суда (о проблеме правомерности оценки следователем ситуации как исключительной, а потому допускающей подобные отступления, будет достаточно подробно говориться далее, в соответствующем месте нашей работы).

«Неправомерное производство таких действий, – пишет он, – ущемляет интересы стороны защиты. <…> Смыслу ч. 5 ст. 165 не противоречил бы порядок разрешения судом вопроса о правомерности проведенного следственного действия на основе спора сторон обвинения и защиты»[4].

---

[4] *Шейфер С. А.* Досудебное производство в России : этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 147.

Более того, нам представляется, что предложение С. А. Шейфера о таком процессуальном режиме – с участием сторон обвинения и защиты – следует законодательно распространить и на рассмотрение судом ходатайства следователя об установлении срока ознакомления обвиняемого и защитника для ознакомления с материалами дела.

В то же время, как видим, и в приведенных нормах законодатель избегает прямого использования понятия «злоупотребление правом».

Думаем, это далеко не случайно и связано, как нам представляется, в первую очередь с методологически важной дилеммой[5], что именно следует понимать, как с теоретических и прагматических позиций трактовать правовую категорию «злоупотребление правом» в целом и применительно к реалиям уголовного судопроизводства в частности.

По В. И. Далю, «злоупотреблять – употреблять во зло, на худое дело, ко вреду, во вред себе или другому, извращать, обращать хорошее средство на худое дело»[6]. Из этих толкований ближе всего к контексту данного исследования последнее – «обращать хорошее средство на худое дело».

Итак, злоупотребление правом – употребление права во зло…

Высказываемые об этом феномене мнения колеблются в самом широком диапазоне, зачастую они прямо противоположны.

Если А. А. Малиновский в результате анализа широкого спектра подходов к определению вкладываемого в это понятие содержания осторожно пишет, что злоупотребление правом правозначимо лишь тогда (им причиняется вред в юридическом значении), когда оно влечет наступление «негативных последствий, которые указаны в действующем законодательстве, как результат осуществления права»[7], то ряд специалистов в проблемах уголовного су-

---

[5] Дилемма-1. Сочетание суждений, умозаключений с двумя противоположными положениями, исключающими возможность третьего (спец.). 2. Положение, при котором выбор одного из двух противоположных решений одинаково затруднителен (книжн.) (см.: Философская энциклопедия: в 5 т. Т. 2. М., 1962. С. 12. URL: http// ponjatija.ru›taxonomy/term/168).

[6] *Даль В. И.* Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1989. Т. 1. С. 685.

[7] *Малиновский А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М., 2007. С. 69.

допроизводства считают употребление понятия «злоупотребление правом» юридическим нонсенсом в целом.

Так как, придерживаясь последней из названных концепций, пришла к выводу В. В. Хатуаева, закон дает возможность сторонам обвинения и защиты самостоятельно распоряжаться процессуальными правами в том объеме и в том содержании, как это в нем прописано, значит, ни о каком злоупотреблении правом речи быть не может[8].

Также считают и многие специалисты в гражданском процессе.

«Если речь идет об ответственности за осуществление права, – пишет, например, В. А. Белов, – то последнее есть неправомерное действие, и в таком случае остаются без ответа вопросы: для чего такое субъективное право нужно? Да и будет ли это субъективным правом?»[9]

Не будучи столь категоричной, С. Г. Зайцева полагает, что сущность злоупотребления правом заключается в «легальной видимости», в результате которой не происходит видимого нарушения определенных предписаний нормативных правовых актов, однако происходит нарушение принципов права либо равенства потенциальных возможностей субъектов к действию, заложенных в праве, страдает юридически признанная свобода других лиц[10].

На наш же взгляд, в условиях остроконфликтных ситуаций, в которых осуществляется производство практически по любому уголовному делу, каждая из конфликтующих в нем сторон отстаивает свои личные и/или профессиональные интересы. На удовлетворение этих интересов направлена вся процессуальная и осуществляемая в его рамках (а иногда, скажем прямо, за границами таковых) тактическая деятельность представителей сторон.

Последняя же – тактическая деятельность – является допустимой, когда осуществляется лишь в пределах предоставленных ка-

---

[8] См.: *Хатуаева В. В.* Сущность и юридическая природа диспозитивности в уголовном процессе // Российский следователь. 2005. № 4. С. 13.

[9] *Белов В. А.* Гражданское право : Общая и Особенная части : учебник. М., 2003. С. 363. Эту же точку зрения разделяет и М. В. Самойлова (см.: *Самойлова М. В.* Право личной собственности граждан СССР : автореф. дис. Л., 1965. С. 11).

[10] Приводится по: *Пономарев В. Г.* О сущности злоупотребления правом и его месте в уголовном законодательстве Российской Федерации // Вестник Волгоградского гос. ун-та. Серия 5, Юриспруденция. 2012. № 1 (16). С. 158.

ждому из этих лиц прав и полномочий, а также (если говорить в этой связи о представителях стороны защиты) способами и средствами, прямо не запрещенными уголовно-процессуальным законом.

И именно в этой связи столь сложно в каждом конкретном случае разграничить допустимую тактическую деятельность конфликтующих в уголовном судопроизводстве лиц от фактов действительного злоупотребления ими предоставленными правами и, напротив, избежать ошибочной оценки фактов злоупотребления правом как допустимого процессуального и тактического поведения тех или иных участников уголовного судопроизводства.

Приведем два примера из опубликованной судебной практики (кстати сказать, изложенных в одном номере «Бюллетеня Верховного Суда Российской Федерации»).

В надзорной жалобе в интересах осужденного Т. указывалось, что суд, назначив подсудимому в судебном разбирательстве в качестве защитников адвокатов Н. и С., вопреки его желанию и при наличии у него соглашения на осуществление защиты с другими адвокатами нарушил право подсудимого на защиту.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, оставляя жалобу в этой части без удовлетворения, указала: «Первоначально защиту Т. в суде первой инстанции осуществляли поочередно шесть адвокатов по соглашению, которые по различным причинам не являлись в судебные заседания, в связи с чем слушание дела откладывалось. После того как Т. отказался от участия данных адвокатов, ему было предоставлено время для приглашения другого адвоката, однако от участия явившегося в судебное заседание адвоката по соглашению Г. подсудимый также отказался и заявил о возможном заключении его родственником соглашения с еще одним адвокатом Ж., который, как выяснилось, длительное время находится на лечении и не мог участвовать в судебном разбирательстве. <…>

Учитывая, что подсудимому было предоставлено достаточное время для приглашения избранных им защитников, которые не являлись в судебные заседания в течение пяти суток со дня заявления ходатайств, препятствуя тем самым проведению судебного разбирательства в разумные сроки, суд… назначил Т. в качестве защитников адвокатов Н. и С., которые, несмотря на не принятый су-

дом отказ от них подсудимого, ознакомились с материалами дела, участвовали в судебном разбирательстве в интересах подсудимого, осуществляли его юридическую защиту от предъявленного обвинения»[11].

Иная ситуация, обусловившая необходимость оценки, не было ли при ее разрешении допущено злоупотребление правом, заключалась в следующем.

Алтайский краевой суд отклонил ходатайство подсудимого Л. о замене назначенного ему защитника Ш. иным адвокатом, с которым он хотел заключить соглашение и просил, чтобы в этих целях ему предоставили пять дней.

Суд оставил данное ходатайство без удовлетворения, мотивировав свое решение тем, что «Л. не приведено обоснованной причины для замены адвоката Ш.», после чего дело было рассмотрено по существу с постановлением в отношении Л. обвинительного приговора.

Судебная коллегия по уголовным делам ВС РФ, отменяя данный приговор, указала: «Согласно ст. 50 УПК РФ право выбора защитника как одна из гарантий права на защиту принадлежит подсудимому. <…>

Л. в данном случае не злоупотребил своим правом на защиту, и суд обязан был удовлетворить его ходатайство об отложении дела и предоставить ему возможность заключить соглашение с названным им адвокатом»[12].

Эти соображения и есть наиболее значимые возражения против рассмотренного понимания злоупотребления правом применительно к уголовному судопроизводству, как, впрочем (скажем здесь, чтобы далее не повторяться), и большинства других известных нам дефиниций и описаний данного феномена.

Другие же авторы (они представляют большую часть дискутантов), напротив, убеждены, что злоупотребление правом, хотя и не связано с нарушением конкретных специальных уголовно-процессуальных норм, в то же время нарушает общие правовые нормы, в частности принципы уголовного процесса, а потому его нельзя рассматривать как поведение правомерное.

---

[11] БВС РФ. 2013. № 2. С. 37–38.

[12] Там же. С. 43.

С этих позиций, к примеру, Е. В. Рябцева определяет злоупотребление субъективным правом в уголовном судопроизводстве как «особую форму противоправного поведения участника уголовно-процессуальных отношений, при которой виновное осуществление субъективного права причиняет необоснованный вред или создает условия для причинения такого вреда правам других лиц, организаций или иных субъектов права, а также противоречит назначению уголовного судопроизводства»[13].

Нет сомнений, что все эти подходы к воззрениям на злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве для научной дискуссии вполне правомерны.

Однако нам они представляются излишне радикальными, но совершенно по противоположным на то основаниям.

Приведенная выше идея о том, что само по себе словосочетание «злоупотребление правом» с юридической точки зрения несостоятельно, а с позиций гносеологии и лингвистики, по образному выражению Н. С. Малеина, равно понятиям «сухая вода» или «горячий лед», поскольку соединяет исключающие друг друга понятия[14], нам представляется исключительно ригористическим.

Следует согласиться и с Л. Д. Калинкиной в том, что «пробелы в законе, недостаточная определенность и многозначность отдельных правовых норм, допускающих выбор поведения, а также, как правило, отсутствие в законе указаний на то, как их следует понимать, существенно осложняет процесс реализации права... Наличие усмотрения снижает стабильность и единообразие практики применения уголовно-процессуального законодательства»[15].

У нас нет также сомнений в теоретической безупречности предложений о том, что являлось бы оптимальным, чтобы каждый факт возможного злоупотребления правом предусматривался в конкретной уголовно-процессуальной норме с тем, чтобы то или иное процессуальное право участника уголовного судопроизводства не превращалось в юридическую фикцию.

---

[13] *Рябцева Е. В.* Понятие «злоупотребление правом» в уголовном процессе // Воронежские криминалистические чтения. Воронеж, 2013. Вып. 15. С. 257.

[14] Приводится по: *Малиновский А. А.* Указ. соч. С. 50.

[15] *Калинкина Л. Д.* К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2010. Вып. 4. С. 7.

Но вряд ли, хотя к тому надо стремиться, это реально возможно в связи с очевидным наличием противоречий в отдельных уголовно-процессуальных нормах, лакун в уголовно-процессуальном законе (на что неоднократно обращается внимание в соответствующей литературе; увы, любой закон в любой сфере социальной и экономической деятельности несовершенен и в то же время системно стабилен). А главное – в рассматриваемом отношении – неисчерпаемостью и разнообразием следственных, судебных, защитных ситуаций, в которых участники уголовного судопроизводства реализуют предоставленные им права и полномочия.

Нельзя не сказать, что иногда сами, мягко скажем, необдуманные уголовно-процессуальные нормы просто провоцируют на правовое поведение, которое во многих случаях нельзя расценить иначе, как злоупотребление правом.

Наглядной иллюстрацией этому может служить новелла, которой ФЗ от 03.03.2013 дополнена ст. 144 УПК. В соответствии с одним ее положением, если судебная экспертиза была произведена на стадии возбуждения уголовного дела, то «если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или потерпевшим будет заявлено ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы, то такое ходатайство подлежит удовлетворению».

Что в таком случае препятствует указанным в этом положении участникам производства по уголовному делу заявить ходатайство о назначении этих видов судебной экспертизы: исходя из своих тактических соображений, в момент, максимально приближенный к окончанию срока предварительного расследования по делу, либо, наконец, на завершающем этапе судебного следствия? И следователь/суд будет *обязан* такое ходатайство удовлетворить! (Об этой проблеме будет подробнее говориться при дальнейшем исследовании правового механизма предупреждения злоупотребления правом со стороны защиты.)

А главное, с чисто прагматических позиций приведенное выше оптимистическое предположение о том, что «право либо есть, либо его нет», противоречит реалиям современной отечественной практики уголовного судопроизводства, постоянно, можно сказать, ежедневно имеющей дело с различными видами и формами злоупотребления правами и полномочиями со стороны професси-

ональных и непрофессиональных участников уголовного судопроизводства[16].

Переходя к анализу позиции, согласно которой злоупотребление правом есть правонарушение, сразу скажем, что при этом мы не будем касаться связанных с этим преступлений, таких как злоупотребление и превышение служебных полномочий, деяний должностных лиц, относимых к преступлениям против правосудия, и ряда других видов преступных действий.

С их правовой оценкой в принципе проблем нет, о них как о феномене злоупотребления правом в рассматриваемом в данной работе контексте говорить нечего, они – «просто» преступления.

Мы также не видим необходимости в изучении в исследуемом отношении следственных/адвокатских/судебных ошибок в применении права и прямого нарушения правоприменителями специальных уголовно-процессуальных норм.

Первых из названных – в связи с тем, что, по нашему убеждению, злоупотребление правом есть поведение всегда умышленное, выражаемое в умышленном действии или также умышленном бездействии.

Заметим в этой связи, что в ряде случаев поведение того или иного непрофессионального участника уголовного судопроизводства может внешне представляться в виде злоупотребления им предоставленными в соответствии с процессуальным статусом правами. Но если оно предопределяется незнанием этим лицом уголовно-процессуального закона, то оно в качестве злоупотребления правом расценено быть не может.

К примеру, не может быть признана злоупотреблением правом постановка лицом, допрашиваемым на очной ставке, второму допрашиваемому наводящих вопросов по незнанию того, что действующий уголовно-процессуальный закон постановку таковых при допросе запрещает (ст. 189 УПК); заявление подсудимым отвода судье по мотиву, что в досудебном производстве это судья избирал ему меру пресечения в виде содержания под стражей (УПК не содержит препятствия для рассмотрения в этих случаях этим судьей уголовного дела по существу), и т. п.

---

[16] По некой ассоциации: в клинической психологии есть диагноз «Аногнозия», под которым понимается отрицание пациентом явно очевидных фактов. URL: cribs. me›klinicheskaya-psikhologiya/anozognoziya

Во-вторых, по причине того, что прямое нарушение – даже не умышленное, а учиненное по ошибке – лицом, профессионально участвующим в досудебном производстве по уголовному делу, специальных уголовно-процессуальных норм всегда влечет за собой применение процессуальных санкций.

К таковым, например, можно отнести: признание доказательства, сформированного в результате следственного действия, проведенного с нарушением процессуального порядка его производства, доказательством недопустимым, отмену (либо изменение) процессуального решения, принятого с прямым нарушением соответствующих уголовно-правовых и/или уголовно-процессуальных положений.

Отсюда и в первом приближении к формированию понятия следует, что злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве есть умышленная деятельность соответствующего правообладателя, не выходящая за рамки прямых запрещений и предписаний уголовно процессуального закона.

Иными словами, деятельность, не нарушающая ни одного из прямо обозначенных в уголовно-процессуальном законе касающихся этой деятельности запретов, а потому напрямую уголовно-процессуальным правонарушением не являющаяся.

Краткая, необходимая в контексте изучаемой здесь проблемы ремарка.

Мнение Е. В. Рябцевой о том, что «злоупотребление правом относится к тем явлениям, которые характерны не только для уголовнопроцессуального права, но и для других отраслей права», в принципе не вызывает возражений, оно очевидно.

Но мы не можем согласиться со следующим за констатацией автором этого факта ее вывода о том, что в этой связи «нет необходимости выделять концепцию злоупотребления в области уголовного процесса из общей концепции злоупотребления»[17].

В каждой правовой отрасли свое поле для проявления этого феномена, свои возможности и способы для его реализации заинтересованными в том профессиональными и непрофессиональными субъектами соответствующих правоотношений.

---

[17] *Рябцева Е. В.* Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве. М., 2013. С. 22–23.

А потому совершенно прав А. А. Малиновский, отметив, что «использование термина “злоупотребление” будет оправдано только в том случае, если оно станет употребляться не самостоятельно, а в словосочетании с другим уточняющим термином (например, “злоупотребление правами опекуна”, “злоупотребление свободой массовой информации”). Тогда и само содержание понятия злоупотребления конкретным правом приобретет более очерченные признаки»[18] и, добавим мы, позволит предложить некие процессуальные и другие (криминалистические, организационные) меры по предупреждению проявлений злоупотребления правом и нейтрализации его последствий в изучаемой правовой области.

Но предложенное нами выше описание, очевидно, нельзя расценивать как некое определение изучаемой правовой категории.

В нем не отражена наиболее значимая особенность этого феномена. Содержательно (как и содержание любого иного явления, определяемого понятием «злоупотребление») злоупотребление правом представляет собой использование права во зло. А потому в первую очередь оценивается в таком качестве, лишь когда указанные выше не нарушающие прямых запретов и предписаний уголовно-процессуального закона действия правообладателя причинили некий вред законным интересам других субъектов прав в уголовном судопроизводстве.

Как верно в этой связи пишет А. А. Малиновский, «для того чтобы выяснить, является ли конкретное деяние злоупотреблением субъективным правом, необходимо осуществить анализ правовой ситуации, обратив внимание на следующие вопросы:

1) обладает ли субъект конкретным правом (свободой)?

2) какие конкретно действия совершил субъект по осуществлению своего права?

3) осуществлено ли субъективное право в противоречии с его назначением?

4) был ли причинен вред личности, обществу, государству в результате осуществления права?

При положительном ответе на все вышеперечисленные вопросы есть основание полагать, что субъект злоупотребил своим правом»[19].

---

[18] *Малиновский А. А.* Указ. соч. С. 28.

[19] Там же. С. 379.

Эта позиция разделяется и многими другими авторами. К примеру, также считает О. И. Даровских, определяя злоупотребления правом как «деятельность участника уголовного правоотношения, обладающего процессуальными правами, осуществляемую в процессе правомерной реализации этих прав, но в противоречии с их смыслом и назначением, причиняющую либо способную причинить вред либо иные негативные последствия другим участникам процесса, обществу, государству»[20].

Но (если логически продолжить этот тезис, довести его где-то до парадокса) разве активная защита лица, действительно совершившего преступление от того в том обвинения, осуществляемая им и его адвокатом средствами, не противоречащими закону, не причиняет (или способно причинить) вред обществу, государству и как минимум интересам потерпевшего? Однако такое поведение правомерно; оно отнюдь не означает необходимости какого-либо ограничения прав на защиту от уголовного преследования лица, ему подвергающемуся.

Но, тем не менее, действительно, водораздел между поведением, не вызывающим каких-либо сомнений в его правомерности, и феноменом злоупотребления правами, по нашему убеждению, может быть проведен и очерчен лишь и исключительно с точки зрения необходимости обеспечения в судопроизводстве баланса общественных и личных интересов.

Каким же законным общественным и личным интересам может причиняться вред злоупотреблением правом в уголовном судопроизводстве?

Рассуждения по этому вопросу требуют некоего логически необходимого отступления.

Назначение уголовного судопроизводства (исходя из анализа ст. 6 УПК) представляет собой системное образование, включающее три взаимосвязанных и взаимообусловленных элемента (в соответствии с принципами системного подхода, каждый из которых есть, в свою очередь, относительно самостоятельная система):

1) защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений;

---

[20] *Даровских О. И.* Классификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве // Проблемы права. 2013. № 1 (39). С. 153.

2) законное уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания;

3) защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод[21].

Как видим, в этой системе в корректно обобщенном виде отражены практически наиболее значимые законные интересы всех субъектов, заинтересованных в исходе, в результатах уголовного судопроизводства, как общественные, так и личные.

Вот как сущность тех и других интересов в уголовном судопроизводстве в свое время разъяснялась известным отечественным процессуалистом Л. Д. Кокоревым, особо подчеркивающим их теснейшую взаимосвязь: «Общественные интересы в судопроизводстве выражены в его задачах <…> и представляют собой не сумму личных интересов, а интересы общества в целом... В уголовном судопроизводстве общественные интересы направлены на охрану общественного, государственного строя, личности от преступных посягательств. <…> Выразителями общественных интересов могут быть все участники уголовного процесса, и прежде всего должностные лица, осуществляющие производство по делу.<…>

<…> Личные интересы отражают потребности отдельных участников процесса в охране процессуальных прав в связи с вовлечением в уголовное судопроизводство... они приобретают особое значение применительно к лицам, непосредственно заинтересованным в исходе дела, защищающим свои личные права и интересы (подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик)»[22].

В современной уголовно-процессуальной литературе эти интересы в ряде случаев именуют также государственными и частными интересами, а также интересами публичными, индивидуальными и коллективными[23]. Данные терминологические новации, думает-

---

[21] Мы не считаем необходимым в контексте темы нашего исследования включаться в активно ведущиеся и вполне правомерные дискуссии по проблемам содержания категорий «назначение», «цели», «задачи» уголовного судопроизводства и их соотношениях между собой.

[22] *Кокорев Л. Д.* Сущность и соотношение общественных и личных интересов в уголовном процессе // Общественные и личные интересы в уголовном судопроизводстве. Воронеж, 1984. С. 9.

[23] См., например: *Коврига З. Ф.* Правовая природа соглашения о сотрудничестве // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и кримина-

ся нам, гносеологических, социальных и правовых особенностей сущности данных интересов в принципе не меняют.

И те (общественные) и другие (личные) интересы в уголовном судопроизводстве его субъектами – как профессиональными, так и непрофессиональными – удовлетворяются (либо делается попытка их удовлетворить) путем реализации каждым из них предоставленных в соответствии с его процессуальным статусом субъективных прав и правополномочий.

Сразу скажем: исходя из того, что понятие «полномочия» в русском языке означает официально предоставленное субъекту право определенной деятельности, ведения дел[24], мы таковые также относим к субъективным правам, предоставленным лицу по занимаемой им должности (в рассматриваемом нами случае по осуществлению досудебного производства по уголовному делу и другого профессионального в нем участия).

В этой связи следует согласиться с В. Г. Пономаревым в том, что «полномочие как разновидность субъективного права можно определить как совокупность правомочий, осуществляемых в строго определенных нормами права рамках посредством выполнения заложенной в этой норме обязанности с целью удовлетворения потребностей иных лиц»[25].

В конце концов, правоприменение – лишь законные средства удовлетворения интересов правообладателя, интересов профессиональных и/или личных. «Субъективное право, – пишет по этому поводу С. Н. Братусь, – обеспеченная законом мера возможного поведения гражданина или организации, направленного на достижение целей, связанных с удовлетворением их интересов»[26].

Из сказанного следует, что в силу неисчислимого (и неисчерпаемого) разнообразия ситуаций, возникающих в правовом поле,

---

листические проблемы) / под ред. О. Я. Баева. Воронеж, 2010. С. 155–157 ; *Смирнова И. Г.* Интерес – понятие уголовно-процессуальное // Государство и право. 2008. № 8. С. 15.

[24] См.: Толковый словарь русского языка / Ин-т рус. яз. им. В. В. Виноградова РАН. М., 1999. С. 43.

[25] *Пономарев В. Г.* О сущности злоупотребления правом и его месте в уголовном законодательстве Российской Федерации // Вестник Волгоградского гос. ун-та. Сер. 5. 2012. № 1 (16). С. 163.

[26] Юридический энциклопедический словарь. М., 1987. С. 459 ; *Малеин Н. С.* Юридическая ответственность и справедливость. М., 1992. С. 160.

очерченном уголовно-процессуальными, далеко не всегда корректными и системными нормами, дилемма, что есть злоупотребления правом, не может быть решена посредством ригористического к ней подхода: поведение правовое – поведение противоправное.

К примеру, придерживаясь именно этого подхода, С. Н. Малеин считает: «…возможно одно из двух: если субъект действует в границах принадлежащего ему права – и тогда он не злоупотребляет своим правом, или он выходит за пределы, установленные законом, и, таким образом, нарушая закон, не злоупотребляет правом, а совершает элементарное правонарушение, за которое должна следовать ответственность»[27].

По нашему же убеждению, эта проблема не плоскостная, не двухмерная, она более диалектична, имеет как минимум и третье измерение – глубину, которая отражает значимость правового поведения соответствующего субъекта правоприменения для обеспечения баланса государственных (общественных) и частных (личных) интересов в уголовном судопроизводстве[28].

И потому нам в настоящее время представляется, что поведение субъектов уголовного судопроизводства, не нарушающее прямых запретов и предписаний уголовно-процессуального закона, вписывающееся в процессуальный статус каждого из них (соответственно) – поведение правовое, не противоправное в узком значении последнего понятия.

Поведение – правовое, но не должное, недопустимое

Предвосхищая напрашивающиеся упреки в противоречивости и парадоксальности используемого словосочетания, скажем, что оно не менее точно характеризует содержание вкладываемого в него понятия – недопустимости злоупотребления правом, чем словосочетание «недопустимые доказательства», корректность использования которого в соответствующем контексте не ставится под сомнение как в теории, так и практике уголовного судопроизводства.

---

[27] *Малеин Н. С.* Юридическая ответственность и справедливость. М., 1992. С. 160.

[28] Обстоятельный анализ мнений различных авторов за и против подобного подхода к пониманию сущности категории «злоупотребление правом» проведен А. А. Малиновским (см.: *Малиновский А. А*. Указ. соч.).

Сущность и обоснованность этого утверждения, думается нам, отчетливо усматривается из нижеприводимого (в выдержках) Определения Конституционного Суда РФ, принятого по результатам рассмотрения конкретной жалобы.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ М. В. Череповский оспаривал конституционность ч. 2 ст. 18 УПК РФ, регламентирующей право участников уголовного судопроизводства, не владеющих языком, на котором ведется производство по делу, на пользование родным языком и получение помощи переводчика.

Из представленных материалов следовало, что М. В. Череповский, привлеченный к уголовной ответственности за незаконный сбыт наркотических средств, в ходе предварительного расследования заявил ходатайство о допуске к участию в деле переводчика с цыганского языка на русский язык.

В удовлетворении данного ходатайства следователем было отказано со ссылкой на то, что обвиняемый владеет русским языком, поскольку родился и проживает с 1968 г. на территории России, окончил 4 класса русскоязычной школы, с матерью, сожительницей и двумя детьми общается на русском языке, сдал экзамен и получил водительское удостоверение, занимается коммерцией.

После передачи дела в суд ходатайство было заявлено вновь, но Шадринским городским судом Курганской области в его удовлетворении также было отказано.

После отмены данного решения Курганским областным судом в кассационном порядке этот же городской суд удовлетворил ходатайство М. В. Череповского и возвратил дело прокурору для устранения допущенного нарушения требований ч. 2 ст. 18 УПК Российской Федерации.

Впоследствии по надзорному представлению прокурора президиумом Курганского областного суда кассационное определение и постановление Шадринского городского суда были отменены, а при новом кассационном рассмотрении дела первоначальное постановление суда – об отказе в удовлетворении ходатайств о допуске переводчика – оставлено без изменения.

Отказывая в принятии к рассмотрению данной жалобы, Конституционный Суд РФ указал: «Необходимость обеспечения обвиняемому [его] права (в данном случае – на пользование родным языком в условиях ведения уголовного судопроизводства на русском языке. – *Авт.*) не исключает того, что законодатель вправе установить с учетом положений статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации, согласно которой осуществление прав и

свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, такие условия и порядок реализации данного права, чтобы они не препятствовали разбирательству дела и решению задач правосудия в разумные сроки, а также защите прав и свобод других участников уголовного судопроизводства.

<…> Органы предварительного расследования, прокурор и суд своими мотивированными решениями вправе отклонить ходатайство <…>, если материалами дела будет подтверждаться, что такое ходатайство явилось результатом злоупотребления правом» (выделено нами. – *Авт.*)[29].

Из приведенного Определения Конституционного Суда РФ (и всего ранее сказанного нами о понятии злоупотребления правом) следуют несколько методологически важных для нашего исследования выводов:

1. Поведение лица в рамках, предоставленных ему в соответствии с его процессуальным статусом, – поведение правовое.

2. Как злоупотребление правом такое поведение может быть расценено в следующих случаях:

а) когда таким правовым поведением нарушаются права и свободы других лиц;

б) когда условия и порядок реализации субъектом имеющегося у него права препятствует разбирательству дела и решению задач правосудия в разумные сроки;

в) когда условия и порядок реализации субъектом своего права препятствует защите прав и свобод других участников уголовного судопроизводства.

Только при этих условиях можно говорить о необходимости наступления процессуальной ответственности за факты злоупотребления правом; она в таких случаях, как то верно отмечается в уголовно-процессуальной литературе, будет следовать не за осуществление субъектом своего права, а за нарушение порядка его им реализации[30].

3. Установление факта злоупотребления правом со стороны его обладателя крайне затруднено и ответственно, не может быть осуществлено без объективного и всестороннего учета всех обстоя-

[29] URL: http://www.sudbiblioteka.ru/ks/docdelo_ks/konstitut_big_3883.htm

[30] См., например: *Даровских О. И.* К вопросу о проблемах, возникающих при реализации прав участниками уголовного судопроизводства // Проблемы права. 2012. № 5 (36). С. 142.

тельств осуществления судопроизводства по конкретному уголовному делу, по которому возникла необходимость у компетентного должностного лица принятия по своему на то усмотрению по данному факту соответствующего процессуального решения.

Даже из приведенного Определения Конституционного Суда РФ усматривается, что ходатайство жалобщика о предоставлении ему переводчика с цыганского языка по одним и тем же материалам уголовного дела дважды отклонялось, один раз удовлетворялось, причем последнее решение надзорной судебной инстанцией было отменено (т. е. данное ходатайство было в третий раз отклонено).

4. На досудебных стадиях уголовного судопроизводства конечное решение о наличии в конкретных правовых действиях его субъекта (правообладателя) факта злоупотребления правом должно, как правило, приниматься судом.

Как то и предусмотрено в настоящее время в отношении правового поведения правообладателей в ряде ситуаций, предусмотренных приведенными выше ст. 165 и 217 УПК, и при оценке соблюдения разумности сроков уголовного судопроизводства в соответствии со ст. 6.1 УПК.

5. Процессуальные средства реагирования на выявленные в практике уголовного судопроизводства наиболее типовые ситуации и факты злоупотребления правом со стороны отдельных его субъектов должны закрепляться в УПК.

К примеру, в УПК ФРГ, Украины (2012 г.), ряда других государств, несомненно, с целью предупреждения злоупотребления правом на защиту законодательно ограничено количество адвокатов, которые одновременно могут принимать участие в защите одного обвиняемого[31].

6. Отсутствие в уголовно-процессуальном законе понятия злоупотребления правом в силу распространенности этого правового феномена и неоднозначного отношения к его определению представляет юридический нонсенс.

Отсутствие рамок, очерченных в объеме уголовно-процессуальной категории, за пределами которых правовое поведение субъекта уголовного судопроизводства может быть расценено как факт злоу-

[31] Более подробно эти проблемы будут рассматриваться ниже, в соответствующем параграфе нашей работы.

потребления им правом, предоставляет должностному лицу, принимающему процессуальное решение о допустимости такого поведения в конкретной судопроизводственной ситуации, неисчерпаемые возможности для крайне субъективных выводов в этом отношении. Это, заметим, по сути, в свою очередь, можно расценивать как злоупотребление правом со стороны данного должностного лица.

А потому, видимо, в уголовно-процессуальном законе разумно будет ограничиться некой обобщенной характеристикой содержания того, что следует понимать под злоупотреблением правом в производстве по уголовному делу, что даст возможность правоприменителю логичной и обоснованной его экстраполяции применительно к конкретным фактам, в отношении которых возникает проблема, не являются ли они злоупотреблением права.

Такой подход соответствует международным правовым актам, а также решениям ЕСПЧ[32]. Достаточно активно общим понятием «злоупотребление правом» оперирует и отечественное отраслевое законодательство – гражданское, арбитражное, государственно-правовое и др.

Можно предположить, что в связи с использованием этими правовыми отраслями понятия «злоупотребление правом» именно в их рамках (а не в теории уголовного процесса, законодательство о котором его, как отмечалось, не упоминает) наиболее углубленно изучаются теоретические и прикладные проблемы этого феномена.

В последнее время данная правовая категория нашла отражение и в деятельности Конституционного Суда РФ (пример будет приведен чуть ниже).

В этой связи мы считаем необходимым и повышенно актуальным:

А) дополнить ч. 1 ст. 5 УПК понятием, отражающим сущность злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве. С учетом приведенной ранее позиции Конституционного Суда РФ в этом отношении такое дополнение может быть сформулировано примерно в следующем виде:

---

[32] Е. В. Рябцева напоминает: ЕСПЧ в соответствии с п. 3 ст. 35 Европейской конвенции объявляет неприемлемой любую индивидуальную жалобу, если сочтет ее злоупотреблением правом подачи жалобы, т.е. жалобой не для защиты прав, предусмотренных конвенцией и протоколами к ней, а в целях пропаганды, обретения известности, оскорбления государства-ответчика (см.: *Рябцева Е. В.* Указ. статья. С. 249–250).

«Злоупотребление правом – поведение (действие/бездействие) субъекта уголовного судопроизводства, не выходящее за пределы его правового статуса, однако нарушающее права, свободы и законные интересы других участников уголовного судопроизводства, а также препятствующие разбирательству дела и решению задач правосудия в разумные сроки, защите прав и свобод других участников уголовного судопроизводства».

Сразу оговоримся. Формулируя это определение (как и все другие, которые будут далее содержаться в нашей работе), мы всецело присоединяемся к словам В. М. Савицкого, который исследование терминологии уголовно-процессуального закона завершает словами: «Умен, очень умен был тот древний римлянин, когда, помучившись с составлением (или, может быть, с прочтением, уяснением?) очередного эдикта, он в сердцах воскликнул: omnis defenitio perculosa est – всякое определение опасно!»[33];

Б) для создания процессуального механизма оценки поведения участника уголовного судопроизводства как злоупотребления правом, ч. 1 УПК (Общие положения) дополнить корреспондирующей с предложенным понятием статьей примерно следующего содержания (по нашему разумению, по своей сущности эта статья должна следовать за нормой, устанавливающей принцип законности при производстве по уголовному делу; иными словами, представлять собой один из специальных принципов уголовного судопроизводства):

«Статья 7.1. Недопустимость злоупотребления правом

При производстве по уголовному делу злоупотребление правами его участниками недопустимо.

Факт злоупотребления участника уголовного судопроизводства предоставленным ему правом устанавливается мотивированным постановлением/определением суда, ограничивающим в связи с установлением такого факта пределы и/или сроки реализации данным участником судопроизводства своего субъективного права или влекущим иные процессуальные последствия, предусмотренные настоящим Кодексом.

В досудебном производстве по уголовному делу суд рассматривает вопрос о признании правового поведения участника досудебного производства фактом злоупотребления правом на основании мотиви-

[33] *Савицкий В. М.* Язык процессуального закона. Вопросы терминологии. М., 1987. С. 108.

рованного ходатайства о том полномочных представителей стороны обвинения или представителя стороны защиты.

При рассмотрении ходатайства о признании факта злоупотребления правом бремя опровержения доводов, представленных ходатайствующей о том стороной, лежит на представителях стороны, допустимость правовых действий которых обжалуется».

Необходимость опосредования в УПК некоего механизма реагирования на феномен злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве осознается и другими авторами.

Так, Е. В. Рябцева предлагает дополнить его нормой (также считая разумным расположить ее после статьи, раскрывающей принцип законности при производстве по уголовному делу), именуемой ею «презумпцией добросовестности», следующего содержания:

«Статья 7.1. Презумпция добросовестности

1. Действия (бездействия) участников уголовного судопроизводства считаются добросовестными, если в установленном законом порядке не доказано злоупотребление правом.

2. В случае злоупотребления правом:

а) участнику уголовного судопроизводства может быть отказано в защите права, если это связано с недобросовестным его использованием;

б) право, которым участник уголовного судопроизводства злоупотребляет, может быть ограничено в установленных законом случаях»[34].

Не ставя перед собой задачи углубленного анализа содержания этого законодательного предложения, лишь скажем, что дополнительное введение в УПК понятия добросовестности, понятия столь же (если не более) неоднозначного (хотя судебной практикой широко используемого), чем определение самого понятия злоупотребления правом, вряд ли целесообразно; также, видимо, не следует вести речь «об отказе в защите права» (п. «а» предлагаемого Е. В. Рябцевой проекта новеллы), а лишь об его ограничении, что и подчеркивается нами в сформированном законодательном предложении.

На статус специального уголовно-процессуального принципа сформулированное нами законодательное предложение может претендовать не в меньшей, а как мы это представляем, в большой степени, чем возведенная в этот ранг Федеральным законом от 30.04.2010 норма о разумности его сроков (ст. 6.1 УПК).

---

[34] *Рябцева Е. В.* Указ. соч. С. 43.

Нет сомнений, что нарушение при осуществлении уголовного судопроизводства любого из специальных его принципов (презумпции невиновности, обеспечения права на защиту, языка судопроизводства и т. д.) с линейной правовой неизбежностью влечет за собой отмену/ изменение состоявшего в таких условиях процессуального решения, влечет совершенно определенные уголовно-процессуальные последствия[35].

Как видно из текста ст. 6.1 УПК, превышение разумных сроков осуществления уголовного судопроизводства никаких уголовно-процессуальных последствий за собой не влечет.

Их отсутствие за нарушение разумности сроков, представляется нам, ставит под обоснованные сомнения правомерность обозначения правового положения, закрепленного в ст. 6.1 УПК как специального принципа уголовного судопроизводства[36].

А. Р. Белкин, в целом соглашаясь с приведенной аргументацией данного вывода, в то же время не поддерживает следующее из него предложение о целесообразности переноса анализируемой нормы в гл. 17 УПК, считая его излишне радикальным, не приводя, однако, к сожалению, каких-либо доводов, обосновывающих это его мнение[37].

Предлагаемая новелла, по нашему предположению, лишена этого недостатка. Установление факта злоупотребления правом неизбежно влечет определенные уголовно-процессуальные последствия для участника уголовного судопроизводства, такой факт учинившего.

К примеру, установленный факт злоупотребления правом следователем, защитником, другим профессиональным участником уголовного судопроизводства, очевидно, сам по себе ставит под обоснованные сомнения возможность дальнейшего объективного его осуществления лицом, такое злоупотребление допустившим (естественно, в пределах его процессуальной компетенции).

---

[35] Так, «нарушение норм настоящего Кодекса судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств» (ч. 3 ст. 7 УПК).

[36] Подробнее об этом см.: *Баев О. Я.* Разумный срок уголовного судопроизводства // Воронежские криминалистические чтения. Воронеж, 2011. Вып. 13.

[37] См.: *Белкин А. Р.* УПК РФ : нужны ли перемены? М., 2013. С. 31.

Но в то же время сразу, чтобы далее к этой проблеме не обращаться, скажем, что однозначно отнести такой факт к перечню обстоятельств, исключающих дальнейшее участие данного субъекта в производстве по уголовному делу, скорее всего, нельзя (а такое предложение как бы логически вытекает из сказанного выше). В таких случаях у правоприменителей появится широкое поле возможностей для устранения по данному основанию участника производства, допустившего некое злоупотребление правом, «неудобного» для представителей противодействующей стороны. Сказанное касается в первую очередь, конечно же, возможности устранения из дела адвоката, «излишне активно», по мнению следователя, защищающего обвиняемого.

Показательна в этом отношении диалектика оснований для отвода защитника в уголовно-процессуальном законодательстве Украины.

В 2001 г. ст. 61 УПК Украины 1960 г. («Обстоятельства, исключающие участие в деле защитника») была дополнена положением, согласно которому «не может быть защитником лицо, которое, злоупотребляя правами, препятствует установлению истины по делу, затягивает расследование или судебное разбирательство дела <…>».

Однако выявленные за время действия этого положения злоупотребления в применении данного основания для отвода защитника со стороны правоохранительных органов (как это нам представляется), повлекли его исключение из текста УПК Украины 2012 г.

Поэтому мы полагаем, что установленный факт злоупотребления правом со стороны того или иного участника досудебного производства по уголовному делу не является самостоятельным обстоятельством, исключающим дальнейшее его в нем участие. Но он должен расцениваться как существенное обстоятельство, свидетельствующее о наличии оснований полагать, что это лицо «лично, прямо или косвенно заинтересованно в исходе данного уголовного дела» (ч. 2 ст. 61 УПК). И отвод следователя (других перечисленных в ст. 61 УПК лиц), в основание для которого, наряду с другими обстоятельствами, свидетельствующими о наличии его заинтересованности в исходе дела, будет положен установленный факт злоупотребления данным лицом правом, есть одна из

возможных процессуальных санкций за нарушение принципа недопустимости злоупотребления правом.

В завершение этой части нашей работы скажем, что далее будут приводиться многочисленные примеры из практики досудебного производства по уголовным делам, которые с категорической очевидностью свидетельствуют, что злоупотребления представленными профессиональным и непрофессиональным участникам уголовного судопроизводства правами есть, увы, реальность.

Реальность, с которой следует считаться и на факты проявления которой необходимо должным образом реагировать, максимально ограничивая возможности усмотрения этих лиц в использовании своих процессуальных прав.

Авторы надеются, что содержащиеся в данной работе предложения хотя бы в некоторой мере предоставят возможность объективно разграничивать допустимую правоприменительную и тактическую (в рамках реализации своих полномочий и прав) деятельность участников досудебного производства по уголовным делам от злоупотребления предоставленными каждому из них правами и адекватного процессуального реагирования уполномоченных лиц на последнее.

Иными словами, будут предупреждать необоснованное дискреционное использование ими своих прав и правомочий.

Суть данного положения заключается в том, что злоупотребление правом со стороны участников уголовного судопроизводства, в первую очередь участвующих в нем по должности/профессии, возможно лишь в условиях принятия и реализации им своих решений – и об этом подробно будет говориться далее, в поле, предоставленном им для того уголовно-процессуальным законом усмотрения.

И этот методологической важности посыл в контексте нашего дальнейшего исследования с логической неизбежностью обусловливает необходимость авторского определения сущности феномена усмотрения в области уголовного судопроизводства.

§ 2. Усмотрение в уголовном судопроизводстве – поле возможного злоупотребления правом

«Усмотрение (discretio) в правоприменительной деятельности до настоящего времени, – справедливо пишет известный израиль-

ский правовед Аарон Барак, перевод работы которого на русский язык в 1999 г., думается нам, явился серьезным стимулом для исследования проблем усмотрения в судопроизводстве современными отечественными исследователями, – остается затянутым в царство неведомого, окутанным покровом таинственности, с неясными даже философскими основами»[38].

Так же, на наш взгляд, обстоит дело с методологическими основами исследования «усмотрения» и в российской общей теории права, в отдельных правовых отраслях.

Можно с большой степенью уверенности предположить, что именно в этой связи сущность усмотрения не разъясняется ни в одном из действующих отраслевых законов и даже ни в одном из известных нам русскоязычных юридических словарей и справочников.

К примеру, Большой юридической словарь термин «усмотрение» использует не менее чем в 17 статьях, посвященных разъяснению различных правовых категорий (от завещания до свободы договора и т. д.), однако самостоятельной статьи, раскрывающей само понятие усмотрения, не содержит[39].

Сам же уголовно-процессуальный закон – а именно он, наряду с базирующейся на нем правоприменительной практикой производства по уголовным делам, очевидно, является исходным объектом нашего изучения напрямую, непосредственно оперирует понятием усмотрения лишь в нескольких случаях. В частности, в нормах, устанавливающих особенности производства следственных действий с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля на предварительном следствии и в суде. В соответствии с ними при допросе несовершеннолетних, достигших 16 лет (а также при производстве с их с участием очной ставки, опознания, проверке показаний), *по усмотрению* следователя участвует педагог или психолог (ст. 191, 280 УПК).

В действующей редакции ст. 170 УПК понятые привлекаются для производства перечисленных в ней следственных действий *по усмотрению* следователя.

---

[38] *Барак А.* Судейское усмотрение. М., 1999. С. 8–9.

«Только пальцами шевелишь и чертыхаешься от полного бессилия», – так выражался сталкер Шухард, пытаясь описать один из артефактов Зоны (*Стругацкие А. и Б.* Неназначенные встречи. М., 1980. С. 76).

[39] См.: URL: http://slovari. yandex.ru

Этот термин законодатель использует также при определении порядка вынесения судом так называемых протокольных определений/постановлений: «…все иные определения или постановления *по усмотрению суда* выносятся в зале судебного заседания и подлежат занесению в протокол».

Во всех других многочисленных случаях, о которых речь подробнее будет идти дальше, УПК опосредует право субъекта уголовно-процессуальной деятельности на усмотрение выражениями «следователь/суд вправе/имеет право/может…» и другими подобными словосочетаниями[40].

Однако это (о чем уже упоминалось) отнюдь не означает отсутствие прав и, более того, обязанностей участников уголовного судопроизводства, в первую очередь профессиональных, на реализацию ими усмотрения в самом широком диапазоне своей правоприменительной деятельности.

И вот здесь-то и таится наибольшая опасность проявлений феномена усмотрения при правоприменении, на которую обращают внимание практически все его исследователи, та тонкая (если не сказать более – тончайшая) грань, отличающая его от злоупотребления правом и даже прямого произвола правоприменителя в соответствующей сфере судопроизводства.

Позволим привести две цитаты из разных произведений Л. Н. Толстого, думается, очень рельефно выражающих психологическую сущность феномена усмотрения в уголовном судопроизводстве.

«…Теперь же, судебным следователем, Иван Ильич чувствовал, что все, все без исключения, самые важные, самодовольные люди – все у него в руках и что ему стоит только написать известные слова на бумаге с заголовком, и этого важного, самодовольного человека приведут к нему в качестве обвиняемого или свидетеля, и он будет, если он не захочет посадить его, стоять перед ним и отвечать на его вопросы. Иван Ильич никогда не злоупотреблял этой своей властью, напротив, старался смягчать выражения ее; но сознание этой власти и возможность смягчать ее

[40] В частности, в ст. 186 УПК содержится еще одно положение, носящее характер усмотрения: «О результатах осмотра и прослушивания фонограммы следователь с участием специалиста (*при необходимости*), а также лиц….» (выделено нами. – *Авт*.).

составляли для него главный интерес и привлекательность его новой службы»[41].

«– Стало быть, сенат [апелляционная и кассационная инстанции в терминологии современного уголовного процесса] исправит ошибку?

– Это смотря по тому, какие там в данный момент будут заседать богодулы.

– Какие богодулы?

– Богодулы из богадельни»[42].

В уголовно-процессуальной литературе советского периода развития нашего общества необходимость изучения феномена усмотрения тщательно вуалировалась даже при рассмотрении очевидно и генетически связанных с ним проблем профессионального правосознания и внутреннего убеждения участников уголовного судопроизводства[43].

«Решение по каждому уголовному делу, – осторожно писал еще в 1984 г., например, Ю. М. Грошевой, принимается с учетом конкретных обстоятельств совершенного преступления и личности подсудимого, является выражением индивидуального правосознания судьи…»[44]

Но будем откровенны: разве это решение не есть, в сущности, усмотрение судьи, реализованное в самом его содержании?

Видимо, это обстоятельство имел в виду в свое время И. С. Ной, когда справедливо, на наш взгляд, утверждал, что «логически обосновать назначение конкретного наказания за конкретное преступление вообще невозможно»[45].

По нашему мнению, это отношение к рассматриваемому феномену во многом обусловливалось идеологическим подходом к

---

[41] *Толстой Л. Н.* Смерть Ивана Ильича // Толстой Л. Н. Повести и рассказы. М., 1983. С. 140.

[42] *Толстой Л. Н.* Воскресение. М., 1976. (БВЛ). С. 157.

[43] См., например: *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков, 1975 ; *Его же*. Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие. Харьков, 1986 ; *Резник Г. М.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977.

[44] *Грошевой Ю. М.* Профессиональное правосознание судьи… С. 21.

[45] *Ной И. С.* Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве. Саратов, 1973. С. 61.

изучению проблем социалистического уголовного судопроизводства с, увы, a priori присущим ему методологическим ханжеством, когда понятие усмотрения полностью ассоциировалось с понятием недопустимого «свободомыслия» правоприменителя, по сути, между ними ставился знак равенства. Он же, названный подход, думаем мы, во многом основывался лишь на одном из словарных определений этого термина, под которым им обозначается на только установление, обнаружение, признание, понятие чего-либо, решение, но, действительно, и произвол[46].

Тем не менее согласно анализу, проведенному П. Г. Марфициным, в УПК РСФСР 1960 г. термин «усмотрение» или предполагающие его синонимы использовались в 466 статьях: слово «может» употреблялось 180 раз, «вправе» – 160, «по усмотрению» – 5 раз. В 473 статьях УПК РФ эти слова и обороты употреблены соответственно 230, 204 и 4 раза[47].

В настоящее время ситуация, к счастью, изменилась, и потому неслучайно, что в последнее десятилетие в уголовно-правовой и процессуальной литературе появился ряд весьма интересных публикаций (в том числе и диссертационного характера[48]) о различных аспектах как самого феномена усмотрения участников уголовно-судопроизводственной деятельности, так и особенностей его реализации этими лицами. И конечно же, во многих из них, и это методологически совершенно верно, в первую очередь делаются попытки разобраться в самом понятии усмотрения и в его сущности, в отличии допустимости и необходимости усмотрения от произвола в правоприменительной деятельности.

---

[46] Усмотрение – 1) заключение, мнение, решение; 2) действие, решение или склонность действовать, решать по собственному желанию, а не по закону, произвол (неодобрит.) (см.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1970. С. 826 ; *Александрова З. Е.* Словарь синонимов русского языка. М., 1975. С. 568 ; Большой толковый словарь русского языка. М., 1998. С. 1400).

[47] См.: *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя : (уголовно-процессуальный аспект). Омск : Академия МВД России, 2002. Здесь и далее ссылки на данную работу приводятся по ее рукописи, любезно предоставленной нам.

[48] В частности, различным аспектам усмотрения в уголовном судопроизводстве посвящены подготовленные в последние годы диссертации А. Б. Ярославцева (Волгоград, 2001), Ю. В. Грачевой (М., 2002), П. Г. Марфицина (Омск, 2003), А. П. Севастьянова (Красноярск, 2004), А. А. Огилец (Краснодар, 2007), Н. Н. Апостоловой (М., 2010) (см.: Электронный каталог российских диссертаций: URL: http://www.disserr.ru).

При анализе современной отечественной процессуальной, прежде всего, естественно, уголовно-процессуальной, литературы, в которой в тех или иных аспектах исследуются проблемы усмотрения, отчетливо проявились несколько подходов к их решению.

Так, А. Б. Ярославцев полагает, что, усмотрение – это отношение к характеру разрешения неурегулированной законом ситуации. «Оптимальное усмотрение следователя, – пишет он, – это его отношение (мнения, суждения, взгляды, оценки) к характеру разрешения неурегулированной законом следственной ситуации, обусловленное имеющимся у него жизненным и профессиональным опытом, общими и профессиональными знаниями, навыками, умениями, физическими и психическими особенностями его личности»[49].

Не думаем, что эту дефиницию можно признать удачной. Основным недостатком данного определения, по нашему разумению, является сведение содержания рассматриваемого феномена лишь к его генезису, к тому, что лежит в основе разрешения возникшей перед исследователем (следователем, судьей) ситуации.

Однако несомненно, что практическая, прикладная, правовая значимость усмотрения состоит не во внутренних душевных колебаниях его субъекта, не в так называемом когнитивном диссонансе (его внутреннем конфликте). Она состоит в сущности принимаемых лицом на этой основе – на основе своего усмотрения, процессуальных и тактических решений как таковых.

То, что обозначается данным автором в качестве усмотрения, на наш взгляд, составляет содержание других категорий, а именно индивидуального правосознания профессионального субъекта уголовного судопроизводства и его внутреннего убеждения, на основе которых и формируется усмотрение следователя/судьи при разрешении проблем, возникающих перед ним при разбирательстве (расследовании/ рассмотрении) конкретного уголовного дела.

Попутно заметим, что в этой связи мы в принципе не можем согласиться также с А. Р. Белкиным, предлагающим дополнить УПК ст. 15.1 («Беспристрастность и объективность судопроизводства»),

---

[49] См.: *Ярославцев А. Б.* Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 4.

ч. 2 которой, по его мнению, должна содержать следующее положение:

«Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны исследовать обстоятельства дела объективно, основываясь на реальных достоверных доказательствах, а не на субъективных мнениях и предположениях…»[50]

Нам представляется, что данное положение входит в резкое противоречие с закрепленным в ст. 17 УПК принципом свободы оценки доказательств, в частности с тем, что «никакие доказательства не имеют заранее установленной силы», они оцениваются субъектом доказывания именно на основе его «субъективных мнений и предположений», генезисом для которых является правосознание данного субъекта.

Напомним, что в самом общем виде под правосознанием понимается совокупность взглядов, идей, выражающих отношение человека к праву, законности, правосудию, его представление о том, что является правомерным или неправомерным. «Психологическую сторону правосознания составляют привычки, чувства, эмоции людей в отношении правовых явлений»[51].

«Внутреннее убеждение следователя (судьи, эксперта) – психическое состояние, возникающее как результат оценки доказательств, осуществленной свободно, без следования каким-либо внешним догмам с учетом специфики конкретного уголовного дела. Внутреннее убеждение формируется при отсутствии каких-либо внешних критериев»[52].

Иными словами, на наш взгляд, предлагаемое А. Б. Ярославским определение не раскрывает самую сущность и функцию усмотрения как деятельного, именно деятельного, феномена в области уголовного судопроизводства.

Один из классиков теории усмотрения в современной зарубежной юридической литературе Аарон Барак понимает под усмотрением полномочие, которое закон дает судье, чтобы делать выбор из нескольких альтернатив, из которых каждая законна. И тут же совершенно верно обращает внимание (и, по сути, тем самым пред-

---

[50] *Белкин А. Р.* Указ. соч. С. 60.

[51] См.: Юридический энциклопедический словарь. М., 1987. С. 359 ; Большой толковый словарь русского языка. СПб., 1998. С. 953.

[52] *Белкин Р. С.* Криминалистичаеская энциклопедия. М., 2000. С. 37.

восхищая основное критическое замечание, которое вызывает у нас позиция А. Б. Ярославцева) на то, что «судейское усмотрение по определению не является ни эмоциональным, ни умственным состоянием. Это скорее юридическое условие, при котором судья волен делать выбор из ряда вариантов»[53].

Добавим также, что введение А. Б. Ярославским указания на то, что усмотрение касается разрешения лишь неурегулированной законом ситуации, также нам представляется некорректным; видимо (и об этом подробнее будет идти далее), речь в этом отношении следует вести о ситуациях, способы и средства разрешения которых не предписаны законом однозначно, императивно.

Такими, не допускающими какого-либо усмотрения, к примеру, являются императивно законом предписанные условия и порядок производства отдельных следственных действий, ряд обстоятельств, установление которых в силу требования закона возможно лишь указанным им образом (скажем, указанные в ст. 196 УПК случаи обязательного назначения судебной экспертизы).

Мы всецело согласны с тем, что допустимое усмотрение (в следственной, судейской, иной другой деятельности в любой отрасли судопроизводства) по определению может относиться лишь к выбору из альтернатив, либо прямо предусмотренных законом, либо ему не противоречащих.

Дело в очевидном, на наш взгляд, факте, что усмотрение есть в первую очередь не что иное, как принятие соответствующим субъектом решения возникшей перед ним проблемной ситуации в деятельности по достижению некой сформулированной им для себя (либо нормативно ему предписанной) цели. Она же, цель, как известно, «как закон» структурирует всю деятельность по ее достижению.

Конечная цель уголовного судопроизводства заключается в установлении факта (отсутствия факта) существования уголовно-правового конфликта и его разрешении профессиональными участниками уголовного процесса, каждым – в пределах своей уголовно-процессуальной функции, непрофессиональными его участниками – в пределах предоставленных каждому из них процессуальных прав по участию в производстве по уголовному делу.

Эта цель – стратегическая.

---

[53] *Барак А*. Указ. соч. С. 13.

Для ее достижения соответственным образом структурируются конечные цели деятельности отдельных участников уголовного процесса. Если говорить об этом применительно к досудебному производству по уголовному делу, то конечная цель деятельности следователя[54] заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешение в пределах своей уголовно-процессуальной функции. Это же предполагает обоснованное и законное формулирование обвинительного тезиса в отношении конкретного лица либо констатацию факта отсутствия для того оснований или необходимости (либо возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами.

Конечная цель деятельности прокурора в уголовном процессе (с учетом его современных функций в досудебном производстве по уголовному делу) – принятие решения о возможности и необходимости возбуждения в отношении привлекаемого к уголовной ответственности лица государственного обвинения и в случае наличия таких оснований – направления уголовного дела в суд для его рассмотрения по существу.

Эти цели достигаются названными должностными лицами в ходе и в результате осуществления им уголовного преследования (каждым, естественно, в пределах своей на то уголовно-процессуальной компетенции).

В соответствии с п. 55 ст. 5 УПК под уголовным преследованием понимается «процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления».

Мы неоднократно выражали свое критическое отношение к такому пониманию данного процессуального института. А потому, опуская здесь подробную аргументацию нашего мнения в этом отношении[55], скажем, что, по нашему разумению, уголовное преследование есть процессуальная деятельность, осуществляемая

---

[54] Под следователем в данном контексте мы понимаем также и прокурора, дознавателя, руководителей следственного органа и органа дознания, каждого, естественно, с учетом его процессуальной компетенции в досудебном производстве по уголовному делу.

[55] Она содержится, в частности, в работах: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы качества права и правоприменения. М., 2009 ; *Его же*. Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М., 2012.

стороной обвинения и целенаправленная каждым ее участником в пределах своей компетенции на обнаружение преступления, выявление, законное и обоснованное изобличение подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в его совершении.

Мы не одиноки во мнении о необходимости внесения корректив в законодательное определение рассматриваемого уголовно-процессуального института, его сущности: на это обращают внимание многие авторы, предлагая свои, также зачастую весьма спорные дефиниции.

Так, к примеру, А. Р. Белкин счел целесообразным изложить п. 55 ст. 5 УПК в следующей редакции: «уголовное преследование – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях установления, обнаружения и изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления»[56].

Однако разве само по себе установление факта совершения преступления, часто предшествующее «установлению и изобличению», не является уголовным преследованием и чем же в таком случае та деятельность является?

Наиболее точная, на наш взгляд, правовая дефиниция уголовного преследования (из известного нам законодательства государств постсоветского пространства) содержится в УПК Казахстана, в котором она сформулирована следующим образом:

«Уголовное преследование (обвинение)» – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях установления деяния, запрещенного уголовным законом, и совершившего его лица, виновности последнего в совершении преступления, а также для обеспечения применения к такому лицу наказания или иных мер уголовно-правового воздействия» (п. 13 ст. 7 УПК Республики Казахстан).

Конечная цель деятельности всех лиц, представляющих сторону защиты, и, конечно же, в первую очередь адвоката-защитника, состоит в обосновании того, что его подзащитный (воспользуемся словами А. Ф. Кони) не виноват вовсе либо виноват не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования.

Такая направленность всей деятельности адвоката-защитника по уголовным делам предопределяет существенную, где-то экс-

[56] *Белкин А. Р.* Указ. соч. С. 79.

тремальную специфику нравственно-этической основы этой деятельности. Она заключается в следующем: адвокат не может назвать подлеца подлецом, если подлец его клиент.

Достижение всеми этими лицами конечных целей своей деятельности завершаются принятием каждым из них, чаще всего, как правило, по своему усмотрению, соответствующих решений по ее итогам и их реализацией в пределах компетенции каждого участника деятельности[57].

Само же принятие решения, независимо от сферы деятельности, в которой оно принимается, его вида, формы облечения, в посвященной теории принятия решений литературе обычно рассматривается как процесс, состоящий из пяти этапов: диагностика проблемы; формулировка критериев (стандартов) и ограничений; определение альтернатив; оценка альтернатив; окончательный выбор решения[58].

Применительно к уголовному судопроизводству в целом мы, как нам представляется, достаточно подробно рассмотрели сущность этой структуры принятия решений в ряде предыдущих, в частности названных выше, своих публикациях.

Однако до того как предложить свое видение феномена усмотрения в уголовном процессе, нельзя не остановиться вновь на втором из перечисленных этапов принятия решений, для этой области деятельности весьма специфичном. Именно формулирование критериев и ограничений, соблюдение их (следование им), думается нам, позволяет отличать допустимое усмотрение от злоупотребления правами со стороны как профессиональных, так и непрофессиональных участников уголовного судопроизводства.

Ограничения, пишут специалисты в области исследования систем управления, обычно имеют внутренний и внешний характер. Первые из них находятся внутри организации, например ограниченность ресурсов. Вторые содержатся во внешней среде органи-

---

[57] Об этом подробнее см.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблемы качества права и правоприменения. М., 2009 ; *Его же.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М., 2012.

[58] См.: *Мыльник В. В., Титаренко Б. П., Волочиенко В. А.* Исследование систем управления. М., 2006 ; *Баллод Б. А., Елизарова Н. Н.* Методы и алгоритмы принятия решений в экономике. М., 2009. С. 23.

зации. К ним относятся, например, ограничивающие внешнюю деятельность организации законы.

Но в области правоприменения, в том числе и в уголовном судопроизводстве, эти ограничения носят принципиально иной характер.

Ограничивающие деятельность участников уголовного процесса законы выступают для них в виде не внешних, а глубинных внутренних ограничений.

Все они в этой своей деятельности скованы требованиями уголовно-процессуального закона – они могут действовать исключительно в его рамках, так и только так, как им предписывает уголовно-процессуальный закон.

Тут нам представляется уместным небольшое отступление.

Любой закон, в том числе закон уголовно-процессуальный, несовершенен.

Особенно тогда, когда он, как часто у нас случается, принимается в некой лихорадочной спешке, без серьезного и широкого обсуждения его проектов со специалистами, усугубляемых пренебрежением к канонам юридической техники, что влечет возникновение (или неустранение) противоречий между отдельными правовыми нормами.

Как верно в этой связи замечает А. В. Победкин, «изменения уголовно-процессуального права нередко становятся полной неожиданностью для правоприменителя, ученых; идеи, отраженные в новеллах, не проходят должной апробации, предварительно не обсуждаются». Более того, по мнению этого автора, «в основу большинства [его] корректив ложатся политические или, что еще хуже, узковедомственные интересы»[59].

Все этим, в частности, на наш взгляд, обусловлено то, что с момента принятия в 2001 г. Уголовно-процессуального кодекса РФ в него к настоящему времени внесено более 1000 (!) поправок, дополнений и изменений, многие из которых, в свою очередь, вызывают и у теоретиков, и практиков критические замечания[60].

---

[59] *Победкин А. В.* Уголовный процесс : состояние вне права. М., 2013. С. 121.

[60] См. об этом, например: *Баев М. О., Баев О. Я.* УПК РФ : достижения, лакуны, коллизии. Воронеж, 2002; *Их же*. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : научно-практический анализ основных достижений

И невольно в этой связи напрашивается отнюдь не риторический вопрос, что есть в нашей стране в этом отношении: власть пр**а**ва или власть прав**а**?

Но после принятия закона Федеральным Собранием и утверждения Президентом страны, до тех пор, пока закон действует, он – Его Величество Закон[61].

Закон создается не правоприменителями; он создается уполномоченными на то властными субъектами, все остальные лица и органы лишь применяют закон, его используют, действуя при этом исключительно в рамках, предоставленных им законом.

И потому и действовать можно только по Закону, и маневрировать в правоприменительной деятельности можно только в рамках Закона.

В нем нет норм, необязательных для исполнения, тех, которыми можно было бы пренебречь. «Dura lex scripta tamen», – говорили древние римляне («Закон строг, но он так написан»).

«Судьи, – завершая анализ естественно-правовой, так называемой декларaторной, теории судебного усмотрения, верно, на наш взгляд, формулирует Л. Н. Берг, – не создают право, а лишь декларируют право, которое уже существовало до судебного прецедента.

…Судебное усмотрение… представляет собой выбор в пределах правовой нормы»[62].

При производстве по уголовному делу любой участвующий в нем субъект не создает «удобные» ему для конкретного случая уголовные и уголовно-процессуальные нормы; он осуществляет свою деятельность исключительно в пределах соответствующих действующих законов, предоставленных ему прав и полномочий.

«Именно в области уголовного права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан», – писал еще в начале прошлого века И. Я. Фойницкий[63].

и проблем. СПб., 2003 ; *Белкин А. Р.* УПК РФ : Нужны ли перемены? М., 2013 ; *Победкин А. В.* Указ. соч.

[61] В то же время нет ни малейших сомнений, что любой закон должен критически анализироваться и комментироваться в соответствующей литературе, что явится стимулом для его совершенствования и, главное, оптимизации его применения в практической деятельности.

[62] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы : (общетеоретический аспект) : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 14, 16.

[63] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства, СПб., 1996. С. 586.

«История свободы, – спустя столетие совершенно уместно практически повторяет это принципиальное положение А. В. Смирнов, – это история процессуальных гарантий»[64].

Человечество за всю свою многовековую и зачастую трагическую уголовно-судопроизводственную историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой, минимально необходимой и возможной гарантией обеспечения прав человека от репрессивного механизма государства, от перехода допустимого усмотрения в злоупотребление правом (в ряде случаев в чистый произвол) при правоприменении.

Основные ограничения для принятия решений в целом, в том числе и «по усмотрению», накладываемые на этих лиц уголовно-процессуальным законом, заложены в первую очередь в установленных им принципах уголовного судопроизводства (в свою очередь, представляющих приложение к нему конституционных положений), сформулированных в виде категорических императивов.

Приведем ряд из них, более непосредственно, чем другие, касающихся изучаемой здесь проблемы усмотрения как поля возможного злоупотребления правом со стороны участников любой стадии и этапа уголовного судопроизводства:

– «уголовное судопроизводство осуществляется в сроки, установленные настоящим Кодексом. Продление этих сроков допустимо в случаях и в порядке, которые предусмотрены настоящим Кодексом, но уголовное преследование, назначение наказания и прекращение уголовного преследования должны осуществляться в разумный срок» (ст. 6.1 УПК);

– «никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут наказанию иначе как по приговору суда…» (ст. 8 УПК);

– «в ходе уголовного судопроизводства запрещаются осуществление действий и принятие решений, унижающих честь участника уголовного судопроизводства, а также обращение, унижающее его человеческое достоинство либо создающее опасность для его жизни и здоровья» (ст. 9 УПК).

---

[64] *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2002. С. 219.

Осознавая ту тонкую грань, которая превращает правомерное и допустимое усмотрение в злоупотребление правом, законодатель также ограничил полномочия на усмотрение при принятии определенных решений и правового поведения рядом условий, иными словами, ввел правовые пределы для усмотрения при разрешении более или менее типовых ситуаций уголовного судопроизводства.

Пределы усмотрения – «это правовые рамки, установленные управомоченными субъектами с помощью правовых юридических средств, четко ограничивающие объем применения права»[65].

Ограничения более низкого, если так можно выразиться, уровня установлены УПК (и о них мы также будем говорить далее) для ряда типовых ситуаций принятия решений и действий в соответствии с ними этих лиц в уголовном процессе.

А потому основополагающим атрибутивным признаком формулируемого нами понятия является то, что усмотрение – это выбор из альтернатив, каждая из которых законна или не противоречит закону.

«[Судейское] усмотрение, – пишет по этому поводу А. Барак, – предполагает наличие зоны законных возможностей, каждая из которых законна в контексте системы. Любой вариант, который находится вне этой зоны, по определению незаконен, и судья не вправе по своему усмотрению решать, выбирать его или нет»[66].

К числу внутренних ограничений при принятии решений в области уголовного судопроизводства следует отнести также необходимость неукоснительного соблюдения при этом ЛПР (этой аббревиатурой в соответствующей теории обозначается лицо, принимающее решение) требований общей и судебной этики.

При этом очевидно, что требования неукоснительного соблюдения этических основ в первую очередь и главным образом относятся к собственно тактической, осуществляемой в рамках уголовно-процессуального закона деятельности лица, принимающего и реализующего соответствующие свои в этом отношении решения.

И именно к их выбору «по усмотрению» и реализации в уголовном преследовании (да и зачастую и в защите от него) с этих позиций более, чем к любому другому виду деятельности, относятся уже ранее приводимые известные слова: «формально правильно, а по существу – издевательство».

---

[65] *Берг Л. Н.* Указ. соч. С. 21.

[66] *Барак А.* Указ. соч. С. 19.

Мы убеждены в следующем: нарушение основных этических предписаний, других критериев допустимости (о которых будет говориться чуть ниже) субъектом ЛПР в своей тактической деятельности также есть злоупотребление им правом на ее осуществление. Оно в этой связи подлежит соответствующей оценке со стороны компетентных должностных лиц и органов (как минимум в виде признания информационно-значимых результатов таковой деятельности, отраженных в протоколах соответствующих следственных действий, недопустимыми доказательствами).

Усмотрение в деятельности лиц и органов, осуществляющих досудебное производство по уголовному делу, в рассматриваемом здесь контексте – решение, обязательное для соблюдения и исполнения всеми лицами, на которых оно распространяется, носит обязательный для исполнения характер, что обеспечивается реализацией субъектом усмотрения своих властных на то полномочий.

К примеру, «право свободного усмотрения (дискрецию) прокурора можно определить как разумный, обоснованный и справедливый выбор законных вариантов его поведения и принимаемых им решений с учетом конкретной обстановки при осуществлении уголовного преследования и надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия»[67].

«Под усмотрением применительно к данной стадии уголовного судопроизводства, – видимо, учитывая выше приведенное суждение А. Барака о необходимом характере альтернатив, пишет П. Г. Марфицин, – следует понимать “*выбранный* следователем в пределах своих полномочий из ряда альтернатив (каждая из которых законна) *вариант поведения (решения)*, отвечающий конкретным условиям дела”»[68].

В принципе также понимается усмотрение и для условий иных видов судопроизводства. Так, например, О. А. Папкова применительно к гражданскому и арбитражному процессам под судейским усмотрением понимает предусмотренную юридическими нормами, осуществляемую в процессуальной форме мотивированную правоприменительную деятельность суда, имеющую общие

---

[67] *Оксюк Т.* Усмотрение прокурора в уголовном процессе // Законность. 2010. № 3. С. 3.

[68] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя : (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002.

и специальные пределы, состоящую в выборе варианта решения правового вопроса[69].

В первую очередь они перечислены в процессуальном статусе определенного ЛПР, в его полномочиях и правах, сформулированных в терминах «уполномочен», «вправе» и т. п.[70]

Кроме того, варианты альтернатив для принятия ЛПР по своему усмотрению уголовно-процессуальных решений, отвечающих, как отметил П. Г. Марфицин, конкретным условиям дела, в исчерпывающем виде заложены в уголовно-процессуальном законе. При этом они – варианты альтернатив принятия решения по усмотрению – законом конкретизированы применительно к отдельным уголовно-процессуальным решениям.

Для адвокатов, принимающих по усмотрению решения при осуществлении профессиональной защиты своего доверителя от уголовного преследования, критериями налагаемых на них внутренних ограничений являются несколько иные законодательные положения. Как известно, адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты (об этой проблеме будет говориться далее). В своей деятельности он может использовать любые средства и способы защиты, кроме тех, которые запрещены УПК; на него возложена обязанность (за исключением указанных в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» случаев) поддерживать позицию своего подзащитного[71].

Однако усмотрение адвоката свойствами обязательности для исполнения в противоположность усмотрению лиц, осуществляющих уголовное преследование, не обладает. Оно, усмотрение адвоката (выраженное в подаваемых им ходатайствах, жалобах, заявлениях, выступлениях в прениях сторон в суде и т. п.), лишь инициирует необходимость реагирования на него субъекта, имеющего на это властные, обеспеченные процессуальным механизмом реализации полномочия (следователем, прокурором, судом/судьей) путем принятия по мотивированному усмотрению соответствующего решения.

---

[69] См.: *Папкова О. А.* Усмотрение суда. М., 2005. С. 39.

[70] К примеру: «Следователь уполномочен…» (ст. 38 и др. УПК); Прокурор/руководитель следственного органа вправе…» (ст. 37, 39, 40-1. и др. УПК).

[71] Ст. 49, 53 УПК; ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Увы, к сожалению, на практике далеко не всегда эти решения правоприменителей, обусловленные необходимостью реагирования на занятую защитником по своему на то усмотрению позицию по тем или иным обстоятельствам производства по уголовному делу, надлежащим образом ими мотивируются.

Проиллюстрируем наш вывод одной из наиболее распространенных и типовой, к сожалению, ситуацией, возникающей в досудебном производстве по уголовным делам.

Как известно, следователь, дознаватель не может отказать подозреваемому, обвиняемому, его защитнику (а также потерпевшему и другим перечисленным в ч. 2 ст. 159 УПК лицам) в удовлетворении ходатайств о производстве действий для установления обстоятельств, имеющих значение для данного уголовного дела.

Однако, несмотря на, казалось бы, императивность этого положения, разрешаются такие ходатайства по усмотрению их адресатов о том, имеют ли эти обстоятельства значение по делу. И широко распространены факты, когда соответствующие решения предопределяются внутренним убеждением правоуполномоченного лица о несущественности для дела обстоятельств, об установлении которых ходатайствует сторона защиты.

Более того, будем реалистами, зачастую такие решения структурируются не только внутренним убеждением, но и организационно-процессуальными факторами. В первую очередь в случаях, когда удовлетворение заявленных ходатайств (даже при несомненной их обоснованности) потребует необходимости продления срока предварительного расследования и/ или содержания обвиняемого под стражей.

Основное юридически значимое отличие решений представителей стороны защиты от решений, принимаемых по усмотрению следователем, состоит в том, что последние властны, их выполнение обеспечивается властными полномочиями для реализации, составляющими часть его процессуального статуса.

Но в то же время в ряде случаев и ситуаций, о которых также подробнее речь пойдет далее, решения адвоката, принимаемые для защиты интересов своего доверителя, как и решения следователя, чреваты возможностями злоупотребления представленными стороне защиты процессуальными правами. Но, что естественно,

с противоположным знаком влияния того на профессиональные (а иногда и на личные) интересы стороны обвинения.

Таким образом (как нам это представляется в настоящее время), усмотрение в уголовном судопроизводстве есть результат выбора профессиональными и непрофессиональными его субъектами в своих интересах варианта поведения и действий из альтернатив, предоставляемых для того каждому из них уголовно-процессуальным законом или не противоречащих уголовно-процессуальному закону, и реализация ими своего выбора.

С точки зрения гносеологии феномен усмотрения в области уголовного судопроизводства есть частный случай проявления всеобщего диалектического закона единства и борьбы противоположностей.

Без усмотрения осуществление уголовного судопроизводства в принципе невозможно, но в то же время необходимость принятия в нем решений «по усмотрению» должна всемерно законодательно сужаться. Как минимум таким же законодательным образом должны максимально четко, взаимосвязанно определяться его «поле и правила игры» – предмет, границы и условия допустимого усмотрения со стороны соответствующего правоприменителя для самого широкого круга следственных и судебных ситуаций.

Но очевидная и естественная индивидуальность, уникальность каждого производства по конкретному уголовному делу, отсутствие для многих следственных, защитных, судебных ситуаций, складывающихся в практической деятельности, четких законодательных рамок и границ допустимого усмотрения при их разрешении и есть генезис возможного злоупотребления его участников предоставленными им полномочиями и правами.

В проблеме злоупотребления правом при принятии и реализации решений по усмотрению мы видим два из того следствия. Они противоположны по своей направленности и значимости, но в обоих случаях крайне негативны для достижения самого назначения уголовного судопроизводства в целом.

Первым из них является то, что под знаком пресечения того, что правоприменителям будет представляться злоупотреблением правом, «будет выхолащиваться суть процессуальных прав участников уголовного судопроизводства <…>, когда в зависимости только лишь от их усмотрения, не сдерживаемого никакими усло-

виями, участники процесса будут лишаться тех или иных прав и свобод или ограничиваться в них»[72].

Уголовное преследование в подобных случаях осуществляется с соблюдением прав лиц, в него вовлекаемых, лишь исключительно в пределах, которые не поставят под сомнение допустимость получаемых по делу обвинительных доказательств (к примеру, обеспечение обязательного участия в допросе подозреваемого/обвиняемого его защитника) либо «процессуальную непорочность» производимого расследования в целом, например незамедлительное уведомление лица о возбуждении в отношении него уголовного дела и т. п.

Все же другие ходатайства, жалобы и заявления стороны защиты, направленные на установление обстоятельств, реабилитирующих это лицо, или смягчающие грозящую ему ответственность при всей их несомненной обоснованности отклоняются.

Автору известны уголовные дела, по которым следователи отказывали стороне защиты в удовлетворении ходатайств о приобщении к делу представленных обвиняемым документов, о допросе лиц, опрос которых проведен адвокатом в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК, и т. д.

В мотивировочной части таких принимаемых решений иногда прямо указывается, что «заявление данного ходатайства есть злоупотребление правами со стороны обвиняемого/подозреваемого и его защитника». Заметим, что такое обоснование отказа в удовлетворении ходатайства, как показывает практика, наиболее распространено в ситуации, когда заявления с аналогичными по содержанию ходатайствами стороной защиты подаются неоднократно или/и в различные инстанции – от следователя до руководителя следственного органа и прокурора.

Мы же убеждены, что в рассматриваемых случаях и ситуациях следует в первую очередь оценивать с точки зрения злоупотребления правом не поведение стороны защиты, а напротив, поведение должностных лиц, осуществляющих досудебное производство по уголовному делу.

Второе, не менее значимое следствие злоупотребления правом – главным образом со стороны профессиональных и непрофесси-

---

[72] *Калинкина Л. Д.* К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2010. Вып. 4. С. 7.

ональных представителей защиты – состоит в том, что это может существенно затруднять осуществление уголовного судопроизводства, если не оптимального, то наиболее рационального процесса достижения его целей, самого назначения уголовного судопроизводства в, особо это подчеркнем, разумные сроки.

Сомнений в практической актуальности этого следствия злоупотребления правами быть не может, и нам вполне понятно повышенное внимание к этой проблеме в первую очередь со стороны практических работников органов предварительного расследования преступлений.

Более детально она будет исследоваться в нашей работе чуть позже. Здесь лишь, чтобы сразу обозначить нашу позицию по этой проблеме в принципе, отметим, что нам, в частности, представляется, мягко скажем, некорректным предложение следователя А. Н. Игнатьева о необходимости дополнения ст. 217 УПК следующими положениями:

«Под явным затягиванием времени ознакомления с материалами уголовного дела следует понимать […] 2) ограниченное краткое прочтение или осуществление копирования и фотографирования менее одного тома уголовного дела в день […]; 4) обращение повторно к любому из ранее копированных и фотографированных в полном объеме томов уголовного дела более трех раз»[73].

Совершенно очевидно, что каждое уголовное дело совершенно индивидуально, каждый его том может содержать материалы различной значимости для интересов стороны защиты. Не менее индивидуальны социально-психологические, образовательные и интеллектуальные свойства и качества каждого конкретного обвиняемого, проявляемые в том числе при его ознакомлении с материалами расследования…

Далее, с учетом сформулированного выше авторского в**и**дения сущности злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве и усмотрения правоприменителя/правообладателя как единственного поля возможного проявления этого феномена, предпримем попытку выявить представляющиеся наиболее значимыми типовые болевые точки злоупотребления участвующими в досудебном

[73] *Игнатьев А. Н.* Ознакомление стороны защиты с материалами уголовного дела : как гарантировать реализацию права и пресечь злоупотребления? URL: http://apco. kirov.ru/herald_apko/114/2101

производстве по уголовному делу представителей сторон обвинения и защиты своими правами/полномочиями, в первую очередь (как было оговорено в введении к работе) следователя и адвоката-защитника подозреваемого, обвиняемого.

При обосновании рекомендаций по изменению действующего уголовно-процессуального закона, преследующих цель предупреждения и нейтрализации последствий злоупотребления предоставленными правами в производстве по уголовному делу, авторы исходят из ранее сформулированного постулата о месте усмотрения в судопроизводственной деятельности.

В силу принципиальной его значимости повторим его.

Без усмотрения правоприменительная деятельность в принципе неосуществима. Но в то же время необходимость усмотрения, в том числе и при принятии и реализации решений в области уголовного судопроизводства (в частности, в досудебном производстве по уголовному делу) с целью предупреждения возможности злоупотребления правоприменителями предоставленными им на это правами, следует законодательно максимально сокращать.

Но даже и в этом случае, когда (и если) уголовно-процессуальный закон будет максимально ограничивать возможности усмотрения правообладателей и правоприменителей в принятии ими своих решений в досудебном производстве по уголовному делу, в его рамках будет осуществляться собственно тактическая деятельность этих субъектов. В сути своей именно она наполняет соответствующим содержанием выполнение нормативных предписаний закона, является основой того, чтобы таковое не превращалось в простое соблюдение процессуального ритуала.

«Очень многие следственные производства, – писали почти 90 лет тому назад В. Громов и Н. Лаговиер, – являясь удовлетворительными с точки зрения соблюдения процессуальных форм, в то же время совершенно неудовлетворительны с точки зрения основной цели всякого расследования – раскрытия материальной истины. Процессуальные нормы внешним образом соблюдены, следствие по делу закончено, а сам “след” безнадежно утерян... Но что было сделано, чтобы “след” найти, чтобы запутанный клубок распутать? На первый взгляд сделано все: свидетели допрошены, длинная цепь протоколов налицо. Но более внимательное ознакомление с делом показывает, что в действительности следователь

брал лишь те доказательства, которые, если так можно выразиться, сами плыли ему в руки... В сущности, вместо доподлинного расследования и искания истины оказывается чисто обрядовая регистрация всевозможных фактов, которые всплыли сами собой»[74].

Увы, это наблюдение одних из первых исследователей проблем отечественного предварительного расследования преступлений не потеряло своей актуальности и точности и в наши дни.

А потому можно с уверенностью констатировать, что практически любой случай злоупотребления правом со стороны следователя и защитника обусловливается именно их тактическими соображениями о путях, средствах и методах рационального достижения поставленной каждым из них перед собой, сформулированной выше конечной цели в досудебном производстве по конкретному уголовному делу.

Именно и лишь в тактической деятельности названных субъектов принимаются и реализуются процессуальные и собственно тактические решения в поле предоставленного им правового усмотрения, в том числе и носящие характер злоупотребления правом.

В последних случаях, убеждены мы, злоупотребление данными лицами своими правами обусловливается тем, что ими нарушаются критерии допустимости применения тактических средств в условиях потенциальных и реальных, опосредованных и непосредственных конфликтных ситуаций.

Скажем более: именно в оценке с точки зрения критериев допустимости средств, используемых участником уголовного судопроизводства в конкретной конфликтной ситуации (следственной / защитной, судебной), в первую очередь и лежит водораздел между оправданной тактикой этого субъекта и злоупотреблением им правом в этой своей деятельности в поле правового на нее усмотрения.

Если применяемое тактическое средство не соответствует разработанным криминалистикой критериям его допустимости, это a priori есть злоупотребление правом со стороны соответствующего субъекта – следователя, государственного обвинителя, адвоката.

Этот посыл, не вызывающий, по нашему мнению, сомнений в своей обоснованности, носящий в контексте всего исследования методологическую значимость, по сформулированной в нем при-

[74] *Громов В., Лаговиер Н.* Искусство расследования преступлений. М., 1927. С. 87.

чине обусловливает необходимость достаточно подробного рассмотрения системы и сущности критериев допустимой тактической деятельности участников досудебного производства по уголовному делу.

§ 3. Критерии допустимости тактической деятельности профессиональных участников досудебного производства по уголовному делу

А) Критерии допустимости тактической деятельности следователя

Несколько кратких вводных замечаний общетеоретического и общекриминалистического характера, относящихся к проблеме допустимости тактических средств, используемых всеми профессиональными участниками досудебного производства по уголовному делу.

Известно и аксиоматично, что цель любой деятельности человека «как закон определяет способ и характер его действий»[75]. Цели деятельности профессиональных участников уголовного судопроизводства в полном своем объеме обусловливаются их процессуальной функцией и носят императивный, обязывающий характер.

Средствами же достижения целей (функций, обязанностей) деятельности служит «все то, что необходимо для реализации цели, все то, что, по выражению Гегеля, “служит цели” и имеет смысл именно в этой связи»[76]. В досудебном производстве средства следователя и защитника могут быть только двух видов – процессуальными и криминалистическими.

Процессуальными средствами достижения этими субъектами своих целей в досудебном производстве по уголовному делу являются те, применение которых в каждом случае влечет за собой возникновение между ними определенных процессуальных правоотношений.

Криминалистическими – средства информационно-познавательной деятельности определенного участника данного процесса, реализуемые в условиях потенциального или реального проти-

---

[75] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 23. С. 183.

[76] *Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». М., 1967. С. 83.

водействия со стороны лиц и органов, имеющих иные, чем у него, интересы в уголовном деле[77].

Естественно, что вопросы тактической допустимости касаются не процессуальных средств (они заложены в законе, и потому проблема об их допустимости в принципе не стоит; в этом отношении в изучаемом контексте проблема несколько иная: возможные злоупотребления правом на выбор и использование отдельных из них), а средств криминалистических.

Все тактические средства создаются и включаются в арсенал субъектов правоприменительной деятельности в уголовном судопроизводстве (в первую очередь, естественно, следователя) трояким, если так можно выразиться, путем:

во-первых, теоретическим – как обоснование наукой криминалистикой возможности использования в тактических целях результатов проявления отдельных закономерностей, осознанных в таком качестве и изученных наукой криминалистикой.

Например, тактическая рекомендация о том, что для опознания опознающему лицу следует предъявлять одновременно не более девяти человек, основана на использовании психологической закономерности, известной в литературе как «закон миллеровской семерки». Согласно ему человек одновременно адекватно и качественно может воспринимать семь плюс-минус два объекта;

во-вторых, как обоснование криминалистикой возможности использования в тактических средствах отдельных способов действия и поведения, созданных практикой криминалистической деятельности.

Характерным примером таких приемов являются так называемые нетрадиционные методы воздействия на допрашиваемого. Они предлагаются Н. Н. Китаевым и рядом других криминалистов для включения в тактический арсенал на основе их собственного следственного опыта (использование биоритмов допрашиваемого, музыки, запахов в процессе допроса). Научная обоснованность и допустимость этих средств в настоящее время широко и активно обсуждается в литературе;

в-третьих, волеизъявлением на то законодателя.

В принципе в уголовно-процессуальный закон включаются лишь те обоснованные наукой криминалистикой и теорией судеб-

[77] См. об этом подробнее: *Баев О. Я.* Конфликтные ситуации на предварительном следствии. Воронеж, 1984. С. 79–94.

ных доказательств тактические приемы и рекомендации, которые проявили свою оптимальность при исследовании преступлений любых видов во всех мыслимых следственных ситуациях.

Но это только в принципе. Далеко не со всеми включенными в действующий уголовно-процессуальный закон в сути своей тактическими положениями, на наш взгляд, можно согласиться, и не всегда законодатель в этом отношении последователен. Так, нам представляется тактически неверным то, что в соответствии со ст. 192 УПК допрос на очной ставке должен начинаться с выяснения отношений между собой допрашиваемых. Выяснение отношений между участниками очной ставки перед постановкой им вопросов по существу предмета этого следственного действия может иметь отрицательный наводящий эффект.

Лицо, которое понимает, что второй участник очной ставки даст изобличающие его показания, тут же может заявить, что отношения между ними неприязненные, и тем самым в некой степени опорочить такие показания. Вопрос об отношениях между допрашиваемыми выяснять, безусловно, надо, но вряд ли нужно обязывать следователя во всех ситуациях именно с него начинать очную ставку.

Положение ч. 2 ст. 189 УПК о том, что «следователь свободен при выборе тактики допроса», по нашему глубокому убеждению, чрезвычайно опасно. На практике оно может повлечь далеко идущие негативные последствия. Будем надеяться, что следователи не воспримут ее как своеобразную индульгенцию на возможность использования любых тактических приемов проведения этого следственного действия, а напротив, более серьезно станут относиться к решению вопроса об их допустимости.

Много спорных с позиции криминалистики приемов и рекомендаций, по нашему мнению, содержится и в ряде других статей УПК. Но тем не менее закон есть закон, и содержащиеся в нем приемы и предписания, выраженные в императивной (обязательной) форме, подлежат неукоснительному их выполнению и соблюдению.

Противное есть злоупотребление правом путем умышленного несоблюдения права.

Если в этой связи несколько перефразировать высказывание известного отечественного юриста начала прошлого века П. Сер-

геича, то можно сказать, что тот следователь, который не сумел должным образом осуществить уголовное преследование, «может быть достоин жалости, но не заслуживает осуждения», тот же следователь, который нарушил однозначные предписания закона, «не исполнил долга, тот виновен»[78].

Более сложный и, конечно же, более принципиальный характер в контексте нашего исследования – для разграничения правомерного тактического поведения следователя от его злоупотребления в этом правовом поле – носят, как сказано, принципы (критерии) допустимости такой деятельности.

По мнению большинства исследователей данных проблем, тактическое средство уголовного преследования *допустимо*, если оно отвечает трем основным взаимосвязанным и взаимообусловленным условиям (критериям): законности; этичности (нравственности); избирательности воздействия.

Итак ***тактическое средство должно быть законно, правомерно***. Это означает его применение субъектом соответствующего вида криминалистической тактики в рамках и пределах его компетенции, установленных законом при неукоснительном соблюдении им установленных запретов на то или иное поведение (например, наводящие вопросы запрещаются) и предписаний об условиях производства отдельных следственных действий (например, лиц, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех).

Принципиальное значение для оценки допустимости тактического средства с позиций критерия его законности, отграничения его от злоупотребления правом на тактическую деятельность являются правила, закрепленные в ст. 164 УПК: «При производстве следственных действий недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создание опасности для жизни и здоровья участвующих в них лиц».

С этим процессуальным предписанием корреспондируется ст. 302 УК РФ, установившая уголовную ответственность за принуждение к даче показаний, а эксперта, специалиста – к даче заключения или показаний путем применения угроз, шантажа и иных незаконных действий со стороны следователя или лица, производящего дознание.

---

[78] *Сергеич П.* Искусство речи на суде. М., 1988. С. 122.

Особое внимание (в силу особой значимости этого положения) обратим на то, что речь в данной статье идет об уголовной ответственности следователя или дознавателя вне зависимости от того, правдивые или ложные показания ими получаются или делается попытка их получить запрещенными этой нормой закона способами[79].

Этичность тактического средства означает, что оно должно соответствовать принципам морали и нравственности, требованиям общей и судебной этики.

Это, казалось бы, очевидно.

Но как раз именно оценка допустимости конкретных тактических средств с точки зрения этого критерия вызывает наибольшие разногласия среди криминалистов. К сожалению, большинство из них, по сути, решают этот вопрос, можно сказать, ригористически, исходя из личного понимания морали и нравственности, ничуть не утруждая себя серьезным этическим обоснованием своего мнения.

Следует в связи с этим согласиться с А. Д. Бойковым, заметившим, что наиболее существенным недостатком многих работ по судебной этике как раз и является то, что нравственные оценки тех или иных тактических приемов следователя, адвоката авторами лишь провозглашаются, а не обосновываются[80].

Понимая всю серьезность подобных «обвинений», в подтверждение сказанному приведем несколько мнений ученых по вопросу этической допустимости одного и того же приема из арсенала следственной тактики. Он заключается в создании у подследственного преувеличенного представления об объеме имевшихся у следователя доказательств и их значимости.

М. С. Строгович утверждал: «…нет никаких сомнений в том, что (это) есть обман лица, с сообщением ему ложных сведений, а не что иное. Но солгать можно прямо, словами, а можно то же сделать более сложным способом, – таким образом, что слова и предложения сами по себе ложными не являются, но они так построены и даны в таком контексте, сказаны таким тоном и с такой мимикой, что тот, кому они высказаны, ложь примет за правду, а

---

[79] Подробнее об этом см.: *Баев О. Я.* Методические основы и типовые программы расследования принуждения к даче показаний. М., 2013.

[80] См.: *Бойков А. Д.* Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978. С. 164.

правду за ложь. А это есть обман, ложь, которая от того, что она подана в особо хитроумной форме, не делается допустимой; наоборот, она приобретает особо нетерпимый, незаконный и аморальный характер»[81].

Г. Ф. Горский и Д. П. Котов об этом же тактическом приеме писали: «…При создании преувеличенного представления об объеме отдельных доказательств, следователь всегда неизбежно стоит на грани лжи. Это всегда необходимо учитывать»[82].

Р. С. Белкин пришел к иному выводу – о допустимости этого тактического приема без каких-либо оговорок, ибо видит в нем лишь создание следователем условий, при которых у подследственного может сформироваться ошибочное представление об объеме имеющихся в распоряжении следователя доказательств: «Он (следователь) лишь создает такие условия, при которых у подследственного это формирование становится возможным, а случится это или нет, – зависит целиком от подследственного, от свободно выбранной им позиции»[83].

Таким образом, позиции этих авторов принципиально различаются относительно этической оценки допустимости рассматриваемого тактического приема.

Мы полагаем, что прав Р. С. Белкин, который анализ приведенных выше мнений различных авторов по проблеме допустимости ряда тактических приемов заключает следующим выводом: «Криминалистическая тактика не рассчитана на “эксцесс исполнителя” и не может во всех случаях предусматривать популярную в технике “защиту от дурака” в виде, например, системы предохранителей, не позволяющих по невежеству или небрежности нажать спусковое устройство»[84].

Тем не менее криминалистика разработала ряд систем оценки этической допустимости тактических средств. И такой подход не только вполне допустим, но и плодотворен. Аккумулирование в них этических принципов и знаний в приложении к специфике различных аспектов криминалистической деятельности позволяет

---

[81] Цит. по: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : в 3 т. М, 1997. Т. 3. С. 221–222.

[82] Цит. по: *Белкин Р. С.* Указ. соч.

[83] *Белкин Р. С.* Указ. соч. С. 138–139.

[84] Там же. С. 140.

хотя бы в определенной степени решать столь насущный и вечно актуальный вопрос о правоприменении как нравственной самости, об отличии его от злоупотребления правовыми полномочиями в тактической деятельности. Если не исключить такие злоупотребления, то хотя бы уменьшить вероятность подхода к праву как к “факультету ненужных вещей” – науке о формальностях, бумажках, процедурах»[85].

И все же при всей, казалось бы, тщательнейшей разработанности этих проблем предлагаемые отдельными авторами критерии нравственного поведения и действий профессиональных участников тактической деятельности в уголовном процессе страдают, на наш взгляд, одним общим существенным недостатком. Они оказываются в отдельных ситуациях либо недостаточными, либо размытыми для оценки с их позиций этической допустимости конкретных тактических средств в конкретных поражающе многообразных ситуациях практической деятельности.

Видимо, для того чтобы критерий этичности тактических средств работал, позволял в каждом конкретном случае наиболее точно и объективно оценить допустимость отдельных из них, отграничить его от злоупотребления правом, он должен представлять значительно более разветвленную систему, в идеале охватывающую все мыслимые ситуации, возникновение которых возможно в деятельности лица, осуществляющего уголовное преследование. И, как сказано, криминалистика и судебная этика (в основном лишь применительно к деятельности следователя) создали несколько таких систем. Обычно они представляют собой наборы условий, которым, на взгляд их авторов, с позиции нравственности и морали, принципов общей и судебной этики должен соответствовать избираемый тактический прием. Уязвимость этого подхода, на наш взгляд, заключается в том, что такие системы всегда открыты: они всегда могут быть дополнены и другими, не менее значимыми с точки зрения этики положениями; количество же последних представляется неисчерпаемым.

Более плодотворным, работоспособным представляется подход к созданию системы условий, составляющих критерий этической допустимости тактических средств следователя, некогда предложенный И. Е. Быховским.

---

[85] *Домбровский Ю.* Факультет ненужных вещей. М., 1989. С. 87.

Им сформулирован практически, по нашему представлению, исчерпывающий ряд положений, ни одно из которых *не должен* нарушать тактический прием. Иными словами, если тактический прием не нарушает ни одного из предлагаемых им условий – он с позиции этики допустим, не содержит в себе признаков злоупотребления правом на тактическую деятельность и потому может использоваться следователем[86].

По мнению И. Е. Быховского, тактический прием расследования не должен:

1) унижать честь и достоинство обвиняемого, подозреваемого или иных лиц;

2) влиять на позицию невиновного, способствуя признанию им несуществующей вины;

3) оправдывать само совершение преступления и приуменьшать его общественную опасность;

4) способствовать оговору со стороны обвиняемого или иного лица других невиновных лиц, а также обвинению виновных лиц в большем объеме, нежели это соответствует их фактической вине;

5) строиться на неосведомленности подозреваемого, обвиняемого или иных лиц в вопросах уголовного права и процесса;

6) способствовать развитию у обвиняемого, подозреваемого или иных лиц низменных чувств, даче ими ложных показаний, совершению других аморальных поступков;

7) основываться на сообщении следователем обвиняемому, подозреваемому или иным лицам заведомо ложных сведений, в частности о происхождении предметов или документов;

8) подрывать авторитет органов прокуратуры, МВД, суда[87].

Очевидно, что для тактических средств профессиональной защиты от обвинения система запретов, составляющих этический критерий их допустимости, с учетом специфики уголовно-процессуальной функции и самой деятельности адвоката должна быть несколько иной (что и будет рассмотрено нами чуть далее).

Избирательность тактического средства как критерий его допустимости представляется более прозрачным, чем рассмо-

[86] В этой связи уместно заметить, что заповеди Моисея, на которых строится, в сущности, вся современная мораль и этика, также негативны по форме : не убий, не укради, не лжесвидетельствуй…

[87] *Быховский И. Е.* Процессуальные и тактические вопросы следственных действий : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 1976. С. 19–20.

тренные выше. Он, думается, позволяет практически безошибочно и однозначно решать проблемы возможности использования конкретных средств из тактического арсенала следователя, четко определять, применение каких из них в принципе недопустимо, а потому есть злоупотребление им правом на осуществление тактической деятельности.

Суть его вкратце может быть сформулирована следующим образом: тактический прием должен оказывать желаемое следователем воздействие лишь на лицо, обладающее искомой следователем информацией, и быть нейтральным (т. е. не оказывать воздействия) для всех остальных лиц, в отношении которых он применяется.

Здесь надо обратить внимание на такой принципиальный момент: следователь, обдумывая возможность применить то или иное тактическое средство, достоверно не знает, обладает ли субъект его предполагаемого воздействия искомой им, следователем, информацией, а лишь предполагает это с определенной, меньшей или большей степенью вероятности, основанной на имеющихся у него доказательствах или оперативных данных; достоверно же, повторим, этого он не знает. Именно роль лакмусовой бумажки в этом отношении и должен выполнить допустимый с позиций рассматриваемого критерия тактический прием: выявить, обладает ли данный субъект необходимой следователю информацией, и в оптимальном случае – побудить данного субъекта к свободной и осознанной передаче такой информации следователю.

И потому неточно, на наш взгляд, утверждение Р. С. Белкина и некоторых других авторов о том, что избирательность воздействия «есть направленность воздействия лишь на определенных лиц и нейтральность по отношению к остальным»[88].

Не направленность, а именно воздействие приема лишь на лицо, обладающее требуемой следователю информацией, и нейтральность, т. е. невоздействие этого же приема на лиц, таковой не обладающих, есть суть избирательности как критерия допустимости тактических приемов.

Если тактический прием в принципе не может повлечь за собой ложный самооговор или ложный оговор человеком, к которому он применяется, иных лиц в совершении преступления – он допустим; противное исключает возможность применения тактическо-

[88] *Белкин Р. С.* Указ. соч. С. 220.

го приема, в таком случае он есть однозначное злоупотребление следователем правом в осуществлении своей деятельности.

Рад объективности, скажем, что далеко не все криминалисты разделяют мнение о возможности отнесения избирательности воздействия к системе критериев допустимости тактических приемов следователя.

Так, например, О. В. Полстовалов пишет: «Убеждены, что данный критерий если имеет право на существование в качестве такового, то только как производное звено научной состоятельности в группе тактических приемов индивидуально-личностной направленности»[89].

Такова же по данному вопросу и позиция А. С. Князькова, который также полагает, что, во-первых, этот признак присущ лишь тактическим приемам допроса и очной ставки; во-вторых, «предлагаемое понимание сущности “избирательности воздействия” как признака тактического приема сводит на нет остроту дискуссии об этичности тактических приемов…». «Следуя такому умозаключению, – продолжает он, – можно рассматривать в качестве тактического приема сообщение обвиняемому ложных сведений о том, что его соучастники дали правдивые показания, на том основании, что на невиновное лицо такой прием отрицательного воздействия произвести не может»[90].

Мы с этой точкой зрения согласиться не можем.

Во-первых, избирательность воздействия есть критерий допустимости всей тактической деятельности следователя, в целом, очевидно, не сводимой лишь к тактике отдельных следственных действий. И он, повторим, наиболее значим для разграничения права следователя на осуществление тактической деятельности от его злоупотребления таким правом.

Во-вторых, проблема избирательности воздействия тактического приема касается не только названных этим автором следственных действий, но и всех иных, которые применяются в условиях взаимодействия субъектов. А таких из числа следственных действий большинство. Элементарным примером тому может слу-

---

[89] *Полстовалов О. В.* Современные проблемы криминалистической тактики. М., 2009. С. 62–63.

[90] *Князьков А. С.* Концептуальные положения тактического приема. Томск, 2012. С. 29.

жить создание условий для, как этот тактический прием именовал А. Р. Ратинов, «поведенческой проговорки», во взаимодействиях следователя с лицом, у которого им производится обыск.

В-третьих, этот критерий не только не сводит на нет, как полагает А. С. Князьков, необходимость оценки тактического приема с точки зрения его этичности, но дополняет его, находится с ним (и об этом мы уже упоминали) в тесной взаимосвязи и взаимообусловленности.

В-четвертых, наконец, его вывод, что ложные сообщения о признательных показаниях соучастников на невиновное лицо отрицательного воздействия произвести не может, несостоятельно в принципе. Увы, это далеко не так – очевидно, может, о чем убедительно свидетельствует следственная практика: скажем, лицо может ложно себя оговорить из-за субъективного осознания безвыходности своей ситуации в результате применения такого приема.

Именно на этом подходе основано наше мнение о допустимости так называемых следственных хитростей (их еще именуют психологическими ловушками или тактическими комбинациями) и значительно более осторожное отношение к допустимости такого тактического приема, как разжигание конфликта, в настоящее время зачастую реализуемого в рамках тактической операции по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве[91].

Б) *Тактические цели деятельности защитника в досудебном производстве по уголовному делу и критерии допустимости средств их достижения.*

Тактические цели деятельности защитника в производстве по уголовному делу состоят в процессуально неизбежном и допустимом (в пределах, не переходящих границы допустимости тактических приемов защиты, о критериях которой будет говориться чуть ниже) противодействии адвоката уголовному преследованию подзащитного.

Однако практически в любой работе, посвященной преодолению противодействия предварительному расследованию[92], при упоминании адвоката-защитника в качестве одного из основных

---

[91] См.: *Баев О. Я.* Тактика следственных действий. М., 2013 ; *Его же.* Досудебное соглашение о сотрудничестве. М., 2013.

[92] См. работы Э. У. Бабаевой, А. Ф. Волынского, Ю. П. Гармаева, В. Н. Карагодина, И. А. Николайчука, В. В. Трухачева, Н. П. Яблокова и др.

субъектов такого противодействия речь идет о негативном его влиянии на реализацию функции уголовного преследования. И говорится об этом, отметим, с нескрываемой раздражительностью.

Нет никаких сомнений, что участие адвоката в уголовном судопроизводстве с самых начальных его стадий – с возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица, задержания подозреваемого, предъявления обвинения, – возможность для свидетеля явки на допрос со своим адвокатом в надлежащей степени обеспечивают гарантии прав и интересов названных лиц. В то же время (будем реалистами и скажем прямо) оно само по себе многократно усложнило процесс предварительного расследования преступлений.

Более того, как уже отмечалось, в соответствии с действующей редакцией ст. 144 УПК «лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении <…> обеспечивается возможность осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе <…> пользоваться услугами адвоката».

А если учитывать, что на практике адвокаты, увы, действительно зачастую используют для защиты своих клиентов весьма сомнительные с точки зрения закона и нравственности средства и приемы, а в ряде случаев прямо злоупотребляют предоставленными им правами, то на первый взгляд такая точка зрения большинства криминалистов на деятельность адвокатов представляется оправданной.

Но проблема правомерности (или неправомерности) противодействия адвоката уголовному преследованию, осуществляемому в отношении его подзащитного, значительно сложнее, особенно если подойти к ее изучению с позиций системного подхода, рассматривая уголовное судопроизводство как сложную систему, состоящую из двух подсистем (в свою очередь, систем): уголовного преследования и защиты от него.

Гносеологически и процессуально тезис о правомерности противодействия уголовному преследованию со стороны адвоката-защитника с логической непреложностью вытекает из основного принципа уголовного судопроизводства – принципа состязательности сторон.

Эта посылка предопределяет необходимость прежде всего хотя бы вкратце обосновать наше понимание феномена состязательности применительно к уголовному судопроизводству в целом и на досудебных его стадиях в частности.

Заметим, что ст. 15 УПК, именуемая «Состязательность сторон», самого определения понятия состязательности не содержит. Нет его и в ст. 5 УПК («Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе»).

Это нам представляется, по крайней мере, странным: признав необходимым привести общенаучное определение понятия «алиби», законодатель не счел необходимым объяснить, что следует понимать под «состязательностью». И это притом что в теории уголовного процесса и само понятие состязательности, и значение ее как принципа уголовного судопроизводства, и наличие состязательности в досудебном производстве по уголовному делу составляют предмет острых дискуссий (а может быть, эта лакуна данным обстоятельством и объясняется?).

Не нашли мы обоснованного ответа на последний аспект этой проблемы и в многочисленной научной и учебной уголовно-процессуальной литературе последних лет.

В то же время за последнее десятилетие одних только кандидатских диссертаций по проблемам состязательности в различных вузах страны выполнено не менее двадцати; ряд из них непосредственно посвящен состязательности в досудебном производстве по уголовным делам[93].

Чаще всего в этих работах термин «состязательность» используется лишь как признак, определяющий тип современного отечественного уголовного процесса и характеризующий принцип разделения уголовно-процессуальных функций. С этой точки зрения авторы и раскрывают содержание деятельности отдельных их (главным образом профессиональных) представителей[94].

---

[93] См., например: *Вишневская О. В.* Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии. Ижевск, 2004 ; *Гусаков Э. Г.* Предварительное расследование и принцип состязательности в уголовном процессе Российской Федерации. СПб., 2002 ; *Макаркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии. СПб., 2001 ; *Машковец А. О.* Принцип состязательности и его реализация на предварительном следствии. Екатеринбург, 1994.

[94] См., например: *Шестакова С. Д.* Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001.

Так, Н. П. Кузнецов, так же как и другие процессуалисты, не давая понятия состязательности, интерпретировал это положение применительно к уголовному процессу следующим образом: «Рассмотренный принцип [состязательности сторон] благодаря разделению процессуальных функций и равноправности сторон стимулирует стороны наиболее активно отстаивать свою позицию, в результате чего возникает полемика, спор, в ходе которых устанавливаются обстоятельства уголовного дела»[95].

Однако, по Далю, понятие состязания, состязательности имеет более конкретное значение: «Состязаться – спорить, споровать, бороться, *противоборствовать*, тягаться, стараться осилить, вступать в прение, в борьбу, в спор, в распрю»[96].

Таким образом, состязательность сама по себе предполагает противоборствование, противодействие состязающихся сторон в реализации каждой из них своей уголовно-процессуальной функции.

В этой связи мы присоединяемся к мнению о том, что под состязательностью в уголовном процессе следует понимать деятельность сторон, направленную на усложнение формирования и полное или частичное опровержение конечного процессуального тезиса, формулируемого противоположной стороной в соответствии с ее уголовно-процессуальной функцией в уголовном судопроизводстве и противоречащего интересам противоборствующей стороны.

Вновь напомним: стратегическая цель следователя, других лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование, состоит в *законном и обоснованном обвинении*, являющимся результатом уголовного преследования, осуществляемого в рамках предварительного расследования преступлений, возбуждения прокурором государственного обвинения и поддержания его в суде.

В то же время системный характер уголовного судопроизводства, находящий себе выражение в принципе состязательности сторон, объективно обусловливает возможность (даже, может быть, более – необходимость) противодействия уголовному пре-

---

[95] Уголовный процесс России / под ред. З. Ф. Ковриги, Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 46.

[96] *Даль В. И.* Толковый словарь… . Т. 4. М., 1991. С. 280.

следованию со стороны защиты; иначе ни о каком равноправии в состязании сторон говорить невозможно[97].

В первую очередь здесь мы, как и ранее, имеем в виду защитника лица, подвергающегося уголовному преследованию, знания, умения и навыки которого (о чем будет подробно говориться далее) чаще всего структурируют поведение его подзащитного в соответствии с занимаемой последним позицией в производстве по уголовному делу.

С учетом сформулированного выше понимания противодействия как формы реализации принципа состязательности сторон, *противодействие адвоката-защитника уголовному преследованию подзащитного есть умышленная его деятельность (действия, бездействие) с целью законного и допустимого воспрепятствования средствам, методам формирования и объему уголовного преследования, которое осуществляется в отношении его подзащитного.*

Совершенно очевидно (и это в силу повышенной значимости отражено в предложенной дефиниции), что такое противодействие уголовному преследованию подзащитного со стороны адвоката-защитника должно осуществляться лишь не противоречащими закону и этически безупречными средствами и способами.

Однако какие-либо конкретные способы защиты законодательно, что вполне естественно, установлены быть не могут. А потому в избрании средств и способов защиты, указывалось еще в «Правилах адвокатской профессии» дореволюционной России, адвокат должен руководствоваться законом, указаниями науки, практики и своей совести, не допуская никакого влияния, в том числе со стороны доверителя[98].

В другом месте работы, из которой заимствована приведенная выдержка из «Правил…» (с. 192), А. Н. Марков приводит и такое мнение Московского совета присяжных поверенных: «Выбор системы защиты составляет личное дело защитника, и в этом направ-

---

[97] См. об этом подробнее: *Баев М. О.* Противодействие как реализация принципа состязательности в уголовно-процессуальном исследовании преступлений // Воронежские криминалистические чтения. Воронеж, 2005. Вып. 6.

[98] См.: *Марков А. Н.* Правила адвокатской профессии в России. М., 2003. С. 9.

лении никаких указаний, обязательных для него, делаемо быть не может».

В то же время, что не менее очевидно, именно закон является нижней границей допустимости противодействия адвоката уголовному преследованию подзащитного. Все, что за его пределами, недопустимо *a priori*.

В этом отношении мы согласны с Ю. П. Гармаевым, что «пределами правомерной деятельности, “красными флажками”, линию которых не вправе преступать ни один защитник, помимо норм профессиональной этики, является <…> Уголовный кодекс РФ»[99].

Сказанное этим автором всецело касается и деятельности следователя (другого должностного лица, осуществляющего досудебное производство по уголовному делу). Поэтому предметом нашего дальнейшего исследования явится не деятельность названных субъектов (следователя, защитника) за линией этих «флажков», по сути, деятельность преступная, а возможности злоупотребления ими правами в рамках своего процессуального статуса.

Именно в связи со сказанным выше проблема допустимости средств защиты всегда являлась и является, несомненно, в настоящее время краеугольной при изучении практически любого аспекта деятельности адвоката-защитника по уголовным делам, тем более такого «острого» из них, как оценки ее как злоупотребления им правом при противодействии уголовному преследованию подзащитного.

Однако в известной нам соответствующей современной отечественной литературе отсутствуют углубленные ее исследования. А потому наше видение критериев допустимости тактической деятельности адвоката-защитника мы считаем необходимым изложить значительно более подробно, чем это было предпринято чуть выше в отношении допустимости тактических средств деятельности следователя.

В первую очередь заметим, что тактика профессиональной защиты по уголовным делам должна основываться на тех же критериях правомерности разрабатываемых ею тактических средств, что и тактика уголовного преследования. В ином случае она в со-

[99] *Гармаев Ю. П.* Преступления, совершаемые недобросовестными адвокатами в сфере уголовного судопроизводства. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ответствии с основополагающими принципами общей теории систем и системного подхода[100] выпадала бы из системы тактики любой профессиональной деятельности, в целом допустимой к применению в уголовном судопроизводстве.

Но, что очевидно, с естественной их интерпретацией применительно к уголовно-процессуальной функции этого профессионального участника производства по уголовному делу, а потому – с учетом направленности этой деятельности на достижение ее (обозначенной выше) конечной цели, противоположной направленности деятельности по уголовному преследованию его клиента.

В этой связи напомним, что еще А. Ф. Кони в свое время писал: «…Для защитника нет чистых и грязных, правых и неправых дел, а есть лишь даваемый обвинением повод противопоставить доводам прокурора всю силу и тонкость своей диалектики, служа ближайшим интересам клиента и не заглядывая на далекий горизонт общественного блага»[101].

В частности, для осуществления своей функции защитник не только может использовать свои, прямо предусмотренные УПК полномочия, но (в противоположность следователю, который реализует свою функцию исключительно в рамках, предписанных ему уголовно-процессуальным законом) может применять все иные, не запрещенные уголовно-процессуальным законом средства и способы защиты (ст. 53 УПК).

Скажем об этом несколько подробнее. Цели действия защитника в полном своем объеме обусловливаются его процессуальной функцией и носят императивный, обязывающий характер: выяснение обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих их ответственность, оказание этим лицам другой необходимой юридической помощи. Нет также, думается, никаких сомнений в том, что эти цели взаимосвязаны, во многом взаимообусловлены и представляют не «набор – меню», как говорят в социологии, а закрытую систему.

Отсюда средствами достижения целей защитника (напомним, что все они бывают двух видов: процессуальные и криминалистические) является все то, что служит выяснению обстоятельств, оправдывающих подзащитного, смягчающих его ответственность,

---

[100] См.: *Садовский В. Н.* Основания общей теории систем. М., 1974.

[101] *Кони А. Ф.* Собр. соч. : в 8 т. Т. 4. М., 1964. С. 64.

и оказанию ему необходимой юридической помощи: и процессуальные действия защитника, и тактические приемы, используемые им в рамках действий процессуальных.

Вновь напомним: вопросы допустимости средств тактики защиты, как и тактики следственной, касаются не процессуальных средств (они заложены в законе).

Однако противоречивость правовых норм и их имеющиеся редакционные неточности в ряде случаев ставят под сомнение допустимость использования отдельных из них защитником, в ряде случаев оперирование ими адвокатом в своих целях расценивается как злоупотребление правом со стороны адвоката (и представляемого им подзащитного; а зачастую, скажем прямо, таковым, видимо, и являющимся).

Как же преломляются рассмотренные выше применительно к деятельности следователя критерии допустимости к тактической деятельности защитника в досудебном производстве по уголовному делу?

Иными словами, в чем заключается содержание критериев допустимости тактических средств защиты по уголовным делам (с учетом процессуальной функции защитника, его правового статуса и предмета защиты)?

Законность тактических средств защиты заключается прежде всего в том, что адвокат не имеет права использовать однозначно запрещенные уголовным и уголовно-процессуальным законом средства: домогаться показаний (представляющих интерес для защиты) путем насилия, угроз и иных незаконных мер; подстрекать в тех же целях лиц к заведомо ложному доносу; понуждать свидетеля или потерпевшего к даче ложных показаний, эксперта – к даче ложного заключения либо с той же целью подкупать этих лиц и т. д.

В случаях такого поведения адвоката (увы, они не составляют исключений в практике) речь должна идти не фактах злоупотребления им своими правами, а о совершении адвокатом преступления, предусмотренного ст. 309 УК[102].

Защитник не может основывать свои тактические приемы на нарушении им закрепленного процессуального порядка и условий

[102] В настоящее время данная проблема резко актуализировалась в связи с наделением защитника правом на самостоятельное собирание доказательств, в том числе и путем опроса лиц с их согласия.

производства отдельных следственных действий, в которых он принимает участие по инициативе следователя или которые производятся во исполнение его ходатайства.

В частности, он не имеет права своими вопросами и замечаниями прерывать стадию свободного рассказа допрашиваемого, как бы это ни представлялось целесообразным в тактических целях; не может требовать проведения следственного эксперимента или следственного освидетельствования, даже необходимых, на его взгляд, для защиты, если производство этих действий будет связано с унижением чести и достоинства участвующих в эксперименте лиц или освидетельствуемого человека и т.д.

С учетом этого критерия допустимости своей тактической деятельности в досудебном производстве по уголовному делу адвокат не должен пропускать, оставлять без необходимого реагирования ни одного факта нарушения следователем права обвиняемого (подозреваемого) на защиту либо нарушения порядка и условий производства отдельных следственных действий. Если такие нарушения становятся очевидными в ходе действия, проводимого с участием защитника, то он, несомненно, должен требовать занесения своего мнения о допущенных нарушениях закона в соответствующий протокол.

Здесь может возникнуть вопрос о позиции защитника в ситуации, когда допущенные нарушения процессуального закона со стороны следователя могут оказаться в принципе полезными в интересах защиты, подрывая, например, тем самым доказательственное значение полученных в результате проведенного действия обвинительных доказательств, давая повод для обжалования их допустимости.

Скажем, предъявление для опознания подзащитного потерпевшему или свидетелю в присутствии адвоката было произведено с грубыми нарушениями: подзащитный предъявлялся опознающему либо один, либо совместно с лицами, резко отличающимися от него по возрасту и внешним данным.

Нам представляется, что критерий законности тактических средств защиты в подобных ситуациях (когда следственное действие производится с участием защитника) исключает возможность для адвоката даже на время, «до более удобного момента», оставлять без реагирования допущенные следователем подобные

нарушения процессуального закона (в частности, до судебного рассмотрения дела). Иное, по нашему убеждению, есть нарушением защитником своего профессионального долга, невыполнение своих обязанностей перед подзащитным.

Несколько другая ситуация с позиции тактики защиты складывается тогда, когда следователь при производстве по делу допустил существенные нарушения процессуального порядка при производстве следственных действий, проведенных без участия защитника. В данных случаях, думается нам, критерий законности тактического поведения защитника не исключает для него возможности использовать в интересах своего подзащитного эти недостатки следствия в уместный для того момент. Иными словами, когда эти нарушения приобретут невосполнимые для оценки сформированных в результате этих следственных действий доказательств как недопустимых для доказывания виновности его подзащитного в совершении инкриминируемого ему преступления. Реакция, по нашему мнению, должна быть незамедлительной. А следствием – последовательное отстаивание позиции о процессуальной недопустимости доказательства обвинения и (или), напротив, использование возможностей так называемой доказательственной асимметрии.

По данному вопросу мы всецело солидарны с мнением Н. М. Кипниса о том, что когда сторона обвинения получает доказательство с нарушением закона, но результат следственного действия сомнений в достоверности не вызывает, то защита вправе использовать этот результат. Классический пример – проведение опознания с участием лишь одного понятого. Результат опознания (отрицательный для обвинения) – подозреваемый (обвиняемый) не опознан. Адвокат, особенно это актуально в суде присяжных, стремится к тому, чтобы судьи знали, что, посмотрев на подсудимого, потерпевший его не узнал.

Мотивировка с позиции защиты может быть следующей: исключение недопустимого доказательства – это процессуальная санкция за процессуальное нарушение. Обвинение нарушило закон – исключайте. Когда защита говорит об асимметрии с просьбой разрешить огласить то, что получено обвинением и изначально получалось для того, чтобы обвинять, но содержание получилось защитительным, и когда защите отказывают, то получается, что к

ней применяют процессуальную санкцию при отсутствии нарушения. Защита не собирает доказательства в процессуальном смысле, она их не порождает, и если тот, кому предоставлено эксклюзивное право собирать доказательства, не изволил соблюдать закон – виновата ли защита в этом?[103]

Защитник представляет своего клиента, является юридическим советником его, а не следователя (как полагают Ю. П. Гармаев и В. М. Мешков, чьи мнения по этой проблеме будут приведены ниже), он не должен учить следователя, как тому расследовать преступления.

С позиции рассматриваемого критерия допустимости тактических средств защиты адвокат, как о том уже упоминалось, может и должен использовать существующие пробелы и противоречия в действующем уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве, если это целесообразно в интересах защиты. И это нельзя расценивать как злоупотребление адвокатом своими правами (как считает значительное число опрошенных нами по данной проблеме следователей).

Подведем краткий итог сущности рассматриваемого критерия: к защитнику, в отличие от следователя и суда, применим общеправовой принцип «что не запрещено, то разрешено», естественно, с учетом соответствия избираемых им тактических средств двум последующим критериям их допустимости.

Из чувства научной корректности скажем, что далеко не все исследователи этих проблем согласны с возможностью распространения данного принципа на деятельность адвоката-защитника. Так, еще А. Н. Марков приводил следующее мнение Московского совета присяжных заседателей: «Не все, что не запрещено законом и потому не влечет за собой кары для поверенного вообще, дозволительно присяжному поверенному»[104].

Этичность тактических средств профессиональной защиты по уголовным делам.

В работах по адвокатской этике проблема допустимости поведения защитника и используемых им тактических средств является по праву одной из «вечных». Вот, например, как в самом общем

---

[103] См.: *Кипнис Н. М.* Доказывание в уголовном процессе : традиции и современность. М., 2000. С. 173–195.

[104] *Марков А. Н.* Указ. соч. С. 19.

виде определялись требования к защитнику еще в XV в.: «Защитник должен обладать следующими двумя качествами:

а) скромностью, чтобы не быть дерзким, бранчливым или многоречивым;

б) любовью к истине, чтобы не заслужить упрека во лжи при представлении сведений, доказательств или при ссылке на свидетелей»[105].

Столь же требовательно было к адвокатам и «Зерцало правосудия», изданное в Англии в эпоху Эдуарда II: адвокат должен посвящать все свои заботы интересам клиентов, не искажать истины, поддерживать только правые дела, воздерживаться от лжи[106].

Значительно позже Н. Н. Полянский определял этическую систему допустимости средств защиты следующим образом: «Только защита обвиняемого, и ни в каком случае не обличение его, правдивость, профессиональная тайна и независимость от подзащитного – таковы, на наш взгляд, четыре начала, определяющие поведение адвоката – защитника на суде»[107].

Спустя 50 лет после него еще более сжато и лаконично излагает свое мнение по этому вопросу А. Д. Бойков: «…Нравственным может быть признано такое поведение (поступок) адвоката-защитника, которое в максимальной степени отвечает интересам обвиняемого и не противоречит интересам правосудия»[108].

Видимо, для того чтобы критерий этичности тактических средств работал, позволял в каждом конкретном случае оценить допустимость отдельных из них, он должен представлять значительно более разветвленную систему, в идеале охватывающую все мыслимые средства и все мыслимые ситуации, возникновение которых возможно в деятельности того или иного профессионального участника уголовного процесса.

Чуть выше мы приводили плодотворную и работоспособную систему условий, составляющих критерий этической допустимости тактических средств, предложенную И. Е. Быховским применительно к деятельности следователя.

---

[105] Молот ведьм. М., 1990. С. 289.

[106] Цит. по: *Полянский Н. Н.* Правда и ложь в уголовном защите. М., 1927. С. 27.

[107] Там же. С. 35–36.

[108] *Бойков А. Д.* Указ. соч. С. 13.

Рассмотрим ее, как и предыдущий критерий допустимости, через призму тактики профессионального защитника по уголовным делам.

Нет сомнения в том, что к тактической деятельности защитника всецело относится запрет на унижение чести, достоинства обвиняемого, подозреваемого и иных лиц. Но с существенной специфической оговоркой: защитник имеет право и, более того, обязан выявлять факты и обстоятельства, негативно характеризующие определенных лиц, даже если некоторые из этих фактов в той или иной степени нарушают традиционные представления о чести и достоинстве. Конечно же, такое поведение адвоката должно обусловливаться исключительно лишь интересами защиты.

Типичными примерами этого могут служить выявление и использование (правомерное, на наш взгляд) фактов, свидетельствующих о безнравственном или аморальном поведении потерпевшей от изнасилования непосредственно перед посягательством на нее; провоцирующей роли потерпевшего или других обвиняемых по делу в генезисе совершенного подзащитным хулиганства, другого насильственного преступления; наличие у потерпевшего/свидетеля тщательно скрываемого им психического заболевания, если таковое может сказываться на достоверности их показаний, изобличающих подзащитного в совершении инкриминируемого ему преступления, и т. д. Очевидно, что выявление и «представление» защитником таких сведений может быть расценено лицами, которых они касаются, как унижающее их честь и достоинство. Более того, подобные сведения могут касаться и самого подзащитного.

Между тем использование таких сведений нам представляется вполне допустимым – но при непременном соблюдении ряда условий.

1. Такие данные должны не только соответствовать действительности, но быть установлены материалами уголовного дела; защитник должен иметь возможность в любой момент доказать, что используемые им сведения, в той или иной степени порочащие честь и достоинство определенного лица, соответствуют действительности (по аналогии с требованиями, предъявляемыми к распространителю сведений при гражданско-правовом производстве). То есть общие положения о распределении бремени доказывания в данной части имеют, по нашему мнению, определенные

особенности: бремя подтверждения доводов и утверждений, затрагивающих чьи-либо честь и достоинство, в безусловном порядке лежит на участнике процесса, их выдвигающего, в рассматриваемой ситуации – на защитнике.

2. Использовать такие данные следует тогда и только тогда, когда это насущно необходимо для защиты интересов клиента, а не для того лишь, чтобы кому-либо «морду сапогом вымазать»[109].

Их оглашение – неприятное, но в ряде случаев необходимое бремя защитника. Особо отметим, что с позиции этики проблема допустимости использования таких сведений наиболее остро стоит перед адвокатом тогда, когда они касаются потерпевшего, погибшего в результате вмененного подзащитному преступления, ибо в соответствии со старинным правилом de mortuis aut bene, aut nihil – о мертвых следует говорить хорошее или ничего не говорить.

Защитник, как и следователь, и другие профессиональные участники уголовного процесса, не должен оправдывать само совершение преступления (естественно, если его наличие в рассматриваемом деле не оспаривается). Защита преступника, вновь сошлемся на А. Ф. Кони, не должна превращаться в оправдание преступления. Однако выявление обстоятельств, смягчающих ответственность подзащитного, путем раскрытия незначительной, на взгляд адвоката, общественной опасности вмененного клиенту преступления представляется не только правом, но и профессиональной обязанностью защитника.

Однако, как известно, dura lex, sed lex – закон суров, но это закон. И потому даже в таких случаях оправдывать само совершение преступления, сам факт нарушения уголовного закона защитник не может. Но он вправе раскрывать и обосновывать незначительную степень общественной опасности инкриминированного подзащитному деяния (разумеется, если для этого имеются необходимые фактические и социально-экономические данные). Поэтому применительно к тактической деятельности защитника, на наш взгляд, рассматриваемый критерий должен быть ограничен лишь первой частью сформулированного И. Е. Быховским соответствующего положения.

Более сложно обстоит дело с интерпретацией для адвоката содержания положений о том, что тактический прием не должен:

---

[109] *Кони А. Ф.* Указ. соч. С. 64.

– способствовать оговору со стороны обвиняемого или иного лица других невиновных лиц;

– способствовать обвинению виновных лиц в большем объеме, нежели это соответствует их фактической вине;

– развитию у этих лиц низменных чувств, даче ими ложных показаний, совершению других аморальных поступков.

На первый взгляд, эти положения аксиоматичны и безупречны с точки зрения общей и судебной этики. Однако есть одно но: защитник связан с позицией, занятой по делу его подзащитным; их позиции не могут противоречить одна другой. Адвокат не может признавать вину своего подзащитного при ее отрицании последним. А практика знает немало случаев, когда обвиняемый строит свою защиту именно на оговоре невиновных лиц либо на приуменьшении степени своей ответственности за совершенное преступление за счет возложения большей части ее, в том числе и ложно, на других лиц.

Такая позиция обусловливает дачу подзащитным соответствующих показаний, показаний заведомо ложных, что действительно нельзя расценить иначе как, мягко скажем, аморальное поведение (с учетом того, что подозреваемые и обвиняемые, как известно, не являются субъектами уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний).

Более того, занимая такую позицию, обвиняемый нередко сообщает субъекту доказывания (следователю, суду) и заведомо ложные сведения о происхождении предметов и документов, выдвигает себе алиби, ссылаясь при этом на лиц, согласившихся ложно его подтвердить, на подложные либо не относящиеся к делу документы. В ряде случаев обвиняемые прибегают к фальсификации в прямом смысле этого слова отдельных доказательств, в том числе и вещественных, не останавливаясь и перед их подлогом для инсценировки совершения преступления иными, в том числе конкретными, лицами.

В такой ситуации, думается, главная нравственная задача адвоката заключается в том, чтобы в беседах с подзащитным убедить последнего в аморальности его поведения; может быть, даже предложить подзащитному отказаться от его помощи. Однако в реалиях действующего УПК сам адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты обвиняемого, в том числе и по этическим сооб-

ражениям (ст. 51 УПК; об этой дилемме будет говориться позже). Поэтому, если указанные выше попытки не увенчались успехом, адвокат, на наш взгляд, вынужден поддерживать и такую позицию подзащитного.

Даже если защитник убежден в виновности своего доверителя, но тот продолжает отрицать свою вину, то, «когда защитник настаивает на доводах, говорящих в пользу его невиновности, он не говорит неправды – он лишь выполняет лежащую на нем обязанность до конца отстаивать законное притязание обвиняемого не быть осужденным без совершенного изобличения его виновности… Если доказательство представляется защитнику только сомнительным, он не только может, он обязан его выдвинуть, если только против этого не говорят соображения, относящиеся уже не к этике, а к тактике защиты. Он обязан представить суду те доводы, которые говорят в пользу достоверности доказательства, как бы сам ни сомневался в его достоверности, ибо суд вправе ожидать от сторон, что они совокупными силами представят ему все данные и изложат ему все соображения, нужные для всесторонней оценки доказательств»[110].

Однако нет ни малейших сомнений в том, что сам адвокат ни в коем случае не должен побуждать или провоцировать своего подзащитного на занятие им подобной линии своей защиты. Именно с такой оговоркой должны быть, на наш взгляд, интерпретированы применительно к тактической деятельности защитника рассматриваемые этические положения, противное есть злоупотребление адвокатом его правами.

В то же время использование оговора обвиняемыми невиновных лиц признается недопустимым средством защиты и в международной практике по уголовным делам. Так, по делу «Брандстетер против Австрии» (1991) суд, применяя нормы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, указал: «Было бы преувеличением полагать, что исходной посылкой права лиц, обвиняемых в совершении уголовного преступления, защищать себя является идея о том, что они не должны подвергаться преследованию, когда, осуществляя это право, умышленно вызывают ложные подозрения в подлежащем наказанию поведении

[110] *Полянский Н. Н.* Указ. соч. С. 50–51, 62–63.

свидетеля или любого другого лица, вовлеченного в уголовное судебное производство»[111].

С этой проблемой связана еще одна, специфическая именно для деятельности адвоката, но не для следователя или иных профессиональных участников уголовного процесса. В силу своей нравственной значимости предлагаемое решение ее, думается, также подлежит формулированию в качестве элемента системы критерия этической допустимости тактики профессиональной защиты.

Мы имеем в виду проблему нравственной позиции адвоката в достаточно распространенной ситуации, когда подзащитный «вдруг» неожиданно для адвоката признает себя виновным в совершении иных преступлений или называет ранее неизвестные следствию эпизоды своей преступной деятельности. Скажем, называет новые эпизоды из серии убийств, взяток, хищений, краж и т. д.

Причины такого его поведения могут быть различными. Это и действительное чистосердечное раскаяние в совершенном преступлении, и воздействие других факторов. К таковым мы относим имеющиеся доказательства, оперативно-разыскные данные, тактически грамотную работу с ним следователя, рефлексивное представление подозреваемого/обвиняемого о своем неминуемом изобличении в их совершении органами следствия и т. п.

Зачастую мотивом для того может служить желание привлечения к уголовной ответственности других, иногда более высокопоставленных должностных лиц или, скажем, более социально опасных в ином отношении, на фоне которых, по его мнению, он не будет выглядеть крайним.

Нет сомнений, что адвокат может оказать определенное – позитивное или негативное – влияние на решение подзащитного дать подобные показания.

Какова должна быть позиция адвоката в этой ситуации?

С одной стороны, очевидно, что чаще всего такое признание объективно усугубляет положение подзащитного. Оно отягчает квалификацию его действий, увеличивает размер причиненного ими материального ущерба и иного вреда, разжигает конфликт

[111] Цит. по: *Гомьен Д., Харис Д., Зваак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия : право и политика. М., 1998. С. 251–252.

между ним и лицами, которых он называет следователю как совершивших преступления (и этот конфликт может быть весьма острым с далеко идущими для интересов подзащитного последствиями).

С другой стороны, налицо свободное, осознанно принятое волеизъявление подзащитного. Более того, волеизъявление социально полезное, оцениваемое уголовным законом как смягчающее ответственность обстоятельство независимо от мотивов такого поведения.

На наш взгляд, единственной нравственной позицией адвоката с учетом его процессуальной функции в таких случаях явится нейтралитет: адвокат не должен ни советовать подзащитному брать на себя новые преступления, называть в качестве их участников иных лиц, ни отговаривать его от подобных признаний. Единственно возможным здесь нам представляется поведение защитника, состоящее в разъяснении подзащитному правовых последствий его признаний: как изменится квалификация его действий, каковы в этом случае санкции за совершенные деяния, какие обстоятельства будут выступать в качестве смягчающих или отягчающих его ответственность и т.п. Иными словами, тактические средства защиты не должны препятствовать сознательному и свободному желанию подзащитного признать свою вину, в том числе и в совершении преступлений, к тому моменту не вменяемых ему органами расследования.

И в этой же связи: может ли адвокат рекомендовать своему подзащитному признавать свою вину в инкриминируемом ему преступлении?

В целом при ответе на этот отнюдь не риторический вопрос мы присоединяемся к мнению Ю. И. Стецовского о том, что «процессуальная функция защитника предается забвению, когда он советует подзащитному признаться»[112].

Иное следует расценивать как злоупотребление им правом. За единственным, на наш взгляд, исключением.

---

[112] *Стецовский Ю. И.* Уголовно-процессуальная деятельность защитника М., 1980. С. 238. Этот же тезис текстуально воспроизведен Л. А. Стешенко и Т. М. Шамбой, правда, к сожалению, без ссылки на первоисточник, в работе: Адвокатура в Российской Федерации : учеб. для вузов. М., 2001. С. 199. Отметим попутно, что в данной работе подобных заимствований и фактов так называемого, мягко скажем, скрытого цитирования достаточно много.

В ряде случаев после ознакомления с материалами завершенного расследования, в ходе которого обвиняемый либо не признавал свою вину, либо отказывался вообще от дачи показаний, адвокат убеждается, что собранные по делу обвинительные доказательства столь убедительны, что неукоснительно приведут к осуждению его подзащитного.

Свое мнение об этом адвокат в таких случаях должен разъяснить подзащитному, высказав при этом предположение, что признание им в суде своей вины может в некоторой мере смягчить грозящее ему наказание.

Приведем достаточно показательный в этом отношении, на наш взгляд, пример.

В. обвинялся в даче взятки ответственному работнику военкомата К. за свое освобождение от воинской службы по состоянию здоровья. Свою вину в совершении этого преступления В. отрицал.

Ознакомившись с материалами дела, защитник убедился, что доказательств, изобличающих В., следствием добыто более чем достаточно. Он изобличался не только показаниями К. о получении им от В. взятки, заключениями судебных экспертиз о том, что справки из медучреждений о состоянии его здоровья выполнены К., документами этих учреждений о том, что В. в них обследования не проходил. Более того, личное дело призывника В. в числе еще десятка дел призывников (также дававших К. взятки) было изъято при обыске на даче К. и рядом других доказательств.

Адвокат разъяснил содержащемуся под стражей подзащитному, что его осуждение на основе совокупности указанных доказательств неминуемо, и предложил В. подумать о целесообразности в сложившейся ситуации признать свою вину в даче взятки (как это ранее сделали другие взяткодатели, освобожденные по этой причине на стадии расследования от уголовной ответственности). При этом адвокат подчеркнул, что, разумеется, решение этого вопроса всецело принадлежит ему, подсудимому, а он, защитник, будет отстаивать любую избранную подсудимым позицию.

В. в суде признал себя виновным полностью и был приговорен к наказанию, не связанному с реальным лишением свободы.

Оказание квалифицированной правовой помощи своему клиенту не право, а прямая и непосредственная обязанность защитника.

И в первую очередь это касается того, чтобы подзащитный был им глубоко и всесторонне проинформирован о всех правовых аспектах своего дела, прежде всего уголовно-правовых и процессуальных. Причем защитник должен достоверно убедиться, что все им сообщенное дошло до сознания подзащитного.

В ряде случаев подобные разъяснения могут существенно изменить позицию подзащитного относительно предъявленного ему обвинения и по иным, связанным с обвинением вопросам в направлении более рационального обеспечения его интересов. Во всех этих и множестве аналогичных ситуаций своевременное информирование защитником своего клиента позволит адвокату скорректировать с точки зрения права позицию подзащитного, ранее ошибочно или нерационально им занимаемую, исключит возникновение между ними коллизии по этим вопросам и, следовательно, позволит оптимизировать процессуальную и тактическую деятельность защитника по обеспечению интересов своего клиента.

Представляется, что положение п. 5, ранее упомянутое при изложении системы И. Е. Быховского об этической системе допустимости тактических средств (о том, что таковые не должны строиться на неосведомленности лиц в вопросах уголовного права и процесса), всецело относится и к тактическим средствам защиты.

Считаем также, что положение о том, что тактический прием не должен основываться на сообщении следователем обвиняемому, подозреваемому или иным лицам заведомо ложных сведений, в частности о происхождении предметов или документов, практически к деятельности защитника неприменимо по нескольким, даже не этическим в узком смысле слова, а праксеологическим соображениям.

Во-первых, по отсутствию какой-либо необходимости для адвоката сообщать своему клиенту данные сведения для обеспечения его интересов; во-вторых, в связи с отсутствием у него законной возможности общаться с другими обвиняемыми, подозреваемыми в процессе следствия и суда, в ходе которого гипотетически он мог бы сообщать этим лицам заведомо ложные сведения.

Тем не менее, учитывая всю непредсказуемость конкретных ситуаций, которые могут возникать в связи с осуществлением защиты, и права защитника на собирание доказательств (указанными в ст. 86 УПК средствами), мы считаем целесообразным сохранить

этот критерий (в соответствующей интерпретации) в системе этической допустимости тактических средств защиты.

И наконец, последнее (п. 8) из положений вышеназванной этической системы допустимости тактических средств по Быховскому, принятой нами за основу, – о том, что таковые не должны подрывать авторитет органов прокуратуры, МВД и суда.

Применительно к деятельности адвоката оно требует существенной, можно сказать, принципиально иной интерпретации. Дело в том, что значительная часть тактической и, как ее конечное выражение, процессуальной деятельности защитника как раз и направлена на выявление недостатков, просчетов, ошибок, прямых нарушений закона, допускаемых следственными и судебными органами. Эта деятельность во многом и основана на анализе и использовании выявленных недостатков, просчетов и т. д. в интересах подзащитного. Но разве выявленные адвокатом факты ведения следствия незаконными методами, его необъективности, ущемления права обвиняемого на защиту, нарушений предписаний уголовно-процессуального закона и криминалистических рекомендаций при производстве отдельных следственных и судебных действий не подрывают авторитета соответствующих органов? А разве обоснованное постановление оправдательного приговора судом первой инстанции, прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям в апелляционной, кассационной или надзорной инстанции объективно не подрывают авторитета следственных органов в первом случае и судебных органов, постановивших и (или) утвердивших позднее отмененный обвинительный приговор – во втором? Несомненно, подрывают.

И такой подрыв авторитета органов следствия и суда является не только этически допустимым, но и необходимым компонентом профессионального выполнения адвокатом своей процессуальной функции по уголовным делам. Недопустимым в рассматриваемом плане является только одно – голословная, не имеющая под собой материальной информационной основы компрометация защитником авторитета органов прокуратуры, МВД, суда (такие факты, к сожалению, имеют место в адвокатской практике). И только с этим принципиальным уточнением рассматриваемое положение должно быть включено в этическую систему допустимости тактических средств защиты.

В отношении него представляется уместным воспроизвести еще одно из приведенных А. Н. Марковым мнений московско-

го Совета присяжных поверенных начала XX в.: «…защитнику воспрещается не оценка действий должностных лиц, участвовавших в производстве дела, а лишь нарушение должного к ним и вообще к установленным властям уважения, в чем различие очевидно»[113].

Избирательность тактического средства профессиональной защиты как критерий его допустимости заключается в том, чтобы используемое средство не усугубляло бы положения подзащитного или было бы как минимум нейтральным по отношению к предъявленному обвинению (возникшему в отношении подзащитного подозрению). Иными словами, избираемые защитником тактические средства не должны содействовать изобличению подзащитного, не признающего свою вину, или выявлению обстоятельств их, вину и ответственность отягчающих. Можно сказать, что к защитнику никак в не меньшей мере, чем к врачу, относится старинная заповедь Ne nosere – не вредить.

Наиболее характерным примером грубейшего попрания адвокатом этого критерия допустимости является поведение адвоката Богданова, представлявшего интересы обвиняемого на первоначальном этапе расследования широко известного уголовного дела В. В. Макарова, обвиняемого (а затем осужденного) за совершение развратных действий сексуального характера в отношении своей малолетней дочери.

После проведения специалистом по инициативе данного адвоката психофизиологического исследования Макарова, показавшего, что он причастен к совершению инкриминируемого ему преступления, адвокат, заведомо зная о результатах исследования, заявляет следователю ходатайство… о проведении по тем же вопросам соответствующей судебной экспертизы.

«Какую цель преследовал адвокат Богданов Д. И., подавая такое ходатайство, – пишет А. А. Эксархопуло, детально проанализировавший материалы данного уголовного дела, – сказать однозначно трудно, ясно только, что эта цель никак не согласуется с задачами защитника, представляющего интересы лица, подозреваемого в совершении преступления»[114].

---

[113] Правила адвокатской профессии в России. М., 2003. С. 194.

[114] *Эксархопуло А. А.* Дело, которого не должно было быть. Криминалистический анализ. СПб., 2011. С. 27–28.

В искусстве уголовной защиты, предупреждал молодых адвокатов в начале XX в. П. Сергеич, прежде всего «надо научиться не вредить им [подзащитным], а именно не делать таких ошибок, которых можно избегать»[115].

Еще более категоричен – и справедливо – был в этом отношении Н. Н. Полянский: «Защитник не должен сознательно вредить своему клиенту даже во имя справедливости... Защитник не вправе представлять суду доказательства или сообщать обстоятельства, которые увеличивают шансы обвинительного приговора или могут повлиять в неблагоприятную для подсудимого сторону»[116]. На наш взгляд, именно соответствие используемых защитником тактических средств критерию избирательности воздействия в предлагаемой его трактовке не только решает вопрос об их допустимости, но и свидетельствует об уровне профессионализма адвоката.

Противное есть уже на злоупотребление адвокатом права, оно есть невыполнение им своих обязанностей в производстве по уголовному делу (о проблеме обязанностей защитника достаточно подробно будет говориться далее).

Чтобы используемые защитником тактические средства соответствовали критерию избирательности воздействия, адвокату необходимо с достаточно высокой степенью вероятности предвидеть, прогнозировать возможные последствия их применения, в том числе и негативные, для защиты.

Поэтому, в частности, перед тем как заявить ходатайство о проведении какого-либо следственного действия, тем более ходатайствуя о своем в нем участии, адвокат должен всесторонне обдумать, не последуют ли в результате удовлетворения его просьбы нежелательные с позиции защиты последствия. При этом нужно учитывать, что участие защитника в действии, повлекшем таковые последствия, если и не усилит доказательственную их значимость, то, во всяком случае, во многом исключит сомнения в объективности производства этого действия.

Сказанное всецело касается как содержания, так и формулировок вопросов, задаваемых защитником лицам, допрашиваемым с его участием следователем или судом.

---

[115] *Сергеич П.* Указ. соч. С. 9.

[116] *Полянский Н. Н.* Указ. соч. С. 48–49.

Как любое прогнозирование, подобное предвидение предполагает свои основы, конкретное информационное обеспечение. В качестве основ такого прогнозирования выступают, думается, профессиональный и жизненный опыт адвоката, его криминалистические познания, а также его интеллектуальные возможности, в частности способности к рефлексии и навыки рефлексивного управления.

Подведем итог сказанному и сформулируем в целом *систему критериев допустимости тактических средств* профессиональной защиты по уголовным делам.

Тактическое средство защиты должно быть:

1) *законным*, что означает применение его исключительно в рамках прав и полномочий, предоставленных защитнику действующим уголовно-процессуальным законодательством. Правовой принцип «что не запрещено, то разрешено» распространяется на тактическую деятельность защитника;

2) *этичным*, т.е. должно соответствовать требованиям нравственности, морали, общей и судебной этики.

В связи с этим тактическое средство защиты *не должно:*

– основываться на сведениях, унижающих честь и достоинство обвиняемого, потерпевшего и иных лиц, если эти данные не влияют на вопросы доказанности виновности подзащитного или степень его ответственности за совершенное преступление;

– оправдывать само совершение преступления;

– основываться на побуждении своего подзащитного или иных лиц оговору ими невиновных лиц, а также обвинению виновных лиц в большем объеме, нежели это соответствует их фактической вине;

– препятствовать сознательному и свободному желанию подзащитного или иного лица признать свою вину в совершении преступления;

– оставлять в неосведомленности подзащитного обо всех правовых аспектах его дела;

– основываться на использовании заведомо ложных сведений, в частности о происхождении предметов и документов;

– необоснованно подрывать авторитет следственных и судебных органов;

3) *избирательным*, что заключается в том, чтобы используемое защитником тактическое средство не усугубляло бы положения

подзащитного и как минимум было бы нейтральным по отношению к предъявленному последнему обвинению или возникшему в отношении него подозрению в совершении преступления.

Противоречие поведения адвоката-защитника хотя бы одному из обоснованных критериев его допустимости, как и в первую очередь ненадлежащее выполнение им своих процессуальных обязанностей и нарушение налагаемых на его деятельность запретов, однозначно следует расценивать как злоупотребление предоставленными им правами.

С изложенных в данной главе нашей работы позиций далее и будут исследоваться наиболее типичные ситуации возможного злоупотребления правом представителями как стороны обвинения, так и стороны защиты в досудебном производстве по уголовному делу, обосновываться правовые и тактические средства предупреждения такого их поведения, нейтрализации последствий злоупотребления правом.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ СРЕДСТВА ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЙ СЛЕДОВАТЕЛЯ В ПРАВЕ НА ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И ПРИ ИХ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ (на примере очной ставки и допроса)*

Многие следственные действия следователь осуществляет по своему усмотрению о необходимости их производства по конкретному уголовному делу (что опосредовано в уголовно-процессуальном законе словосочетаниями «следователь вправе», «следователь имеет право» и т. п.).

Очевидно, что эти решения следователя обусловливаются как видом и сложностью преступления, так и избранной им тактикой и методикой расследования. А во многом – будем реалистами – и его нацеленностью на объективность производства расследования данного преступления. И вот здесь и таится возможность злоупотреблений следователем этими его правами[1].

В первую очередь мы имеем в виду усмотрение следователя на производство следственных действий, о проведении которых ходатайствует сторона защиты. Чаще всего такие ходатайства касаются: а) допросов в качестве свидетелей тех или иных лиц, которые могут дать свидетельские показания, исключающие или смягчающие ответственность лица, в отношении которого осуществляет-

---

* Впервые опубликовано: Lex Russica (Научные труды МГЮА). 2014. Том XCII, № 7.

[1] Наше понимание злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве изложено в работах: *Баев О. Я*. «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. 2013. № 2. (15). С. 336–349 ; *Его же*. Категория «злоупотребление правом» применительно к уголовному судопроизводству // Криминалист первопечатный. 2013. Вып. 7. С. 34–51.

ся уголовное преследование; б) производства очных ставок между ним и изобличающими его в совершении преступления лицами.

Что касается проблемы рассмотрения следователем ходатайств стороны защиты о допросе называемых ею свидетелей, следователь не только вправе, но обязан таковых допросить в рамках осуществляемого им досудебного производства по уголовному делу. Более того, мы полагаем, что это рационально для самого следователя и из праксеологических, тактических соображений: если следователь откажет в таком ходатайстве стороне защиты (увы, как часто в настоящее время на практике бывает), то данные свидетели могут быть приглашены обвиняемым, защитником для допроса в суд; в этих случаях их показания – а в условиях судебного разбирательства проверка их достоверности крайне затруднена – могут поставить под обоснованные сомнения объективность предварительного расследования и серьезно поколебать доказанность обвинения подсудимого.

В то же время, объективности ради заметим, что ЕСПЧ, комментируя рассматриваемую ситуацию, обратил внимание на то, что «эта гарантия не предоставляет неограниченного права на привлечение к участию в процессе любого свидетеля по требованию обвиняемых или их защитников, но только лишь право на допуск свидетелей, имеющих значение для защиты»[2]. По нашему же убеждению, лучше, если следователь по ходатайству стороны защиты допросит «лишнего» свидетеля, не обладающего сколь-либо значимой для дела информацией, чем отклонит ходатайство о допросе свидетеля, таковой в пользу защиты обладающего; это будет убедительно свидетельствовать об объективности осуществляемого им расследования.

Что касается права следователя на производство очных ставок между подозреваемым/обвиняемым и изобличающими его потерпевшими и свидетелями в случаях наличия в их предыдущих показаниях существенных противоречий (в том числе при ходатайствах стороны защиты об их проведении), то эта проблема представляет-

---

[2] Цит. по: *Волеводз А. Г.* Обеспечение права подсудимого на вызов и допрос свидетеля как гарантия права на справедливое судебное разбирательство : международно-правовое регулирование и практика Европейского суда по правам человека // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2013. № 3 (8). С. 347.

ся нам значительно более сложной. В пункте «d» ст. 6 Конвенции о защите прав и основных свобод человека императивно закреплено право обвиняемого «допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него»[3]. И, безусловно, совершенно прав С. А. Шейфер, когда, рассматривая данное положение, пишет: «Подобное право по логике вещей должно принадлежать обвиняемому и защитнику не только в судебном разбирательстве, но и на предварительном расследовании, где закладывается “фундамент обвинения”»[4].

В то же время, мы всецело согласны с Ю. П. Боруленковым в том, что проведение очных ставок – действия во многих случаях тактически «рискованные», зачастую чреваты нежелательным или непредсказуемым для следователя их результатом. Однако это отнюдь не означает, как то полагает данный автор, что при вероятности для следователя такого исхода «отказ от проведения очной ставки абсолютно оправдан»[5]. А потому мы полагаем, что проведение очных ставок, позволяющих в ходе их подозреваемому или обвиняемому задавать вопросы другому допрашиваемому на ней фигуранту по делу, должно быть не правом следователя, как то в настоящее время предусмотрено УПК РФ, а его обязанностью (за исключением ситуации, о которой скажем ниже).

Проведение очных ставок в досудебном производстве по уголовному делу для обеспечения возможности перекрестного допроса участвующих в них лиц, по нашему убеждению, есть правовая необходимость, противное – злоупотребление следователем правом[6].

Проблема права следователя на производство очных ставок по своему тактическому на то усмотрению представляется особо

---

[3] *Волеводз А. Г.* Указ. соч.

[4] *Шейфер С. А.* Досудебное производство в России : этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 140.

[5] См.: *Боруленков Ю. П.* К вопросу об установлении истины в уголовном процесс // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2013. № 3 (8). С. 135.

[6] Иное дело, что следователь не должен (и на это Ю.П. Боруленков верно обращает внимание) допускать просчетов в подготовке и организации проведения этого действия, в определении момента его производства, и, наконец, – в самом тактическом рисунке производства очной ставки.

значимой при решении вопроса о необходимости их проведения с участием малолетних потерпевших или свидетелей. Практика показывает, что такие следственные действия с участием малолетних лиц проводятся ни так уж редко, мы же убеждены: по очевидным психологическим и этическим причинам проведение очных ставок с участием малолетних в принципе следует признать недопустимым даже для ситуаций, когда это представляется насущно необходимым и/или целесообразным для изобличения подозреваемого/обвиняемого. Скажем более категорично: проведение подобных очных ставок следователем дóлжно расцениваться как злоупотребление им правом на свою тактическую деятельность, в данном случае – на производство очных ставок.

Вспомним историю уголовного судопроизводства. «К числу свидетелей принадлежат и малолетние; им, в случае разноречий, очных ставок ни с кем давать не надо», – говорилось еще в российском уголовно-процессуальном законодательстве первой половины XIX века[7].

Это обстоятельство учли украинские законодатели, однозначно закрепив в ч. 9 ст. 224 УПК 2012 г. следующее положение: «В уголовных производствах по преступлениям против половой свободы и половой неприкосновенности лица, а также относительно преступлений, совершенных с применением насилия или угрозой его применения, одновременный допрос двух или более уже допрошенных лиц (очная ставка. – *О. Б.*) для выяснения причин расхождений в их показаниях не может быть проведен при участии малолетнего или несовершеннолетнего свидетеля или потерпевшего вместе с подозреваемым».

Думаем, что современное отечественное уголовно-процессуальное законодательство должно быть не менее цивилизованным, чем в XIX в. Однако законодатель в настоящее время принял несколько иное, паллиативное, решение, сформулировав его в ФЗ от 28 декабря 2013 г. следующим образом: «При проведении допроса, очной ставки, опознания и проверки показаний с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, не достигшего воз-

[7] Основные формы уголовных следствий, вообще принятых при их производстве. Собраны Д. Долговым. Санкт-Петербург. В типографии военно-учебных заведений, 1846 // Вестник криминалистики. 2009. Вып. 1 (29). С. 109.

раста шестнадцати лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим расстройством или отстающего в психическом развитии, участие педагога или психолога обязательно. При производстве указанных следственных действий с участием несовершеннолетнего, достигшего возраста шестнадцати лет, педагог или психолог приглашается по усмотрению следователя […]»[8]. Вряд ли такое решение оптимально для обеспечения психологической безопасности малолетнего лица при производстве следственных действий с его участием. Мы не думаем, что участие педагога или психолога в проведении очной ставки с малолетним лицом явится панацеей для реализации задачи «максимальной защиты прав и интересов несовершеннолетних потерпевших от дополнительных психологических страданий»[9]. Даже если согласиться с предложенным законодателем вариантом решения проблемы производства очной ставки (других следственных действий) с участием малолетнего потерпевшего или свидетеля, то очевидно, что условия их производства должны быть распространены и на подозреваемых и обвиняемых в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет. А при наличии обстоятельств, также указанных в приведенной норме, – по усмотрению следователя и на других несовершеннолетних подозреваемых/обвиняемых.

Для предупреждения возможности злоупотребления следователем своим правом на производство/непроизводство очной ставки исключительно по своему тактическому усмотрению в УПК должна быть закреплена обязанность следователя удовлетворять ходатайства стороны защиты о проведении очных ставок (с указанной выше оговоркой, касающейся проведения очных ставок с участием малолетних лиц). Опосредовать это положение можно в ст. 192 УПК РФ примерно в следующем виде:

«Ходатайство подозреваемого, обвиняемого о производстве очной ставки между ним и показывающим против него лицом, подлежит удовлетворению за исключением случаев, когда производство данного следственного действия может угрожать безопасности последнего или близких к нему лиц.

[8] Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 432-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве» // Рос. газета. 2013. 30 дек.

[9] Там же.

Производство очной ставки с участием малолетнего лица не допускается».

Для создания правового механизма дальнейшего обеспечения психологической безопасности малолетних (исключение возможности усмотрения следователя в этом отношении) мы также предлагаем в императивной форме закрепить в УПК положение о привлечении таких лиц к опознанию лишь в условиях, исключающих визуальный контакт между опознающим и опознаваемым. Этим положением, на наш взгляд, необходимо дополнить ч. 8 ст. 193 УПК РФ, изложив его примерно в следующей редакции:

«Когда опознающим является малолетнее лицо, предъявление лица для опознания осуществляется в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым».

Для «введения» в исследование еще одной разновидности возможного злоупотребления правом со стороны следователя, преимущественно касающейся производства им допросов и очных ставок, следует напомнить, что российское уголовно-процессуальное законодательство всегда уделяло повышенное внимание языку составляемых протоколов следственных действий, в первую очередь протоколов допросов. Это вполне объяснимо, ибо адекватность воспроизведения в них показаний допрашиваемых лиц во многом позволяет судить об объективности последних. И потому, оговорив, что показания свидетелей излагаются тем же порядком, что и показания обвиняемых, в отношении составления протокола допроса последних неслучайно еще Устав уголовного судопроизводства 1984 г. указывал: «Показания обвиняемого записываются в первом лице собственными его словами без всяких изменений, пропусков и прибавлений. Слова и выражения простонародные, местные или не совсем понятые объясняются в скобках» (ст. 409). «Показания обвиняемых (и других допрашиваемых лиц. – *О. Б.*) заносятся в протокол в первом лице и, по возможности, дословно», – указывалось затем в ст. 138 УПК РСФСР 1923 г., а также в ст. 151, 160 УПК РСФСР 1960 г. Это же требование содержит ст. 190 действующего УПК РФ.

Особо значимо выполнение этих предписаний для оценки достоверности тех показаний, от которых допрашиваемые по тем или иным причинам впоследствии отказались (либо в существенной части их изменили). Данный наш вывод обусловлен тем, что след-

ственная и судебная практика убедительно показывают: наиболее распространенным объяснением этого данные лица называют то, что следователь «не так записал» их первоначальные показания. Действительно, как отмечает Н. И. Порубов, «протокол допроса, составленный следователем, представляет не стенограмму допроса, а его конспект, при котором словесная информация не теряется, а лишь уплотняется»[10]; протокол допроса всегда есть результат «коллективного творчества» следователя и допрашиваемого. Излагая в протоколе показания допрашиваемого, практически всегда следователь их «редактирует» с учетом своего жизненного опыта, образования, интеллектуального развития, привычных для себя словесных штампов, бюрократизмов и пр. Как сказано, во многом это и гносеологически, и филологически, и психологически объяснимо. Главное же при этом, чтобы показания были записаны, «во-первых, так, чтобы, прочитав их, допрашиваемый убедился, что записаны действительно его слова; во-вторых, чтобы показания отражали индивидуальность личности допрашиваемого, и, в-третьих, могли быть поняты и правильно истолкованы всеми, кто с ними знакомится»[11]. Если показания изложены в протоколе языком, не свойственным допрашиваемому, тем более с использованием не известных ему юридических выражений и штампов, объяснения допрашиваемого о причинах их изменения приобретают определенную убедительность.

Так, в протоколе допроса подозреваемого, имеющего семиклассное образование, его показания были зафиксированы в такой редакции: «Я признаю себя виновным в том, что, действуя из хулиганских побуждений и проявляя явное неуважение к обществу, имея умысел на совершение убийства с особой жестокостью и особым цинизмом, совершил…». После того как подсудимый отказался от этих своих «признательных» показаний, суд, проанализировав этот протокол допроса, исключил его из числа доказательств обвинения, указав в приговоре, что в нем показания допрашивае-

---

[10] *Порубов Н. И.* Допрос в советском уголовном судопроизводстве. Минск, 1973. С. 249.

[11] Там же. С. 247. Об этом также см.: *Белоусов А. В.* Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М., 2001 ; *Михайлов А. И., Подголин Е. Е.* Письменная речь при производстве следственных действий. М., 1980.

мого изложены очевидно не свойственным подсудимому языком, а потому вызывают обоснованные сомнения в своей достоверности.

Но это – не злоупотребление правом, это – тактическая ошибка следователя, предопределенная недооценкой им рассматриваемого процессуального предписания и ведущая, как в приведенном примере, в ряде случаев к негативным доказательственным последствиям, ставящим под обоснованные сомнения значимость сформированного в результате допроса доказательства. Однако есть и несколько иные аспекты этой же, можно сказать, лингвистической проблемы, средства разрешения которой следователем нельзя не расценить иначе как злоупотребление им правом при выполнении законодательного предписания о необходимости отражения показаний допрашиваемого в протоколе «по возможности дословно».

Первый из них следующий.

В следственной/судебной практике встречаются дела, допрашиваемые по которым лица в своих показаниях пользуются ненормативной лексикой[12]: они либо дословно воспроизводят нецензурные выражения, звучавшие при событии, об обстоятельствах которого они дают показания, либо в силу своих личностных особенностей просто не умеют иными словами выразить свои мысли.

Давая «признательные» показания о совершении ряда убийств пожилых женщин, сопряженных с изнасилованиями, умственно отсталый Сопов эти показания излагал примитивным языком, потерпевших называл «бабушками», привычными для него словами он называл половой акт, семяизвержение, половые органы. «Все это, – пишет следователь, расследовавший данное уголовное дело, – нашло отражение в протоколе. Было ясно, что он говорит не по подсказке»[13]. Мы полагаем, что во всех случаях в протоколе допроса, очной ставки ненормативные, тем более нецензурные, выражения допрашиваемого следует «перевести» на нормативный русский язык, особо оговорив это обстоятельство в протоколе.

---

[12] «К нецензурной лексике в современном русском языке относятся четыре слова – нецензурные обозначения мужского и женского половых органов, нецензурное обозначение процесса совокупления и нецензурное обозначение женщины распутного поведения, а также все образованные от этих слов языковые единицы, то есть содержащие в своем составе данные корни». *Стернин И. А.* Теоретические и прикладные проблемы языкознания. Избранные работы. Воронеж, 2008. С. 236.

[13] Следственная практика. 2003. Вып. 3 (160). С. 28–29.

Если сообщаемые таким языком сведения имеют повышенную значимость для расследования и, возможно, будут значимы для последующего судебного рассмотрения уголовного дела (в частности, для оценки показаний допрашиваемого при их изменении на этой стадии судопроизводства), то тактически целесообразно, чтобы допрос этого лица сопровождался аудио/видеозаписью, воспроизводящей «оригинал» осуществленного в протоколе «перевода». Она, в случае крайней необходимости, может быть прослушана/просмотрена в судебном заседании; при этом данная часть судебного заседания должна быть, думается нам, проведена в закрытом режиме. Но в самих протоколах допросов (других следственных действий) ненормативная лексика не должна иметь места. Противное следует расценивать не иначе как злоупотребление следователем правом, «посягающее» на сами нравственно-этические основы уголовного судопроизводства в целом.

Когда-то Сергей Довлатов писал: «Язык – это только зеркало. То зеркало, на которое глупо пенять». С этим мы согласны. Однако его связанное с данным положением утверждение, что «язык не может быть плохим или хорошим. Качественные и тем более моральные оценки здесь неприменимы»[14], вызывает у нас резкое неприятие. Если не предъявлять к языку качественных и моральных оценок, то зеркало уголовного судопроизводства долгие годы так и будет вынуждено отражать опухшую (либо истощенную), сильно пьющую, не всегда адекватную к реальности физиономию нашего соотечественника.

Но современная практика выявила еще один очевидно негативный аспект проблемы составления протоколов допросов в досудебном производстве по уголовному делу, который, по нашему убеждению, также следует расценивать как злоупотребление следователем своими правами. Мы имеем в виду следующее. Как известно, и ранее, к сожалению, отдельные протоколы допросов по уголовному делу в сути своей содержательно дублировали друг друга. В настоящее же время предоставляемая персональными компьютерами (а ими располагают практически все следователи) возможность копировать текстовые файлы и полностью переносить их содержание во вновь открываемый файл, эту проблему существенно усугубила. Освоив эту нехитрую премудрость, следо-

[14] *Довлатов С.* Собр. соч. : в 4 т. Т. 4. СПб., 2006. С. 416.

ватели для облегчения своей работы, зачастую, просто «перекидывают» текст первоначального протокола допроса в текст протокола повторного допроса этого же лица, необходимость производства которого обычно обусловливается либо изменением его процессуального положения (сначала допрашивался в качестве свидетеля, затем подозреваемого, затем обвиняемого), либо уточнением редакции ранее предъявленного этому лицу обвинения.

К примеру, по одному уголовному делу из 132 строк протокола допроса обвиняемого 119 текстуально воспроизводили текст протокола допроса этого же лица, за несколько дней до этого допрошенного в качестве подозреваемого (с тем же топографическим расположением текста и теми же орфографическими и синтаксическими ошибками). В таких случаях лицо, в сущности, повторно не допрашивается (хотя оно и подписывает соответствующий протокол). Это же, что очевидно, в ряде следственных и судебных ситуаций (конечно же, в первую очередь, когда это лицо отказывается от своих предыдущих показаний) ставит под обоснованное сомнение доказательственную значимость подобных «клонированных» протоколов. В приведенном выше случае допрошенный по данному обстоятельству в суде следователь «признался» в «скачивании» текста допроса обвиняемого с файла протокола его допроса в качестве подозреваемого, пояснив, что он это сделал для облегчения своей работы, но с согласия на то допрашиваемого (последний дачу на то своего согласия категорически в суде отрицал).

Расценить такое «тактическое» поведение следователя иначе как злоупотребление правом, повторим, нельзя; составленный таким образом протокол «допроса» следует признавать доказательством недопустимым.

Объективности ради скажем, что по приведенному выше делу суд ходатайство защиты о признании протокола допроса обвиняемого недопустимым доказательством отклонил, положив в основу принятого решения то, что «УПК не содержит запрещений на подобные действия», и то, что «составленный протокол допроса подписан обвиняемым и его защитником без каких-либо замечаний». Думаем, что как раз это обоснование судом своего решения наглядно подчеркивает актуальность рассматриваемой нами здесь проблемы злоупотребления правом: формально правильно (действительно, закон подобных запрещений не содержит), а по существу…

Крайней степенью злоупотребления следователем своим правом в рассматриваемых здесь аспектах является ситуация, когда текст допроса одного лица практически без изменений с помощью компьютера воспроизводится в протоколе другого допрашиваемого. При этом лишь соответствующим образом изменяются фамилии «действующих лиц»: фамилией якобы допрашиваемого заменяют фамилию и другие установочные данные лица, с показаний которого этот протокол «скачан».

Особыми негативными последствиями такая технология «допроса» чревата в ситуациях, которые, в сути своей, предполагают выявление противоречий в показаниях лиц, дающих показания по одним и тем же обстоятельствам. Проиллюстрируем и данное положение примером из следственной практики.

Спустя несколько часов после задержания за нецензурную брань в общественном месте Л. из камеры для задержанных РОВД был доставлен в кабинет ОУР, расположенный на четвертом этаже этого же здания. Через некоторое время в присутствии производивших с ним беседу троих оперативных сотрудников УР (согласно протоколам допросов этих лиц) Л. внезапно вскочил на стол и, крикнув, что ему все надоело, неожиданно для них выбросился из окна этого кабинета; в тот же день от полученных телесных повреждений он скончался. Изучение уголовного дела, возбужденного по данному факту по признакам доведения до самоубийства, показало, что следователь, допросив в качестве свидетеля одного из этих сотрудников, затем … полностью, дословно перенес его показания в протоколы «допросов» других оперативных сотрудников, лишь изменив фамилии лиц, участвовавших в проводимой с Л. беседе, повлекшей указанные выше последствия. Иными словами, если в показаниях Иванова указывалось: «Я, Петров, Сидоров…», то в показаниях Петрова – «Я, Иванов, Сидоров…». В итоге такого «расследования» данное уголовное дело было приостановлено в связи с тем, что установить лиц, «в результате чьих умышленных действий Л. покончил жизнь самоубийством не представилось возможным».

У нас нет ни малейших сомнений в том, что не только протоколы допросов таким образом «допрошенных» лиц – доказательства a priori недопустимые, как минимум, их наличие свидетельствует о том, что следователь, осуществляя подобным образом данные следственные действия, злоупотребил своим правом. Не может один и тот же человек дважды теми же словами воспроизводить событие, участником или свидетелем которого он был; не могут

два различных человека одними и теми же словами излагать обстоятельства события, о котором они дают показания. А с учетом последствия этого следственного «ноу-хау» для обеспечения баланса общественных и личных интересов в досудебном производстве по уголовному делу, видимо, следует согласиться с А. В. Белоусовым, что в подобных случаях «имеет место не что иное, как фальсификация доказательств: составляется протокол допроса, хотя допроса как такового не было»[15].

Для исключения подобного отношения следователей к производству данных, наиболее распространенных следственных действий и с учетом реалий следственной практики для предупреждения злоупотребления предоставленными им правами мы считаем целесообразным дополнить ст. 190 УПК частью 2.1. примерно следующего содержания:

«Использование в протоколе допроса ненормативной лексики не допускается. Если таковая содержалась в показаниях допрашиваемого, к протоколу прилагается аудио- или видеозапись показаний, которая при необходимости в исключительных случаях может быть воспроизведена в закрытом судебном заседании.

Протокол допроса, текстуально воспроизводящий содержание ранее данных допрашиваемым лицом показаний, а также показаний других ранее допрошенных лиц, признается недопустимым доказательством».

Описанные выше злоупотребления правом со стороны следователя и при решении вопроса о производстве очных ставок, и при самом их осуществлении, – увы, «штатны» для современной практики расследования преступлений.

Необходимость создания неких законодательных механизмов предупреждения злоупотребления правом мы находим в словах еще Аристотеля, который писал: «… Хорошо составленные законы главным образом должны, насколько возможно, все определять сами и оставлять как можно меньше места произволу […].»[16]. Спустя многие годы, эту же мысль один из классиков французской уголовно-процессуальной науки XIX в. Ф. Эли применительно к уголовному судопроизводству сформулировал следующим об-

[15] *Белоусов А. В.* Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М., 2001. С. 94.

[16] Аристотель. Риторика.

разом: «…Задача законодателя заключается именно в том, чтобы предусмотреть возможность злоупотребления властью и, не вверяясь вполне исполнителям, разрешить самому вопросы, наиболее важные. Общество должно видеть обеспечение своих прав не в случайности, а в законе»[17].

---

[17] Цит. по: *Смолькова И. В*. Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. М., 2012. С. 21–22.

К МЕТОДОЛОГИИ СЛЕДСТВЕННОЙ ТАКТИКИ (причины следственных ошибок)*

Очевидно, не соответствующее ожиданиям общества и государства качество раскрытия и расследования преступлений, увы, есть реалия современной правоохранительной практики.

Данное утверждение основано не только на мнениях лиц, в том или ином качестве вовлекаемых в уголовное судопроизводство, – свидетелей, пострадавших от преступных посягательств и в отношении которых осуществляется уголовное преследование, и т.д. О том же неопровержимо свидетельствуют и обобщенные результаты анкетирования экспертов – самих профессиональных участников уголовного судопроизводства[1]. Их оценка качества работы следователей наглядно отражена в следующей таблице и, думается, дополнительных комментариев не требует.

Сразу «утешим»: подобная оценка обществом и экспертами качества досудебного (да и судебного) производства по уголовным делам – и это где-то социально и психологически объяснимо, – практически постоянна. А потому углубленное изучение феномена качества досудебного производства по уголовным делам есть также постоянная – и не только профессиональная, но и социальная потребность[2].

---

* Впервые опубликовано: Законы России : опыт – анализ – практика. 2015. Вып. 2.

[1] Экспертам было предложено дать оценку по 10-балльной шкале: 0 – нижнее значение качества, 10 – наиболее высокое значение. Всего опрошено 470 человек, из них: следователей – 200; прокуроров – 70; судей – 100; адвокатов – 100. Данные проведенного нами исследования подробно проанализированы. См.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений. Проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

[2] Анализ качества как досудебного, так и судебного производства по уголовным делам неоднократно осуществлялся в отечественной юридической

Таблица

Результаты анкетирования экспертов

Вопрос	Следователи	Прокуроры	Судьи	Адвокаты	Среднее значение
1. Ваше мнение о качестве уголовного преследования					
– выявление и обнаружение преступлений	4,55	5,14	4,1	3,4	4,30
– раскрытие преступлений	3,55	4,57	3,6	3	3,68
– предварительное расследование преступлений	5,65	5,71	4	3,1	4,62
– возбуждение государственного обвинения (качество прокурорского надзора при направлении уголовных дел в суд)	4,45	6,29	4,5	3,8	4,76
– участие государственного обвинителя в судебном следствии	3,9	6,29	4,7	4,1	4,75
– поддержание государственного обвинения в прениях	4	6,29	4,7	4,2	4,80

Данная проблема, несомненно, носящая методологический характер, в первую очередь требует определения гносеологической специфики следственной деятельности и допускаемых при ее осуществлении следственных ошибок[3]. Лишь на этой основе возможна выработка обоснованных рекомендаций по их предупреждению, нейтрализации последствий допущенных ошибок и, следо-

литературе последних десятилетий прошлого века (см. работы И. Л. Петрухина, В. И. Власова и др.). Не менее активно эти вопросы исследуются и в настоящее время. См., например: *Головин А. Ю.* Тактические ошибки в расследовании преступлений. Тула, 2001 ; *Степанов К. В.* Проблемы качества предварительного расследования : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2004 ; *Попова О. А.* Уголовно-процессуальные и организационно-тактические ошибки на стадии предварительного следствия и пути их предотвращения и устранения : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Волгоград, 2006.

[3] Сразу скажем, что речь далее пойдет именно о следственных ошибках, а не о следственном произволе, за которые следователей должны привлекать к строжайшей уголовной ответственности.

вательно, – по повышению качества раскрытия и расследования преступлений в целом.

Специфика следственной деятельности с точки зрения гносеологии – если в рамках настоящей статьи говорить об этом достаточно кратко и тезисно – заключается в том, что:

а) предметом познания при ее осуществлении являются уголовно-релевантные факты и обстоятельства, на основе сведений о которых следователь в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ст. 74 УПК РФ – далее УПК);

б) конечная цель деятельности следователя[4] заключается в установлении факта уголовно-правового конфликта и его разрешении в пределах своей уголовно-процессуальной функции, предполагающей обоснованное и законное формулирование обвинительного тезиса в отношении конкретного лица, либо констатацию факта отсутствия для того оснований или необходимости (либо возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами;

в) составляющее ядро этой деятельности доказывание[5] осуществляется лишь уполномоченными на то субъектами – следователем, прокурором (другими должностными лицами, круг которых четко определен уголовно-процессуальным законом) и в строго – также определенные данным законом сроки;

г) доказывание осуществляется посредством формирования следователем допустимых и относимых доказательств, их проверки и оценки; проверка доказательств производится путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных

---

[4] Здесь и далее под следователем понимаются и дознаватель, и другие должностные лица, осуществляющие досудебное производство по уголовным делам.

[5] То, что доказывание есть центровая, системообразующая часть судопроизводства, есть правовая аксиома, нашедшая свое выражение, в частности, в широко известном высказывании И. Бентама о том, что «…искусство судопроизводства, в сущности, есть не что иное, как искусство пользоваться доказательствами».

доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ); каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела (ст. 88 УПК);

д) вся следственная деятельность, и в первую очередь – доказывание в ней, как правило, и чаще всего осуществляется в условиях скрытого и открытого, опосредованного и непосредственного противодействия со стороны субъектов (лиц, сообществ, организаций и т.д.), имеющих иные, чем у следователя, интересы в досудебном производстве по уголовному делу.

Не вдаваясь здесь также в анализ многочисленных известных в литературе определений понятия следственной ошибки[6], скажем, что, по нашему мнению, *следственная ошибка* есть любое неправильное действие следователя, не носящее преступного характера и/или признаков следственного произвола, но повлекшее за собой одно из следующих последствий:

а) привлечение к уголовной ответственности невиновного лица;

б) недоказанность виновности обвиняемого (при условии совершения преступления именно им, что было установлено обвинительным приговором суда после дополнительного расследования, произведенного по указанию прокурора, в том числе ранее прекращенного или приостановленного уголовного дела);

в) неустановление лица, подлежащего привлечению к уголовной ответственности;

г) неверное применение норм уголовного и/или уголовно-процессуального закона. Например, незаконное прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям или необоснованное его прекращение по нереабилитирующим основаниям, либо приводящее к констатации судом/прокурором факта недопустимого характера сформированного в результате проведения следственного действия доказательства. Либо, напротив, – необоснованное

---

[6] Достаточно подробный обзор различных подходов к определению понятия следственной ошибки проведен В. П. Крамаренко. См.: *Крамаренко В. П.* Ситуационный подход в определении сущности, природы, видов и понятия следственных ошибок // Ситуационный подход в юридической науке и правоприменительной деятельности : материалы Международной научно-практической конференции. Калининград, 2012. С. 68–74.

привлечение субъекта к уголовной ответственности, что затем установлено в соответствующем постановлении компетентным на принятие таких решений должностным лицом или судом;

д) другое нарушение прав и законных интересов лиц, вовлеченных в любом качестве в орбиту уголовного преследования.

Бóльшая часть следственных ошибок, как видим, завершается вынесением следователем соответствующего этапу предварительного расследования незаконного и/или необоснованного процессуального решения. Но эти решения – лишь процессуальный итог некачественной, ошибочной работы следователя, «верхушка айсберга», основную подводную часть которого – далеко не всегда находящую отражение в материалах дела – составляют ошибки *тактические.*

Именно поэтому следственная тактика – система научных положений и разрабатываемых на их основе соответствующих средств предупреждения и преодоления противодействия выполнению следователем своей процессуальной функции, должна в то же время быть направлена на предотвращение ошибок при применении следователем норм материального и процессуального права и в целом – при доказывании по уголовным делам.

В литературе традиционно причины следственных ошибок в самом общем виде усматриваются в недостаточно высоком профессиональном, интеллектуальном и нравственном уровнях следователей, их допускающих. С этим нельзя не согласиться. Однако при подобном подходе остается неясным: в чем конкретно выражается низкий профессиональный, интеллектуальный и нравственный уровень следователей, каково его влияние на тот или иной вид следственных ошибок? Лишь обоснованные ответы на эти вопросы помогут как минимум выявлять и своевременно устранять следственные ошибки по конкретным уголовным делам, нейтрализовать последствия уже допущенных ошибок.

Попытаемся выделить основные, на наш взгляд, взаимосвязанные и взаимообусловленные непосредственные причины ошибок в современном досудебном производстве по уголовным делам (в раскрытии преступлений и доказывании виновности обвиняемых в их совершении).

1. Общеизвестно, что уголовно-релевантная информация, следы преступления еще не есть судебные доказательства, это есть

единственная и непременная основа, генезис того, что ч. 1 ст. 86 УПК именует «собиранием доказательств», которое «осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Учитывая эту существующую (с теми или иными модификациями) в уголовно-процессуальном законодательстве практически всех правовых государств конструкцию понятия «судебное доказательство», С. А. Шейфер совершенно верно пишет: «Доказательство представляет собой неразрывное единство содержания (фактические данные, т.е. сведения о фактах, подлежащих установлению) и формы (показания, заключения экспертов, вещественные доказательства и документы)»[7].

Доказательственная информация, не облеченная в соответствующую, строго предписываемую законом уголовно-процессуальную форму, предназначенную для ее извлечения, – «вещь в себе», и какой бы значимой она ни была, непосредственно для доказывания по уголовному делу использоваться не может, она недопустима для использования в этом процессе[8].

Сказанное относится к установленным законом источникам формирования доказательств, и, не в меньшей степени, к общим правилам производства следственных действий и порядку осуществления отдельных из них; бóльшая часть этих предписаний, несомненно, либо носит ярко выраженный тактический характер, либо определяет пределы допустимости применения тактических средств в расследовании преступлений.

---

[7] *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. Тольятти, 1998. С. 37. Этой же точки зрения в настоящее время, как уже отмечалось, придерживаются и многие другие процессуалисты.

[8] Будем реалистами: необходимость строжайшего соблюдения процессуальной формы при формировании доказательств в ряде случаев ограничивает возможности вовлечения в уголовный процесс значительной содержательной части уголовно-релевантной информации. Ярким примером этого является то, что значительную часть информации, имеющейся в распоряжении сотрудников оперативно-розыскных служб, в силу специфики способов и условий ее получения не представляется возможным использовать в уголовно-процессуальном доказывании.

А потому, формируя доказательства, следователь в первую очередь должен быть формалистом в прямом и точном значении этого понятия.

Давно известно: «Формализма оказывается слишком много для стороны, действующей недобросовестно, потому что он ее стесняет, и, наоборот, его слишком мало для честного человека, которого он защищает, его сложность, а также порожденная им медлительность и издержки представляются ценой, которой каждый покупает свою свободу и обеспечивает свое добро»[9].

Человечество за всю многовековую и зачастую трагическую свою «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: *лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой – минимально необходимой и возможной гарантией защиты человека, его прав и свобод от репрессивного механизма государства.*

Следователи зачастую не понимают, а иногда просто не задумываются о том, что, в принципе, за каждым положением уголовно-процессуальной формы скрыт глубокий правовой смысл, что каждое положение уголовно-процессуального закона направлено на обеспечение гарантий прав и законных интересов личности, на достаточно строгую регламентацию процессуальных отношений и институтов. Лишь в таком режиме может осуществляться уголовное преследование в правовом государстве. Следует четко и определенно уяснить: информация, полученная с нарушениями процессуальной формы, какой бы криминалистически важной она ни представлялась, это – «вещь в себе»; она не является и в принципе не должна являться судебным доказательством.

В то же время любой закон, в том числе и уголовно-процессуальный, нужно исполнять не только неукоснительно, но и осмысленно. За каждым положением доказательственного права, за каждой его нормой стоит многолетний опыт уголовно-процессуального исследования преступлений, изученный и обобщенный науками криминального цикла (в первую очередь криминалистикой и теорией судебных доказательств).

---

[9] *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов. М., 1956. С. 224–225.

В нормы процессуального права, регламентирующие доказывание на стадии предварительного расследования преступлений, включаются те – и только те – тактические приемы и рекомендации, которые, по мнению законодателя, оптимальны для получения объективной информации при расследовании преступлений в любых следственных ситуациях.

Когда-то А. В. Суворов сказал, что каждый солдат должен понимать свой маневр. Для всех профессиональных участников уголовного судопроизводства, в первую очередь для органов и лиц, осуществляющих досудебное производство по уголовным делам, их «маневры» – закон. Именно непонимание тактической сущности норм доказательственного права зачастую является «причиной причины» ошибок в уголовном преследовании; оно психологически легко ведет к пренебрежению необходимостью исполнять уголовно-процессуальный закон в целом[10].

Конечно, современная уголовно-процессуальная форма осуществления предварительного расследования преступлений далеко не идеальна, регламентирующий ее уголовно-процессуальный закон нуждается в дальнейшем развитии и совершенствовании, но пока Закон действует, это – Закон, подлежащий неукоснительному соблюдению. В нем нет норм, обязательных для исполнения, и тех, которыми можно пренебречь[11].

В то же время практически все следственные действия, направленные на формирование доказательств: очная ставка, следственный эксперимент и т.д. (не считая, разумеется, допросов потерпевших, лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование, случаев обязательного назначения судебных экспертиз), производятся исключительно по усмотрению на то следователя.

---

[10] К примеру, многие из опрошенных автором настоящей работы следователей не смогли объяснить гносеологическую и тактическую сущность «своих маневров» – отдельных положений доказательственного права. Почему, например, запрещена постановка наводящих вопросов допрашиваемому лицу; почему лиц или предметов, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех? «Так записано в УПК», – отвечали они. На вопрос же «Почему так записано в законе?» большинство из опрошенных следователей не дали удовлетворительного ответа.

[11] Как говорили древние римляне: «Dura lex, sed lex» – «Хоть и строг закон, но соблюдать его надо»; «Dura lex scripta tamen» – «Хотя и строг закон, но так он написан».

На усмотрение следователя, по существу, отдано и решение вопроса о существовании оснований / достаточных оснований, с наличием которых УПК связывает возможность производства ряда следственных и других процессуальных действий (к примеру, обыска, избрания меры пресечения подозреваемому или обвиняемому и т.п.).

Оценка сложившейся ситуации как исключительной, а потому допускающей некоторые отступления от общеустановленного порядка производства отдельных следственных действий, также есть результат усмотрения следователя[12].

Принятие следователем собственно тактических решений и их практическая реализация при производстве отдельных следственных действий и при расследовании преступлений в целом уголовно-процессуальным законом не опосредованы (да это практически и невозможно).

Однако и сами следственные действия, и реализация даже законно принятых решений могут быть проведены так, что (как некогда говорил великий политический тактик) окажутся формально правильными, а по существу издевательскими.

В этой связи заметим, что нам представляется ошибочным мнение К. В. Степанова, сводящего понятие следственной ошибки к действиям или решениям следователя при производстве расследования по уголовному делу, которые выражаются в отступлении от требований уголовно-процессуального закона[13].

Это далеко не так. Можно скрупулезно соблюдать при расследовании все предписания закона… и «внутри», в рамках этих предписаний нарушать принципы и сам дух закона. Все будет формально правильно, а по существу…

Для исключения такого отношения к расследованию преступлений следователь должен применять уголовно-процессуальный закон, использовать свои предусмотренные им процессуальные полномочия так, чтобы это в максимальной степени обеспечивало объективность расследования, его высокую нравственность, все-

---

[12] Подробнее наше мнение об усмотрении в уголовном судопроизводстве см.: *Баев О. Я.* Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М., 2012.

[13] См.: *Степанов К. В*. Проблемы качества предварительного расследования : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 17.

цело отвечало принципам и духу закона, гарантиям прав и законных интересов личности в судопроизводстве. Именно с этих позиций, в частности, должны оцениваться правомерность и допустимость использования любых применяемых для расследования преступлений криминалистических (главным образом, тактических) средств.

Буква и дух уголовно-процессуального закона должны соблюдаться неукоснительно, без исключений, без каких-либо ссылок на особенности расследуемого дела, проходящих по нему лиц, общественного мнения, сложившегося относительно дела, и других внешних воздействий; противное есть следственная ошибка. Более того она – одна из основных причин, обусловливающих приведенное выше столь критическое отношение общества и экспертов к качеству досудебного производства по уголовным делам.

2. Одна из наиболее значимых и распространенных причин следственных ошибок обусловлена отсутствием у многих следователей глубоких знаний криминалистики.

Говоря об этом, мы в первую очередь имеем в виду отсутствие у следователя понимания закономерностей возникновения, изменения, существования и исчезновения криминалистически значимой информации. Без того невозможно осмысленное использование следователем основанных на познании этих закономерностей средств и приемов обнаружения, изъятия данной информации, структуризация ее в доказательства, исследование и оценка последних в расследовании преступления (если оно имело место) и доказывании виновности лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование.

Нет сомнений, что процесс осознания и обоснования криминалистикой значимости для расследования преступления результатов определенных актов отражения диалектически поступателен и постоянен. На этой основе создаются новые криминалистические (технические, тактические, методические) средства извлечения и переработки информации, с этого момента приобретающей характер информации криминалистически значимой, что позволяет использовать ее в условиях и рамках уголовного судопроизводства.

Пока следователи не овладеют всем арсеналом современных знаний и средств науки криминалистики, задача обеспечения ка-

чества предварительного расследования преступлений невыполнима.

В то же время, даже понимая в принципе криминалистическую значимость информации, извлечение, переработка и использование которой возможны путем проведения определенного следственного действия, следователи в ряде случаев не пытаются осознать сущность закономерностей, которым подчиняется этот процесс. Не учитывая закономерностей формирования и существования криминалистически значимой информации, следователи либо опаздывают с ее извлечением – она исчезает, либо получают ее в искаженном виде (последнее в первую очередь касается вербальной информации). Все это ведет к неумелому ее использованию в собственно тактических и доказательственных целях и с логической неизбежностью влечет ошибки в раскрытии преступления и доказывании виновности лица, обвиняемого в его совершении. По этой же причине переоценивается криминалистическая и доказательственная значимость определенной части информации.

Делая последний вывод, мы, естественно, в первую очередь имеем в виду широко, к сожалению, распространенные факты переоценки следователем значения показаний лица, признавшего себя виновным в совершении преступления.

Очевидно, что в процессуальном значении признание подозреваемым/обвиняемым своей вины – рядовое доказательство; оно подлежит комплексной оценке в совокупности со всеми другими доказательствами и обстоятельствами расследуемого дела: «Признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств», – в императивной форме предписывает ч. 2 ст. 77 УПК.

Однако нельзя закрывать глаза на то, что в криминалистическом смысле показания обвиняемого, признающего свою вину в совершении преступления, имеют, как правило, уникальную ценность, содержат информацию, которую практически невозможно получить из иных источников, добыть другими средствами доказывания. Именно обвиняемый (подозреваемый), если он действительно совершил преступление, является источником (иногда по объективным причинам практически единственным) получения иных доказательств по многим наиболее существенным обстоятельствам

расследуемого преступления: где, например, сокрыт труп потерпевшего; где находятся похищенные ценности; кто является организатором либо подстрекателем преступления; каковы его цели и непосредственные мотивы и т.п. В этом единственном качестве – в качестве источника получения иных доказательств – и состоит незаменимость во многих случаях показаний обвиняемого.

Избежать переоценки значения показаний лица, признающего себя виновным в совершении преступления, думается, несложно. Для этого и следователю, и прокурору, и, в конечном счете, суду следует подойти к анализу собранных по делу доказательств непредвзято, объективно, исходя из следующей позиции: какие доказательства, изобличающие обвиняемого, останутся, если из материалов дела исключить его «признательные» показания? Если в результате окажется, что иных доказательств вины обвиняемого нет или их совокупность недостаточна для однозначного обоснования обвинения, то должен быть сделан единственный логически и процессуально безупречный вывод: вина обвиняемого в данный момент не доказана.

Но повторим: несоблюдение этого принципиального положения в настоящее время (как и ранее) – не только одна из наиболее распространенных и существенных тактических ошибок следователя, но и вытекающих из нее ошибок судебных. Она напрямую свидетельствует об игнорировании следователем (судом) принципов права, пренебрежении самой сущностью цивилизованного уголовного процесса.

С этим положением напрямую связана еще одна из основных – методологической важности! – причин следственных ошибок, заключающаяся в неустановлении следователем всех необходимых следствий, вытекающих из сформулированной версии о лице, совершившем преступление, и иных обстоятельств, составляющих предмет доказывания по уголовному делу.

Как известно, следственная версия представляет собой разновидность частной гипотезы, она идеальна, реально «неосязаема». Следственная версия может быть всесторонне и объективно проверена (подтверждена, опровергнута) только фактами, когда из нее будут выведены все с необходимостью вытекающие следствия. Именно они, а не версия как идеальная конструкция поддаются и подлежат практической проверке.

Только когда будет однозначно доказано существование всех необходимых следствий, вытекающих из версии о виновности обвиняемого в совершении инкриминируемого ему преступления, она перестает быть версией и превращается в истину.

В силу принципиальной – методологической! – важности рассмотренного положения повторим: неустановление хотя бы одного (и «всего лишь» одного) необходимого вытекающего из версии следствия свидетельствует о ненадлежащем качестве осуществленного уголовного преследования, о необоснованности уголовного преследования данного лица. Это одна из основных и самых распространенных причин ошибок предварительного расследования преступлений, а затем зачастую и судебных ошибок.

3. Еще одной распространенной (несколько противоположной рассмотренной чуть выше) причиной следственных ошибок, имеющей непосредственное отношение к методологии следственной тактики, является пассивность следователя при осуществлении предварительного расследования, подмена его выполнением «процессуальной обрядности».

«Очень многие следственные производства, – писали более восьмидесяти лет назад В. Громов и Н. Лаговиер, – являясь удовлетворительными с точки зрения соблюдения процессуальных форм, в то же время совершенно неудовлетворительны с точки зрения основной цели всякого расследования – раскрытия материальной истины. Процессуальные нормы внешним образом соблюдены, следствие по делу закончено, а сам «след» безнадежно утерян... Но что было сделано, чтобы «след» найти, чтобы запутанный клубок распутать? На первый взгляд, сделано все: свидетели допрошены, длинная цепь протоколов – налицо. Но более внимательное ознакомление с делом показывает, что в действительности следователь брал лишь те доказательства, которые, если так можно выразиться, сами плыли ему в руки... В сущности, вместо доподлинного расследования и искания истины оказывается чисто обрядовая регистрация всевозможных фактов, которые всплыли сами собой»[14].

К сожалению, это наблюдение не потеряло своей актуальности и в настоящее время. Более того, на данную причину ошибок в

[14] *Громов В., Логовиер Н.* Искусство расследования преступлений. М., 1927. С. 87.

уголовном преследовании обращают внимание и сами лица, в отношении которых оно осуществлялось[15].

Следователь должен быть «настроен» на раскрытие и расследование преступления, понимать, что это его основная процессуальная функция.

4. В то же время, как известно, – и на что нами специально было обращено внимание при определении специфики следственной деятельности, она осуществляется преимущественно в условиях потенциального или реального, опосредованного и непосредственного противодействия со стороны субъектов, интересы которых в исходе уголовного судопроизводства противоположны профессиональным интересам в нем следователя.

В подтверждение этому достаточно сослаться лишь на то, что «каждый год, по данным ВНИИИ МВД, в России свидетелями тяжких преступлений становятся более 11 миллионов человек. Из них около 2,5 миллионов (каждый четвертый! – *О. Б.*) в ходе судебных заседаний из-за боязни мести со стороны обвиняемых резко меняют свои показания. По официальной статистике ежегодно в России гибнут или исчезают от пяти до восьми свидетелей преступлений»[16].

Увы, одной из «штатных» следственных ошибок является непринятие мер по защите доказательств как на стадии их формирования, так и уже сформированных доказательств от их как умышленных, так и неумышленных искажений и в процессе досудебного производства по уголовному делу, и при его судебном разбирательстве.

По нашему убеждению, защита доказательств должна составлять содержание обязательной практически по любому расследу-

---

[15] В частности, по результатам проведенного М. В. Бочкаревым исследования, по мнению почти 50 % опрошенных им обвиняемых, следователь для установления истины не использовал данные об их психологических свойствах, иными словами, – осуществлял расследование пассивно. См.: *Бочкарев М. В.* Научные и тактические основы использования знаний о нервной системе при допросе подозреваемого и обвиняемого : дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 196, 205–206.

[16] *Богданов В.* Говорите, вас защищают (статья посвящена обзору утвержденной постановлением Правительства РФ от 13 июля 2013 г. № 586 Государственной программы «Обеспечение безопасности потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства на 2014–2018 годы». – *О. Б.*) // Рос. газета. 2014. 6 мая.

емому уголовному делу достаточно сложной одноименной тактической операции.

В постановочном плане она должна включать в себя как минимум следующие структурные элементы (подсистемы):

– обеспечение сохранности материалов уголовного дела;

– обеспечение сохранности и неизменяемости материальных объектов, впоследствии приобретающих свойства вещественных доказательств и в таковом качестве приобщаемых к делу, после их изъятия в ходе отдельных следственных действий (осмотра места происшествия, других видов следственного осмотра, выемки и обыска);

– снижение вероятности оказания противоправного и иного воздействия с целью дачи заведомо ложных показаний, а также изменения ранее данных достоверных показаний на допрашиваемых (и допрошенных) по делу лиц. Такое воздействие, о чем убедительно свидетельствует следственная и судебная практика, может применяться к лицам независимо от их процессуального статуса – и к обвиняемым (подозреваемым), и к потерпевшим, и к свидетелям.

Диапазон направленных на то, даже не собственно тактических и оперативно-розыскных, а процессуальных мер весьма широк – от возможности производства следственных действий со свидетелями и потерпевшими под псевдонимами, применения к ним и другим лицам средств государственной защиты, соответствующих сложившейся ситуации, временного несообщения о задержании подозреваемого, особенностей расследования и судебного рассмотрения уголовных дел в порядке гл. 40.1 УПК, и т.д.[17]

И, конечно же, существенное значение для обеспечения защиты доказательств имеют средства и методы специальной профилактики – чтобы каждый случай как принуждения к даче показаний,

[17] Кстати сказать, одна из (как бы сказали сегодня) «процессуально-тактических» рекомендаций по защите доказательств содержалась еще в опубликованной в 1533 г. «Уголовной Конституции Карла V» (известной как «Каролина»): «Когда имеется несколько арестантов, их надлежит отделить друг от друга, поскольку это возможно по тюремным условиям, дабы они не могли соглашаться между собой в сложных показаниях либо сговариваться о том, как они намерены оправдываться в своих деяниях». Цит. по: Хрестоматия по истории государства и права / под ред. В. В. Ячевского. Воронеж, 1999. Т. 1. С. 393.

так и подкупа и принуждения к даче ложных показаний выявлялся, должным образом расследовался, не оставался безнаказанным[18].

Таковы, по нашему представлению, основные (лишь основные!) причины следственных ошибок, бóльшая часть которых обусловлена тактическими просчетами.

Расследование преступлений – это всегда борьба, но борьба не с противодействующей следователю личностью (личностями), а, как некогда определил А. М. Ларин, *борьба за информацию*. А в любой борьбе (войне), – воспользуемся словами видного теоретика и историка военной науки генерала от инфантерии русской армии Антуана Анри Жомини (1779–1869 гг.), – «добиться победы должна именно тактика» в союзе «с храбростью, гением и удачей»[19].

---

[18] См. подробнее: *Баев О. Я.* Методика расследования принуждения к даче показаний, подкупа или принуждения к даче ложных показаний, уклонению от дачи показаний. М., 2014.

[19] Цит. по: Тактика / под ред. В. Г. Резниченко. М., 1966. С. 8–9, 99.

О ПУТЯХ РАЗРЕШЕНИЯ НЕКОТОРЫХ «КОНВЕРГЕНЦИОННЫХ» ПРОБЛЕМ ОТЕЧЕСТВЕННОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА*

Развитие правовых систем на основе конвергенции – исторически перманентно-постоянно для любых государств: от XII Таблиц, других законов Древнего Рима, Кодекса Наполеона, Судебной реформы в России 1864 г., в том числе Устава уголовного судопроизводства, и всего дальнейшего российского законодательства.

Совершенно естественным и объективно обусловленным является, что и современная отечественная уголовно-процессуальная система находится под определенным влиянием международного права, процессуального права демократических зарубежных государств, пытается адаптировать наработанный в них законодательный опыт к социальным и правоприменительным реалиям нашей страны.

Однако, увы, как зачастую у нас бывает, этот процесс усложняется не только самим крайне неудовлетворительным с точки зрения юридической техники качеством вносимых в этой связи в УПК РФ (далее – УПК) поправок и дополнений, их «нестыковок» с основным текстом УПК. Но – и это главное! – несвоевременным правовым реагированием на проблемы, возникающие в правоохранительной деятельности в связи с внесением концептуальных «конвергенционных» изменений в уголовно-процессуальное законодательство.

И потому, когда я читал положившую начало этой дискуссии статью о вопросах конвергенции уголовно-процессуального права России и зарубежных государств[1], меня не оставляло ощущение,

---

* Впервые опубликовано: Библиотека криминалиста : научный журнал. 2015. Вып. 5 (22).

[1] См.: *Захарцев С. И., Сальников В. П.* О конвергенции уголовно-процессуального права России и зарубежных стран // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2015. № 2 (19).

что ее авторы пытаются понять, как объяснить маленькой девочке, едущей на трехколесном велосипеде в стену и с восторженным ужасом вопящей: «Куда я еду?! – Скажите, кто-нибудь!!!», – куда же она все же движется…

Из ряда поставленных авторами данной статьи проблем отечественного уголовно-процессуального законодательства для дальнейшего освещения я выбрал лишь некоторые, очевидно обусловленные процессом конвергенции и представляющиеся мне повышенно актуальными как в теоретическом, так – и это главное, в практическом отношении.

В первую очередь нельзя не разделить озабоченность С. И. Захарцева и В. П. Сальникова совершенно невнятно и непоследовательно закрепленными в действующем УПК *полномочиями прокурора в досудебном производстве по уголовному делу.*

Комментируя эту проблему, авторы напоминают, что в первой редакции УПК любое уголовное дело могло быть возбуждено только прокурором либо с непосредственного согласия прокурора.

Спустя менее десяти лет, согласно внесенным в этот закон изменениям, прокурор стал практически единственным участником уголовного процесса со стороны государства, который вообще не имел права возбудить уголовное дело[2].

В настоящее время прокурор (добавлю) не только не может лично возбудить уголовное дело, но и прекратить его либо уголовное преследование в отношении отдельных лиц. Он может лишь инициировать необходимость решения этих и других вопросов по уголовному делу следователем (и его руководителем). Более того, вынесенные в этом отношении прокурором в пределах своих указанных выше полномочий постановления не являются однозначно обязательными для органов и лиц, осуществляющих предварительное следствие. Они могут их обжаловать в порядке, установленном ч. 6 ст. 37 УПК.

Апофеозом этих новаций, носящим прямой оскорбительный характер для статуса прокурора – как «ока государева», стало дополнение в 2008 г. ФЗ № 226-ФЗ статьи 37 УПК положением, устанавливающим, что прокурору *предоставляется возможность* ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела *лишь по мотивированному письменному запросу.* По сути,

[2] См.: *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Указ. соч. С. 31.

это означает: «ладно уж; если сильно хотите, покажем дело»… Справедливости ради, замечу, что на практике это положение игнорируется.

Более того, на усмотрение следователя, в частности, оставлено решение о направлении прокурору *адресованного – не следователю, а именно прокурору* ходатайства подозреваемого/обвиняемого о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (о некоторых проблемах которых речь пойдет далее). Сочтет следователь необходимым – направит ходатайство прокурору, не сочтет необходимым – вынесет постановление об отказе в удовлетворении этого – не ему адресованного – ходатайства (в этих случаях прокурор остается в неведении о самом факте подачи данным лицом такого ходатайства)!

Данная ситуация авторам представляется «вообще комичной»[3].

Я же отношусь к ней значительно серьезней; по моему разумению, она не только парадоксальна, но в принципе противоречит всем международным тенденциям развития уголовно-процессуальных отношений и уголовно-процессуальной деятельности как таковой в целом.

В действующей до внесения этих изменений редакции УПК прокурор признавался не только руководителем, но и самым активным участником уголовного преследования в досудебном производстве, обладающим потому самыми широкими полномочиями. Он не только, как сказано, имел возможность лично возбуждать уголовные дела, но без его согласия следователь не имел права обратиться в суд для получения разрешения на производство отдельных следственных действий и применения к подозреваемым и обвиняемым ряда мер пресечения. Его письменные указания о направлении расследования, а органам дознания о проведении оперативно-розыскных мероприятий, за редкими исключениями, являлись для следователя и этих органов обязательными. Наконец, прокурор имел право личного производства отдельных следственных действий, и т.д.

Однако в то же время он был обязан осуществлять и прокурорский надзор за производимым уголовным преследованием, в котором, как сказано, в этой стадии судопроизводства он принимал самое активное участие. И гносеологически, и психологически такое

[3] См.: *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Указ. соч. С. 31.

«раздвоение», а скорее, сочетание функциональных обязанностей прокурора – и это наглядно показывала многолетняя практика, *a priori* не могло быть достаточно эффективным.

Вряд ли можно было сколь-либо серьезно утверждать (как то некогда сделали С. К. Питерцев и А. А. Степанов), что «“слабые дела” в суд обычно не направляются, а допускаемые процессуальные нарушения исправляются при осуществлении прокурорского надзора за расследованием»[4].

Приведенные выше кардинальные изменения функции и процессуального статуса прокурора при производстве предварительного следствия с очевидностью свидетельствуют об осознании законодателем неэффективности прокурорского надзора за этой деятельностью в ранее существовавших его формах, попытке (на мой взгляд, неудачной и непоследовательной) его трансформировать с учетом международного уголовно-процессуального законодательного и правоприменительного опыта.

Позволю высказать несколько эпатажное и радикальное предположение: *прокурорский надзор в уголовном судопроизводстве в виде существовавшего ранее правового института себя в настоящее время изжил.*

Процессуальный контроль – а он, без всяких на то сомнений, необходим, за законностью действий и решений должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование на досудебных стадиях уголовного процесса, надлежит осуществлять суду, может быть – и скорее всего, возложить функции его осуществления на возрождаемый институт следственных судей.

Следует честно, без ханжества признать – и *недвусмысленно закрепить в законе тот факт, что прокурор является руководителем и организатором всей системы уголовного преследования.* В этом качестве он направляет всю свою деятельность на обеспе-

---

[4] *Питерцев С. К., Степанов А. А.* Тактика допроса на предварительном следствии и в суде. СПб., 2001. С. 131.

Достаточно в этой связи напомнить широко известные неправосудные приговоры к смертной казни по делам серийных убийц Михасевича, Чикатило и др., совершенно обоснованные оправдательные приговоры или факты прекращения уголовных дел по реабилитирующим основаниям в результате отмены обвинительных приговоров вышестоящими судебными инстанциями. И по всем этим уголовным делам «осуществлялся прокурорский надзор за расследованием»!

чение для себя возможности законного и обоснованного возбуждения в отношении изобличаемого в результате этой деятельности лица обвинения от имени государства и поддержания государственного обвинения в суде. И потому совершенно необходимым представляется предоставление ему полномочий на самое активное участие в досудебном производстве по уголовным делам – от возбуждения уголовного дела, решения вопросов о применении мер процессуального принуждения до не только участия в проведении отдельных следственных действий, но и при необходимости – самостоятельного их производства[5].

Эта концепция всецело соответствует следующим Рекомендациям экспертного комитета по роли государственного обвинителя в системе уголовного правосудия Комитета министров стран – участниц Совета Европы:

«1. Государственные обвинители – это органы государственной власти, которые от имени общества и в его интересах обеспечивают применение права там, где нарушение закона влечет за собой уголовную санкцию, принимая во внимание как права граждан, так и необходимость эффективного действия системы уголовного правосудия.

2. *Во всех системах* (курсив наш. – *О. Б.*) государственные обвинители:

– решают вопрос о возбуждении или продолжении уголовного преследования;

– поддерживают государственное обвинение в судах;

– опротестовывают или поддерживают протест на решения судов; …»[6].

Анализ комментируемых изменений УПК приводит к выводу, что законодатель, по сути, склонился именно к этому решению данного вопроса, оставив за прокурором принятие лишь одного, но наиболее важного на данном этапе уголовного судопроизводства процессуального решения – возбуждения государственного обвинения по результатам изучения материалов уголовного дела, завершенного в отношении обвиняемого составлением обвини-

---

[5] Подробное обоснование этой позиции см.: *Баев О. Я.* Прокурор как субъект уголовного преследования. М., 2006.

[6] Цит. по: *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 343.

тельного заключения. Иными словами, законодатель оставил прокурору на данной стадии уголовного судопроизводства единственную альтернативу: поддержать обвинение, сформулированное следователем, и тем самым возбудить в отношении лица государственное обвинение, либо отказать следователю в возбуждении по предоставленным ему материалам уголовного дела государственного обвинения[7].

И в этой же связи.

Ранее в ряде своих работ автор вслед за В. С. Зеленецким обосновывал мнение, что возбуждение государственного обвинения является самостоятельной, принципиально ответственной стадией уголовного процесса, связующим звеном, «мостиком» между предварительным расследованием и судебным производством по уголовному делу.

«Воспринимает прокурор обвинение, сформулированное следователем, – писал он, – или формирует его сам, внося с учетом обстоятельств дела в ранее сформулированное обвинение соответствующие изменения, – во всех случаях он принимает соответствующее решение, которое по своей природе является *актом возбуждения государственного обвинения против конкретного лица»* (курсив наш. – *О. Б.*)[8].

Далеко не все исследователи с таким подходом были согласны.

УПК в действующей в настоящее время редакции сделал это положение по названным выше причинам в принципе бесспорным. И оно, по моему разумению, всецело соответствует позитивной тенденции конвергенции российского и международного уголовно-процессуального права!

Еще одним проявлением конвергенции отечественного уголовно-процессуального права, заимствования апробированных многолетним опытом отдельных элементов правовых систем других государств, несомненно, является введение в него института так называемых «сделок с правосудием», к которым зачастую в литературе относят досудебные соглашения о сотрудничестве, заклю-

---

[7] Это, однако, не исключает возможности последующего возбуждения им в отношении этого же лица государственного обвинения по результатам проведенного дополнительного расследования по данному делу.

[8] *Зеленецкий В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. Харьков, 1979. С. 22.

чаемые при определенных условиях с подозреваемыми и обвиняемыми.

Сразу следует сделать две ремарки.

Во-первых, говорить о сделке с правосудием имеет смысл лишь применительно к предусмотренному гл. 40 УПК особому порядку принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением; в этих случаях после «полноценно» проведенного предварительного расследования преступления при наличии для того оснований, предусмотренных ст. 314 УПК, орган правосудия – суд вправе заключить с обвиняемым таковую сделку и постановить приговор без проведения судебного разбирательства с учетом правил назначения наказания, оговоренных для таких ситуаций в ч. 5 ст. 62 УК. Несмотря на скептическое отношение со стороны ряда авторов к подобному способу отправления правосудия, эти сделки достаточно в настоящее время широко используются правоприменительной практикой. И, как о том можно судить по опубликованным статистическим данным, они достаточно эффективны для уголовной юстиции (в том числе с позиции их влияния на рецидив преступлений).

Заимствованный – как и предыдущий, из зарубежного уголовно-процессуального опыта, зачастую также именуемый «сделкой с правосудием», институт досудебных соглашений о сотрудничестве, как сказано, таковой не является.

Это – сделка (соглашение), заключаемая подозреваемым, обвиняемым не с судом как таковым, а с органами, осуществляющими предварительное расследование по уголовному делу в лице – в соответствии с действующим УПК, прокурора. Правосудие – деятельность независимая и самостоятельная, гарантировать, что суд в любом случае по своему на то усмотрению полностью воспримет и учтет при разрешении дела досудебное соглашение о сотрудничестве, заключивший его с подозреваемым/обвиняемым, прокурор не может.

Иное дело, если суд сочтет по своему – подчеркну вновь – усмотрению, что подсудимым полностью выполнены условия этого соглашения, то при назначении осуждаемому наказания он будет обязан руководствоваться, как и во всех иных случаях, уголовным законом, в частности положениями ч. 2–4 ст. 62 УК.

Во-вторых, при всей своей неудовлетворенности опосредованным ныне УПК правовым механизмом заключения и реализации досудебных соглашений о сотрудничестве (об этом речь пойдет чуть ниже) я в принципе не могу согласиться со следующим мнением В. С. Джатиева.

«Особый порядок судопроизводства в связи с… досудебным соглашением о сотрудничестве, – пишет он, – является неуклюжим прикрытием… общественно опасной практики “торгов” государства с обвиняемым (подозреваемым) по поводу того, в совершении каких преступлений обвиняемый на выгодных для себя условиях может признать себя виновным, “сдать” своих подельников и за совершение каких преступлений государство обязуется не преследовать это же лицо, обещая ему существенное снисхождение при назначении наказания»[9].

Но именно с досудебными соглашениями о сотрудничестве связан ряд проблем, по которым в контексте данной статьи считаю необходимым вкратце высказать свое мнение.

В первую очередь скажу, что создание – на основе изучения иностранного уголовно-процессуального опыта, этого правового института в принципе нам представляется вполне обоснованным.

Будем реалистами. При расследовании и судебном рассмотрении уголовных дел о преступлениях, совершенных группой лиц (организованной группой лиц, преступным сообществом), основную сложность представляет установление всего состава преступной группы, изобличения всех ее соучастников, дифференциации роли каждого из них в совершении конкретного преступления.

Более того – и это известно любому специалисту в области уголовного судопроизводства – наибольшую значимость и повышенную сложность представляет изобличение так называемых интеллектуальных соучастников (организаторов, подстрекателей,

---

[9] *Джатиев В. С.* Об актуальности исследования современных проблем уголовно-процессуальной политики государства // Челохсаев О. З. Современная уголовно-процессуальная политика государства. Владикавказ, 2009. С. 9.

Заметим, что это мнение В. С. Джатиева, как представляется, является логическим развитием его мысли обо всем ужасе «заимствованной на стороне *или навязанной со стороны* – (курсив наш. – *О. Б.*) вредоносной идеологии современного российского уголовного процесса». Комментарии, как говорится, излишни – многие годы существования нашей страны в ней искали (и, как видим, продолжают искать) внутренних и внешних врагов.

пособников) преступления. Иными словами, тех из них, которые сами непосредственного участия в реализации самого преступного акта не принимали, а потому, следовательно, не оставляли материальных следов на месте происшествия, не «запечатлевались» в памяти потерпевших и очевидцев совершения самого преступного эксцесса.

Будем реалистами: без показаний о них других соучастников как уже изобличенных в своей причастности к совершению расследуемого преступления, а потому по тем или иным причинам считающих необходимым для себя дать такие показания, так тем или иным образом «простимулированных» к сотрудничеству с органами и лицами, осуществляющими уголовное преследование, это практически невозможно[10].

И потому и ранее «сделки» с лицами, подозреваемыми или обвиняемыми в совершении преступлений, были известны – даже не правоприменительной практике (они реально существовали всегда; об этом скажем чуть позже), а самому отечественному законодательству.

Чем, как не выражением возможности таких сделок, является значительная часть примечаний к отдельным статьям Особенной части УК РФ (к ст. 275, 276, 278, 205–206 и ряду других)?

Наиболее ярким и распространенным в практике примером уже издавна опосредованной в уголовном законе «сделки», несомненно, является предписание об освобождении от уголовной ответственности лица, которое добровольно сообщило о даче взятки или в отношении которого имело место вымогательство взятки (аналогичное положение, как известно, содержится и в примечании к ст. 204 УК РФ).

И это – далеко не от «добросердечия» закона, недооценивающего опасность не только получения, но и дачи взяток.

Нет ни малейших сомнений, что такое законодательное предписание учитывало (и учитывает) реалии сложности выявления и расследования взяточничества. Очевидно, что без показаний взяткодателя в большинстве ситуаций изобличение взяткополучателя

[10] Нельзя не учитывать и экономическую составляющую – стоимость уголовного судопроизводства. Это весьма затратная сфера правоприменительной и управленческой деятельности. См.: *Бажанов С. В.* Стоимость уголовного процесса // Рос. следователь. 2012. № 9.

практически невозможно, а такие показания от него могут быть получены, как правило, лишь когда этому лицу будет гарантирован иммунитет от уголовной ответственности за дачу взятки (коммерческого подкупа)[11].

Кроме того (не следует быть ханжами), такие сделки, помимо рассмотренных выше случаев их заключения в соответствии с законом, конфиденциально и неофициально (а потому, в принципе, их правомерность была сомнительна) с подозреваемыми/обвиняемыми заключались и ранее.

Нет сомнений, что «сделки со следователем» не только давали возможность раскрывать преступления и обеспечивать «прохождение» дел о них в суде. Такие, также неофициальные, «негласные» сделки со стороной защиты (автор полагает, что здесь он не разглашает служебной тайны) при слабости и сомнительности доказательственной базы обвинения в некоторых случаях заключались (и заключаются) и с государственным обвинителем, и с судом, как таковым (какой-либо статистики по этому вопросу, разумеется, не имеется)[12].

Но – скажем прямо: такая практика создавала (и создает) достаточно большие возможности для заключения таких сделок по коррупционным и иным личным мотивам правоприменителей[13].

А потому, чем более тщательно законодательно «расписан» правовой механизм их применения, тем меньше остается места для следственного (судейского) субъективного усмотрения, волюнта-

---

[11] Исключения в этом, думается, представляют весьма редкие ситуации выявления взяточничества в результате «многоходовой», длительной и сложной оперативно-розыскной деятельности.

[12] Более того, по мнению А. Н. Чашина (обоснованность которого я комментировать не берусь), «судьи даже более часто, чем оперативные и следственные работники, на практике становятся инициаторами сделок с подсудимыми». Основа торга – признание вины (желательно полное) в обмен на менее строгое, чем в противном случае, наказание. *Чашин А. Н.* Особый порядок судебного разбирательства в уголовном процессе. М., 2011. С. 72–73.

[13] Тут же оговоримся: подобные возможности, по сути, таятся при реализации любых отраслевых правовых норм и институтов, и досудебные соглашения о сотрудничестве не составляют в том исключения. См. об этом: *Баев О. Я., Баев М. О.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам. М., 2014 ; *Малиновский А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М., 2007.

ризма для принятия соответствующих решений, для удовлетворения этим образом личных интересов профессиональных участников уголовного судопроизводства.

Лучше даже несовершенный закон, чем отсутствие закона, опосредующего – на основе международного опыта, сложившиеся реалии правоприменительной практики, вводящий их в рамки правового поля и регулирования, ограничивающие усмотрение в том правоприменителя.

А о том, что существующий правовой механизм заключения и реализации досудебных соглашений о сотрудничестве нуждается в дальнейшем своем совершенствовании – очевидно.

Так, в частности, законодатель:

а) определяя предмет таких соглашений, «не заложил» в него обязанностей, которые при этом принимает на себя прокурор;

б) не определил механизма расторжения заключенного соглашения по инициативе стороны обвинения;

в) полностью (и позволю себе такое выражение – бесцеремонно) исключил потерпевшего из процесса заключения и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве[14].

В рамках же настоящей статьи остановлюсь лишь на одной – крайне практически важной проблеме досудебных соглашений о сотрудничестве, и предложу некий, минимально, на мой взгляд, необходимый механизм ее разрешения.

В ситуации заключения досудебного соглашения о сотрудничестве несоизмеримо возрастает риск ложных доносов, ложных оговоров со стороны лиц, с которыми такие соглашения заключаются.

Однако при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве с подозреваемым, обвиняемым возникают две разновеликие ситуации.

Первая из них характеризуется тем, что лицо, заявившее ходатайство о заключении соглашения, может «материально» подтвердить свои слова, тем самым предоставив следствию возможность сформировать и другие весомые доказательства виновности лиц, называемых им в качестве своих соучастников.

Например, объяснит, у кого из этих лиц хранится оружие, использованное при совершении преступления, добытые в резуль-

[14] См. подробнее: *Баев О. Я.* Досудебное соглашение о сотрудничестве. М., 2013.

тате преступления материальные ценности, убедительно изложит схему преступных связей в организованной группе, назовет, в каких документах содержатся сведения о противоправных действиях соучастников совершения экономического преступления, и т.п.

Однако зачастую это лицо при всем своем желании не может оказать бóльшего содействия в изобличении и уголовном преследовании своих соучастников, чем назвать их и указать роль и действия каждого при совершении преступления (особенно такая ситуация характерна применительно к «чисто» насильственным преступлениям, совершаемым группой лиц, ряду должностных и коррупционных преступлений).

Нет сомнений, что и в этом случае показания лица, изъявившего желание заключить соглашение о своих соучастниках, существенно оптимизирует работу следствия, предоставит ему возможность целенаправленной их проверки, в том числе и обнаружения следов, и создания на их основе доказательств, объективно позволяющих установить причастность названных им лиц к совершению расследуемого преступления.

На эту ситуацию корректно экстраполировать понятие относимого доказательства, сформулированного в «Федеральных правилах о доказательствах США»: «Относимым доказательством» признается доказательство, делающее вероятность существования любого факта, являющегося важным для разрешения дела, большей или меньшей, относительно той, которая была бы без этого доказательства»[15].

Указанные показания подозреваемого/обвиняемого, заключающего досудебное соглашение о сотрудничестве, безусловно, делают вероятность участия в преступлении называемых им лиц значительно более вероятной, чем та, которая была бы у органов уголовного преследования в отсутствие таких показаний.

Но в этой ситуации несоизмеримо возрастает риск ложных доносов, ложных оговоров со стороны лиц, с которыми заключаются досудебные соглашения о сотрудничестве.

Те известные – и столь значительные, законодательные преференции в отношении назначения наказания делают искус учинения лицом, с которым обсуждаются вопросы о возможности и услови-

[15] Федеральные правила о доказательствах США / пер. О. Анищика // Инф. ресурс Интернета.

ях заключения с ним досудебного соглашения о сотрудничестве, заведомо ложного доноса о «других соучастниках» инкриминируемого ему преступления крайне вероятным…

Нельзя согласиться с высказываемым иногда в литературе оптимистичным мнением о том, что лицо, изъявившее желание заключить досудебное соглашение о сотрудничестве, тем самым «уже на стадии расследования преступлений демонстрирует свое исправление»[16].

Увы, все значительно грубее и проще: доминирующей мотивацией такого лица является желание в максимальной мере минимизировать грозящее ему за совершенное преступление наказание[17]. И в том числе – не гнушаясь для достижения этой цели заведомо ложными доносами в отношении своих действительных или даже вымышленных соучастников.

Реальность и актуальность этой проблемы сомнений вызывать не может.

Она – «вечна» для уголовного судопроизводства любых стран в условиях «сделок» с лицом, в отношении которого осуществляется уголовное преследование по групповому преступлению (или по представлению следователя, носящего групповой характер).

Напомню: «То, что принято называть “сделкой с правосудием”, было известно еще в средние века в Британии… Правда, в конце концов, эта практика прекратилась – слишком многие оговаривали других безосновательно»[18].

На повышенную опасность ложных доносов и в современных условиях при реализации досудебных соглашений о сотрудничестве со ссылкой на мнения юристов многих стран совершенно обо-

---

[16] См., например: *Саркисянц Р. Р.* Роль прокурора в досудебном соглашении о сотрудничестве // Законность. 2012. № 8.

[17] Заведомо ложный оговор доносчиком невиновных лиц – помимо названной выше доминирующей мотивации – возможен и по другим причинам. Например, из-за желания отомстить за ставшее подозреваемому/обвиняемому известным неожиданное и нежелательное поведение тех или иных лиц или из-за желания «разделить» с кем-либо причиненный преступлением материальный ущерб, и т.п.

[18] *Козлова Н.* Сделка с правосудием // Рос. газета. 2009. 8 июля.

«Где доносчики награждаются, – как то заметил практически в этой же связи французский писатель и государственный деятель XVIII в. Кретьен Мальзерб, – там не будет недостатка в виновных».

снованно обращают внимание многие авторы, в том числе и практические работники[19].

«Главный недостаток так называемых следок с правосудием юристы многих стран, где этот институт имеет многолетний опыт (США, Италии, Франции, а также Англии, которая применяет этот институт без особого рвения), – отмечает Судья Верховного Суда РФ Т. П. Хомицкая, – видят в том, что обвиняемый может оговорить кого угодно, чтобы избежать наказания»[20].

Как известно, в ст. 317.8 УПК оговаривается, что «если после назначения подсудимому наказания в соответствии с положениями настоящей главы будет обнаружено, что он умышленно сообщил ложные сведения или умышленно скрыл от следствия какие-либо существенные сведения, то приговор подлежит пересмотру в порядке, установленном разделом XV настоящего Кодекса». Однако вряд ли эта мера достаточна для предупреждения повышенной вероятности учинения этими лицами ложных доносов и оговоров. Ведь даже в случае пересмотра постановленного приговора в порядке надзора подозреваемый/обвиняемый, учинивший в «рамках сделки» ложный донос о причастности к совершению инкриминируемого ему преступления иных лиц, по большому счету, ничем не рискует.

В самом худшем случае при пересмотре его дела по названному основанию в порядке надзора он «получит» то наказание, которое, видимо, и ранее заслуживал (правда, при этом к нему нельзя будет применить положения ст. 62 и 64 УК)[21].

---

[19] См., например: *Шаталов А. С.* Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве : правовая регламентация, достоинства и недостатки // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 36 ; *Родин В. В.* Криминалистическая операция по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве // Материалы 52-х криминалистических чтений. М. : Академия управления МВД России, 2011.

[20] *Хомицкая Т. П.* Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ о применении судами норм главы 40.1 УПК РФ // Уголовный процесс. 2012. № 9. С. 49.

[21] Даже содержавшееся в одном из Проектов этого закона предложение о дополнении ст. 63 УК таким отягчающим обстоятельством, как «сообщение ложных сведений по сути деятельного раскаяния или умышленное сокрытие от следствия существенных сведений при заключении со стороной обвинения соглашения о сотрудничестве», поддержки у законодателя не нашло…

Защищать себя от уголовного преследования в совершении преступления путем заведомо ложного оговора в том иных конкретных лиц – подчеркнем вновь – заведомо для оговорщика к этому не причастных, есть не просто злоупотребление правом на защиту, это есть преступление против правосудия, прав и законных интересов заведомо ложно оговариваемых им лиц.

А потому мы всецело разделяем мнение ряда авторов о том, что границей дозволенного использования заведомо ложного доноса как способа самозащиты лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, выступают границы прав и свобод другого человека[22].

Мы убеждены: заведомо ложный донос подозреваемого, обвиняемого об участии в совершении инкриминируемого ему преступления иного называемого им лица (лиц) – допустимым средством защиты нельзя признать, в том числе и в рамках заключаемого с ним досудебного соглашения о сотрудничестве[23].

Заметим, что в уголовно-процессуальном законодательстве США не только предусмотрена возможность прекращения прокуратурой действия договора о сотрудничестве, когда лицо, с которым оно заключено, отказывается сотрудничать в полном объеме, либо намеренно предоставило ложные, вводящие в заблуждение, или неполные сведения или показания (данное положение включается в текст договора о сотрудничестве). В этих случаях его ложные показания являются отягчающим вину обстоятельством, и, более того, он может быть привлечен к уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний[24].

Подобные условия (при условии, естественно, внесения соответствующих изменений в УК и УПК) могли бы включаться и в содержание заключаемых досудебных соглашений о сотрудничестве.

Далее хотелось бы рассмотреть еще две проблемы, прагматическое решение которых хотя бы в некоторой (и, думается, достаточ-

---

[22] См., например: *Федоров А. В.* Преступления против правосудия (вопросы истории, понятия и классификации). Калуга, 2004. С. 151.

[23] Подробнее наша позиция по этой проблеме изложена в работе: *Баев О. Я.* Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. М., 2010.

[24] *Халиулин А., Буланова Н., Конярова Ж.* Полномочия прокурора при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовное право. 2010. № 3.

но существенной) степени может снизить риск учинения ложных доносов со стороны лиц, с которыми заключаются досудебные соглашения о сотрудничестве.

В первую очередь здесь я имею в виду вопрос о последовательности рассмотрения судами основного дела, из которого выделено дело в отношении лица, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, и дела, в этой связи рассматриваемого в особом порядке.

Будем реалистами: несмотря на известную оговорку, содержащуюся в последней фразе положения ст. 90 УПК, приговор, постановленный по выделенному уголовному делу в отношении подсудимого, заключившего досудебное соглашение, как минимум психологически преюдикционное значение будет иметь и для рассмотрения основного уголовного дела.

Осознавая высокую вероятность учинения ложных оговоров в совершении преступления других лиц стороны подозреваемого, обвиняемого, с которым заключается досудебное соглашение о сотрудничестве, и учитывая реалии правоохранительной в этом отношении практики, Генеральный прокурор РФ был вынужден признать, что «прокурор, заключающий соглашения с обвиняемыми, практически лишен возможности контролировать их исполнение. Следствие же использует сделки с одним обвиняемым для искусственного создания доказательств по уголовному делу в целом». И потому он, как и Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев, всецело поддержал законопроект, лишающий преюдициального значения приговоры, постановленные в особом порядке принятия судебного решения. «Мы полагаем, – считает В. М. Лебедев, – что вступивший в законную силу приговор, который вынесли в особом порядке, не может предрешать вопрос о виновности соучастников, совершивших преступление совместно с таким лицом, поскольку он был вынесен без исследования собранных по делу доказательств»[25].

Но даже принятие этих изменений в ст. 90 УПК как минимум по вышеназванной причине, на мой взгляд, недостаточно для нейтрализации вероятности учинения ложных оговоров со стороны лиц, дело которых в рассматриваемой ситуации рассмотрено в особом порядке.

[25] URL: http://www.supcourt.ru/Show_pdf.php?Id=9779

Я считаю крайне опасным как складывающуюся судебную практику в этом отношении, так и мнение ряда практических сотрудников прокуратуры, которые полагают, что «в большинстве случаев выделенное уголовное дело должно рассматриваться судом ранее основного дела, в связи с чем возникает возможность использовать показания лица, заключившего соглашение, в изобличении соучастника (соучастников) преступления, розыске имущества, добытого в результате преступления, и т.д.» по основному делу, из которого оно по результатам досудебного соглашения о сотрудничестве выделено в отдельное производство[26].

Нет никаких сомнений в негативном значении этой ситуации для всесторонности, полноты и объективности судебного рассмотрения «основного» уголовного дела[27].

По моему глубокому убеждению, выделенное уголовное дело в отношении лица, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, подлежит рассмотрению в суде после вступления в законную силу приговора по уголовному делу, рассмотренному в отношении соучастников инкриминируемого ему преступления.

Лишь в этом случае – имея «на руках» судебное решение по «основному» уголовному делу, суд может обоснованно ответить на вопрос о степени содействия подсудимого, с которым досудебное соглашение заключалось, в установлении обстоятельств этого уголовного дела. В том числе – и это сугубо значимо – оценить достоверность и объективность данных этим лицом показаний, изобличающих его соучастников.

Несоблюдение этой последовательности рассмотрения таковых дел приводит, в частности, к достаточно парадоксальной ситуации, подробно проанализированной в постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 12 ноября 2014 г. № 119-П14.

---

[26] См.: *Решетова Н. Ю., Коняева Ж. К.* Досудебное соглашение о сотрудничестве по уголовным делам о преступлениях коррупционной направленности. М., 2011. С. 17.

[27] На это – с понятной обеспокоенностью – обращают внимание и сами судьи. В частности, об этом говорили на научно-практическом семинаре, посвященном досудебным соглашениям о сотрудничестве, заместитель председателя Верховного Суда Удмуртской Республики В. М. Кулябин и судья этого суда В. В. Кузнецова. См.: *Абашева Ф. А.* Обзор регионального научно-практического семинара «Проблемы применения досудебного соглашения о сотрудничестве // Мировой судья. 2010. № 6.

По приговору Амурского областного суда от 25 июня 2012 г. И. при рассмотрении уголовного дела о нем в особом порядке (в связи с заключенным досудебным соглашением о сотрудничестве) был осужден по п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ за совершение убийства потерпевшего группой лиц по предварительному сговору с Б., К. и П.

После вступления данного приговора в законную силу Амурским областным судом с участием коллегии присяжных заседателей было рассмотрено уголовное дело в отношении указанных лиц. Все они 15 июля 2013 г. были оправданы. Из содержания вердикта следовало, что присяжные заседатели, признав доказанным событие преступления, на вопрос о совершении данного преступления Б., К. и П. ответили отрицательно (можно предположить, что их обвинение было основано лишь – как минимум, в основном, на показаниях И. – *О. Б.*). Апелляционной инстанцией приговор оставлен без изменения.

После этого И. обратился с надзорной жалобой, в которой просил об отмене приговора и кассационного определения в части его осуждения по п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Жалобу И. мотивировал тем, что он признан виновным в убийстве группой лиц по предварительному сговору с Б., П. и К., которые затем были оправданы за непричастностью к совершению преступления, что исключало наличие в его действиях квалифицирующего признака убийства «группой лиц по предварительному сговору». Кроме того, в связи с оправданием указанных лиц нельзя счесть установленным и мотив преступления.

Удовлетворяя данную жалобу, Президиум Верховного Суда РФ указал: «Поскольку обвинение, предъявленное И. в части совершения убийства В. по предварительному сговору совместно с Б., К. и П., находится в противоречии с обстоятельствами, установленными в приговоре от 15 июля 2013 г., приговор Амурского областного суда от 25 июня 2012 г. и все последующие судебные решения в части осуждения И. по п. "ж" ч. 2 ст. 105 УК РФ подлежат отмене с возвращением уголовного дела прокурору на основании п. 1 ч. 1 ст. 237 УПК РФ для устранения препятствий его рассмотрения судом»[28].

Вывод: *Насущно необходимо законодательное установление положения о том, что решение о применении особого порядка*

[28] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 2. С. 27–28.

проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, может приниматься лишь после рассмотрения по существу уголовного дела, из которого оно выделено.

Вторая проблема также связана с минимизацией вероятности ложных оговоров со стороны лиц, с которыми заключено досудебное соглашение о сотрудничестве.

По моему убеждению, выделение уголовного дела на лицо, с которым было заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, в отдельное следственное и судебное производство ни в коем случае не свидетельствует о том, что это лицо не должно быть допрошено в суде при рассмотрении основного уголовного дела (из которого оно выделено).

Увы, имеющаяся в этом отношении к настоящему времени практика непреложно показывает: эти лица в суде по основному делу не допрашиваются.

Однако нет сомнений, что это не только нарушает принципиальное, неоднократно подтвержденное многочисленными решениями ЕСПЧ право подсудимых на перекрестный допрос изобличающих их лиц в суде (хотя одно это уже делает подобную ситуацию недопустимой).

Обязательность допроса лица, с которым заключено досудебное соглашение, в связи с чем дело в его отношении выделено в отдельное производство по основному делу, явится достаточно действенным средством как для предупреждения вероятности изменения этим лицом своих изобличающих соучастников показаний при рассмотрении в суде дела по их обвинению, так и для обеспечения возможности его отказа от ранее учиненного заведомо ложного доноса.

К слову сказать, «в США наказание человеку, заключившему соглашение о сотрудничестве, практически всегда назначается только после того и в зависимости от того, какие показания он дал на процессе против изобличенных им других лиц, совершивших преступления.

Более того, законодательство США, не находящихся под юрисдикцией Европейского суда по правам человека, предусматривает возможность в случае необходимости заставить давать показания

в суде далее лицо, которое уже отбыло назначенное ему с учетом исполненного соглашения о сотрудничестве наказание»[29].

А потому – вновь подчеркну – я глубоко убежден в необходимости законодательного закрепления в УПК требования о том, что *лицо, с которым досудебное соглашение о сотрудничестве было заключено, и в связи с чем дело в его отношении было выделено в отдельное производство, подлежит допросу при рассмотрении судом уголовного дела в отношении его соучастников.*

Высказанные соображения и законодательные предложения не претендуют на статус объективной истины.

Это есть субъективные рассуждения автора по поводу двух объективно существующих «конвергенционных» проблем, разрешение которых имеет для уголовного судопроизводства принципиальнейшее значение.

---

[29] 24.06.2010 Генпрокуроры Росси и США обсудили вопросы практики применения законодательства о досудебном соглашении. URL: http://genproc.gov.ru/news/news-58961

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВО: АТРИБУТИВНЫЕ ПРИЗНАКИ И КАЧЕСТВО*

Предметом рассмотрения в любом виде судопроизводства – административном, гражданском, уголовном и т.д. – является событие, уже имевшее место, событие, отстоящее от судопроизводства по нему на некоторое время, иными словам, – событие некоего сколь-нибудь отдаленного прошлого.

А потому очевидно, что с гносеологической точки зрения познание такого события возможно единственным образом – выдвижением предположений (гипотез) о причинах, предопределивших возникновение этого события, и существовании причинно-следственных связей между ним и его последствиями, значимыми для субъекта познания. По одному и тому же событию формулируется множество таких предположений (гипотез); одна из них (если она была в поле зрения исследователя, была им выдвинута) может явиться обоснованной, достоверной, приобрести (как некогда писал А. М. Ларин о следственных версиях) характер истины[1]. Это возможно лишь тогда, когда необходимые следствия из этой гипотезы подтверждаются достаточной для однозначного по ней положительного вывода совокупностью сведений, устанавливаемых в процессе познания исследуемого объекта (в нашем случае, предмета судопроизводства), его доказанностью.

В этой связи положение о том, что доказывание есть центровая, системообразующая часть судопроизводства, есть правовая аксиома, нашедшая свое выражение, в частности, в широко известном

---

* Впервые опубликовано: Российский журнал правовых исследований. 2015. Вып. 1 (2).

[1] См.: *Ларин А. М.* От следственной версии к истине. М., 1976.

высказывании И. Бентама о том, что «искусство судопроизводства, в сущности, есть не что иное, как искусство пользоваться доказательствами».

В самом общем смысле (а любое исследование предполагает первоочередное введение основного операционного понятия) в гносеологии под доказательством понимается «прием, к которому прибегают с той целью, чтобы убедить в правильности тезиса, достоверности познания или – в том случае, если данное положение оспаривается, – еще раз его дополнить и подтвердить»[2].

Такой же правовой аксиомой является то, что производится оно посредством вовлечения в судопроизводство доказательств, их исследования, интерпретации и оценки, в результате чего существование исследуемого факта либо подтверждается, либо опровергается. Этим же образом – посредством «работы» с доказательствами – устанавливается виновность и степень ответственности лица, данный факт (при его подтверждении) учинившего, и все другие обстоятельства, необходимые для принятия по делу, ставшему предметом судопроизводства, законного и обоснованного решения.

В теории права под судебными доказательствами понимаются «фактические данные (сведения) об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного или гражданского дела, полученные и закрепленные в материалах дела в установленном законом порядке»[3].

Процессуальное законодательство в каждой области судопроизводства, исходя из приведенных определений «доказательства», в то же время вкладывает в него несколько иное содержание. Познание в них (а следовательно, оперирование доказательствами) лежит исключительно в сфере общественных отношений, разрешение конфликтов в которых осуществляется в данном виде судопроизводства; осуществляется это значимое для разрешения дела познание в установленные соответствующим процессуальным законом сроки и строго уполномоченными на то субъектами, использующими для этого свои разновидности и формы доказательств. Иными словами, лишь на основе аргументов, облеченных в надлежащие сроки в соответствующую, присущую данному виду судопроизводства процессуальную форму, уполномоченными на то

[2] Философский энциклопедический словарь. М., 1999. С. 141.

[3] Юридический энциклопедический словарь. М., 1987. С. 117.

субъектами осуществляется в нем познание значимых для разрешения дела фактов и обстоятельств.

В уголовном судопроизводстве, а именно оно является объектом нашего исследования, доказательствами признаются любые сведения, на основе которых субъекты в нем доказывания устанавливают «наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Эти сведения, особо подчеркивается в уголовно-процессуальном законе, должны быть получены лишь из установленных им источников (ст. 74 УПК РФ)[4].

Сразу оговоримся: проблемы доказательств в уголовном судопроизводстве, судебно-уголовных доказательств, как именовал их во второй половине XIX в. В. Д. Спасович[5], – одни из «вечных» в науках криминального цикла (в первую очередь, естественно, в уголовном процессе и криминалистике). И потому в этой работе мы даже не рискуем сколь-либо углубленно включаться в непрерываемые дискуссии по многим аспектам этой проблемы. Мы лишь в пределах, обусловливаемых обозначенной темой данной статьи, попытаемся обосновать свое вѝденье доказательств и их атрибутивных свойств.

Начнем с констатации того, что судебно-уголовные доказательства сами по себе не возникают, они «ни в природе, ни в обществе в готовом виде не существуют»[6].

Изменения, обусловленные преступлением, находящиеся с ним в неких причинно-следственных связях, существуют объективно, вне зависимости от сознания воспринимающих их субъектов (следователя, дознавателя, очевидцев преступления и других свидетелей). Но это – еще не следы.

---

[4] Анализ законодательной дефиниции понятия уголовно-процессуального доказательства с критическими замечаниями в ее отношении и предложениями по ее совершенствованию, в свою очередь, неоднозначными, неоднократно проводился в современной юридической литературе. См., например: *Костенко Р. В*. Понятие и признаки уголовно-процессуальных доказательств. М., 2006.

[5] *Спасович В. Д*. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. М., 2001.

[6] *Быков В. М., Березина Л. В.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК РФ. Казань, 2006. С. 23.

Как, на первый взгляд, ни парадоксально это звучит, даже следы сами по себе не обозначены, не обособлены от окружающей среды, они в нее вплетены, они (и об этом будет говориться далее) в этом качестве – в качестве следов – лишь осознаются соответствующим субъектом познания интересующего его объекта.

Приведем элементарный пример. Для большинства гуляющих по лесу людей некие объективно существующие вмятины на земле, примятость опавших листьев, надломанные веточки на кустах ничего не означают, они на них не обращают внимания. Однако следопыт по ним может определить, от пребывания в этом месте человека или животного возникли эти особенности, в каком направлении человек/животное передвигалось и т.д.; *для него – для следопыта, данные особенности – следы.*

В результате совершения преступления – и это убедительно обоснованно материалистической гносеологией[7], как взаимодействия объектов (а любое деяние есть взаимодействие между собой как минимум двух объектов) происходит процесс отражения одного объекта взаимодействия на другом объекте (и наоборот), происходят соответствующие изменения этих объектов и на этих объектах.

Видимо, нельзя полностью согласиться с Б. И. Шевченко, который около семидесяти лет назад писал: «Для обозначения всех самых разнообразных материальных изменений, которые обязаны своим происхождением тем или иным действиям преступника, связанным с совершением преступления во всех его стадиях, пользуются в криминалистике обобщающим и охватывающим все эти изменения названием – следы преступления»[8].

Увы, далеко не все, а лишь некоторые определенные части результатов объективно (это вновь особо подчеркнем) возникшего отражения от преступления следователь воспринимает, осознает, на основе знания им всех достижений современной криминали-

---

[7] А с позиций гносеологии, – и наукой криминалистикой. См., например: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : в 3 т. М., 1997. Т. 1 ; *Дулов А. В., Рубис А. С.* Основы формирования криминалистической теории доказывания. Минск, 2004 ; *Колдин В. Я., Полевой Н. С.* Информационные процессы и структуры в криминалистике. М., 1985 ; *Усманов Р. А.* Информационные основы предварительного расследования. М., 2006 ; и др.

[8] *Шевченко Б. И.* Научные основы современной трасологии. М., 1947. С. 13.

стики, как информацию уголовно-релевантную, ее он вычленяет из последствий и следствий преступления, осознает, что она является следом преступления.

Следом является не каждое из неисчерпаемого количества «всех самых разнообразных материальных изменений», связанных с преступлениями, а лишь те из них, которые на современном этапе развития криминалистики осознаются в этом качестве. Осознаются как следы, возникшие в результате преступной деятельности либо с ней связанные причинно, и – что главное, которые мы в настоящее время умеем обнаруживать, фиксировать, изымать, исследовать и использовать в целях познания, реконструкции преступных событий.

Здесь уместно сделать такое отступление:

– всегда со времен Каина и Авеля на местах преступлений оставались отпечатки пальцев рук;

– с момента возникновения огнестрельного оружия на использованных боеприпасах (ядрах, пулях, гильзах) всегда оставались трасологические отображения особенностей внутреннего канала ствола;

– всегда микрочастицы с одежды нападающего переходили на одежду пострадавшего (и наоборот) как следствие контактного взаимодействия между этими лицами (разумеется, если таковое имело место).

Но пока не были созданы и разработаны основы дактилоскопии, судебной баллистики, так называемой экспертизы наложения (исследования микрочастиц веществ и материалов) и созданы соответствующие методики исследования этих видов информации, она не представляла интереса для следователей, была «вещью в себе», хотя, естественно, возникала и существовала объективно.

По мере того как криминалистика не только осознает значимость отдельных результатов такого отражения для расследования преступлений, но и создает методики извлечения (обнаружения, фиксации), исследования и использования возникающей информации, эта ее часть осмысливается как следы преступления. Именно их и будет целенаправленно искать, а затем «перерабатывать» (изымать, исследовать и т.д.) следователь.

Иными словами, часть объективно возникшей информации осознается следователем как след преступления лишь тогда, когда

он воспринимает ее именно в этом качестве, а наука криминалистика имеет методики обнаружения, фиксации, извлечения и использования возникающей информации (части отражения) в уголовно-процессуальном доказывании[9].

Процесс осознания криминалистического значения все большей части объективно возникающей информации – перманентно-поступателен.

Характерным примером тому служит появление понятия виртуальных следов преступления, основанного на том, что особенности компьютерных технологий, используемых зачастую на различных стадиях преступной деятельности, вне зависимости от желания пользователя влекут возникновение информации. Она в качестве уголовно-релевантной не только в настоящее время осознается субъектом доказывания, но, вновь это подчеркнем, имеются научно обоснованные криминалистические методики ее обнаружения и исследования.

Именно на этом, в частности, основаны все чаще используемые при расследовании преступлений особенности мобильной сотовой связи – от установления факта связи двух абонентов между собой до определения с высокой точностью места нахождения конкретного мобильного телефона, «участвующего» в переговорах[10].

У нас нет сомнений, что дальнейшее развитие естественных, технических, других наук, науки криминалистики позволит со временем извлекать из «остаточных» результатов процесса отражения при совершении преступлений и другую, неизвестную нам в настоящее время, уголовно-релевантную информацию, которая уже в качестве следов будет целенаправленно обнаруживаться, изыматься и исследоваться при расследовании преступлений.

Но уголовно-релевантная информация, следы преступления еще не судебные доказательства, это единственная и непременная

---

[9] См.: *Суворова Л. А.* Идеальные следы в криминалистике. М., 2006. С. 22.

[10] Более того, в настоящее время отдельными учеными высказывается мысль о целесообразности создания «цифровой» криминалистики, всецело посвященной средствам и методам выявления и исследования следов этого вида. См.: *Мещеряков В. А.* Цифровая криминалистика // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2014. Вып. 4 (15). С. 231–241.

основа, генезис того, что ч. 1 ст. 86 УПК РФ именует «собиранием доказательств», которое «осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Учитывая эту – существующую (с теми или иными модификациями) в уголовно-процессуальном законодательстве практически всех правовых государств – конструкцию понятия «судебное доказательство», С. А. Шейфер совершенно верно пишет: «Доказательство представляет собой неразрывное единство содержания (фактические данные, т.е. сведения о фактах, подлежащих установлению) и формы (показания, заключения экспертов, вещественные доказательства и документы)»[11].

Как показано выше, изначально доказательства не существуют – они формируются путем восприятия следов и преобразования их содержания, облечения в процессуальную форму «надлежащим субъектом доказывания при выполнении требований закона относительно источника, способа, порядка получения, закрепления и приобщения к делу этих сведений»[12].

В этой связи скажем: нам представляется далеко не точным, если не сказать более – методологически не корректным, определение сущности основного операционного понятия, с которым действующий уголовно-процессуальный закон связывает процесс доказывания по уголовному делу: «Доказывание состоит в *собирании*, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 настоящего Кодекса» (ст. 85 УПК РФ).

По В. И. Далю, «собирать – сносить, свозить, отыскивать и соединять, совокуплять, приобщать одно к одному»[13].

---

[11] *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. Тольятти, 1998. С. 37 ; *Его же.* Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2008. С. 56. Этой же точки зрения в настоящее время, как уже отмечалось, придерживаются и многие другие процессуалисты.

[12] Уголовный процесс России / под ред. З. Ф. Ковриги, Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 122. См. также об этом: *Белкин А. Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005 ; *Дулов А. В., Рубис А. С.* Указ. соч.

[13] *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1991. Т. 4. С. 141.

В современном русском языке синонимами к понятию «собирать» признаются слова «сосредотачивать, концентрировать, нагонять, стягивать»[14].

Следовательно, собирать можно лишь то, что есть. Можно собирать ягоды или грибы, наконец, шкаф из готовых панелей. Ягоды и грибы созрели и выросли к моменту их собирания; панели для шкафа ранее были изготовлены по необходимым параметрам.

Доказательственная информация, не облеченная в соответствующую уголовно-процессуальную форму, предназначенную для ее извлечения, – «вещь в себе», и какой бы значимой сама по себе она ни была, непосредственно для доказывания по уголовному делу использоваться не может, она недопустима для использования в этом процессе[15].

И потому *доказательства по уголовному делу не собираются, а формируются надлежащим субъектом доказывания*.

Таким образом, любое уголовно-процессуальное доказательство есть информация об объекте исследования (в нашем случае, об уголовно-релевантных фактах), отвечающая в первую очередь свойству (атрибутивному признаку) допустимости: формой своего облечения, допустимой для использования в этом качестве для доказывания в уголовном процессе.

Иными словами, сколь бы значима и достоверна ни была бы имеющаяся в распоряжении следователя уголовно-релевантная информация, если она не собрана надлежащим субъектом доказывания и не облечена в строго предписываемую законом процессуальную форму – она не есть доказательство.

В этом-то, в сути своей, воплощается в судопроизводстве в целом и в доказывании в нем в частности диалектическая категория единства содержания и формы. Как известно, не существует содержания без формы и «форма лишена всякой ценности, – писал К. Маркс, – если она не есть форма содержания»[16].

---

[14] *Александрова З. Е.* Словарь синонимов русского языка. М., 1975. С. 502.

[15] Данная проблема наиболее актуальна для оценки возможностей и критериев допустимости использования в доказывании информации, полученной в результате оперативно-розыскной деятельности, исследованию которых посвящены многочисленные, в том числе и монографические, публикации.

[16] *Маркс К.* Дебаты по поводу закона о краже леса // Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 159.

Под формой в диалектическом материализме понимаются способы внутренней организации предмета или явления и способы его существования. Таким образом, здесь отражен объективный характер двойственности формы, в которую может облекаться содержание предмета или явления. С одной стороны, любое содержание имеет внутреннюю форму, под которой понимаются способы внутренней организации предмета или явления[17]. С другой стороны, предмет или явление облекаются во внешнюю форму, выражающую способы их существования. Но эта форма, в свою очередь, имеет свое содержание, она – содержательна. «В такое обобщенное понятие внешней формы, – отмечает Е. В. Дмитриев, – до известной степени вводит и понимание формы как “вида”, “разновидности” некоторого предмета или процесса»[18].

Экстраполируя этот методологически важный тезис на предмет нашего исследования, скажем, что форма, в которой осуществляется формирование доказательств в уголовном деле, безусловно, и без каких-либо сомнений в том – содержательна. Сказанное относится как к установленным законом источникам формирования доказательств, так в не меньшей степени к общим правилам производства следственных действий, порядку осуществления отдельных из них, требованиям к протоколам следственных действий. Являясь формой, лишь соблюдение которой делает отраженные в ней относимые для доказывания сведения доказательствами, эти предписания отражают содержание воли законодателя, признавшего их оптимальными для уголовно-процессуального исследования преступлений всех видов во всех мыслимых ситуациях его осуществления[19].

В то же время формы содержания многогранны. По одному и тому же содержанию они определяются, как правило, неоднознач-

---

[17] См.: *Минасян А. М.* Категории содержания и формы. Ростов н/Д., 1962. С. 40.

[18] *Дмитриев Е. В*. Диалектика содержания и формы в информационных процессах. Минск, 1973. С. 49.

[19] Это ни в малейшей степени не означает отсутствия необходимости постоянного совершенствования действующего процессуального закона, в том числе и оптимизации формы осуществления доказывания по уголовным делам. Об этом с очевидностью свидетельствуют даже сами наименования ряда монографий, посвященных данным проблемам. См., например: *Белкин А. Р.* УПК РФ : нужны ли перемены? М., 2013 ; *Победкин А. В*. Уголовный процесс : состояние вне права. М., 2013.

но, ибо одно и то же содержание может существовать в различных формах.

Будем реалистами: необходимость строжайшего соблюдения процессуальной формы при формировании доказательств в ряде случаев ограничивает возможности вовлечения в уголовный процесс значительной содержательной части уголовно-релевантной информации.

Ярким примером этому является то, что значительную часть информации, имеющейся в распоряжении сотрудников оперативно-розыскных служб, в силу специфики способов и условий ее получения не представляется возможным использовать в уголовно-процессуальном доказывании. Как известно, ст. 89 УПК РФ однозначно запрещает использование в нем результатов оперативно-розыскной деятельности, «если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом».

А потому, формируя доказательства, следователь (другой надлежащий субъект доказывания по уголовному делу) в первую очередь должен быть формалистом в прямом и точном значении этого понятия.

Давно известно, что «формализма оказывается слишком много для стороны, действующей недобросовестно, потому, что он ее стесняет, и, наоборот, его слишком мало для честного человека, которого он защищает, его сложность, а также порожденная им медлительность и издержки представляются ценой, которой каждый покупает свою свободу и обеспечивает свое добро»[20].

«Именно в области уголовного права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан», – писал еще в начале прошлого века И. Я. Фойницкий[21].

«История свободы, – спустя столетие совершенно уместно практически повторяет это принципиальное положение А. В. Смирнов, – это история процессуальных гарантий»[22].

Человечество за всю многовековую и зачастую трагическую «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: *лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы*

---

[20] *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов. М, 1956. С. 224–225.

[21] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. С. 586.

[22] *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2002. С. 219.

уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой, минимально необходимой и возможной, гарантией защиты человека, его прав и свобод от репрессивного механизма государства.

Из сказанного выше очевидно, что создание, – не собирание (!), а формирование уголовно-процессуальных доказательств – «дело рук» лишь следователя (других субъектов доказывания в производстве по уголовным делам). Все другие лица, в том или ином качестве вовлекаемые в орбиту уголовного судопроизводства и нем участвующие, могут лишь представлять следователю / другому субъекту доказывания уголовно-релевантные, по их мнению, имеющиеся в их распоряжении сведения, предметы, документы и другие материальные объекты, но отнюдь не формировать доказательства в уголовно-процессуальном значении этого понятия.

Особого рассмотрения в контексте изучения исследуемой проблемы требует вопрос о допустимости доказательств, добытых на основании другого доказательства, сформированного, однако, с нарушением закона.

По принятому в уголовно-процессуальной теории метафоричному выражению, такие доказательства являются «плодами отравленного дерева». А потому, по мнению многих специалистов, они не могут использоваться в процессе доказывания[23]. «Отравленное дерево, – разъясняет этот принцип К. И. Сутягин, – дает “отравленные плоды”; получение доказательств на основе информации, почерпнутой из недопустимого доказательства, делает их недопустимыми»[24].

Нам представляется, что дать однозначный ответ на поставленный выше вопрос о допустимости использования в уголовно-процессуальном доказывании «плодов отравленного дерева» крайне сложно.

С одной стороны, мы убеждены, что результаты вербальных следственных действий, направленных на проверку и исследование сведений, вовлеченных в уголовный процесс в качестве дока-

---

[23] См.: *Победкин А. В.* Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2009. С. 154.

[24] *Сутягин К. И.* Применение доктрины «плодов отравленного дерева» при оценке допустимости доказательств требует корректировки // Вестник ОГУ. 2008. № 83. URL: http://vestnik.osu.ru/2008_3/13.pdf

зательств, сформированных недопустимым для того образом, – это «отравленные плоды». К таковым следует отнести, к примеру, результаты проверки показаний подозреваемого/обвиняемого, полученных в результате принуждения к их даче или с другими нарушениями закона, на месте; результаты очных ставок этого лица с другими фигурантами по делу.

Такими же недопустимыми доказательствами являются и результаты экспертных исследований материальных объектов, обнаружение и изъятие которых было осуществлено с нарушением требований к тому действующего уголовно-процессуального закона.

Более того, ряд радикальных адептов этой концепции, в частности П. А. Лупинская, считала (приводится по статье К. И. Сутягина), что «если исходить из того, что показания обвиняемого, данные в отсутствие защитника, недопустимы, так как они ставят под сомнение их добровольность, а следовательно, дают основание считать, что обвиняемый под принуждением давал показания против себя самого, указав место, где спрятаны похищенные вещи, то недопустимым доказательством являются и протокол проверки показаний на месте, и обнаруженные там вещественные доказательства».

Внешняя правовая респектабельность этой теории сомнений вызвать не может.

Однако, с другой стороны, можно ли признавать *a priori* недопустимыми доказательства, опосредующие в этом качестве материальные объекты, информация о наличии и местонахождении которых содержалась в ранее сформированном, но недопустимом доказательстве, из него следовала? При этом – опосредующие эти объекты в качестве доказательства сформированы исключительно в предусмотренной процессуальной форме, в установленном порядке производства соответствующего следственного действия и надлежащим субъектом доказывания!

Приведем пример из следственной практики (подчеркнем, что он отнюдь далеко не исключительный).

Будучи доставленным оперативными сотрудниками в РОВД для «беседы», З. не только сознался в раскрываемом ими разбойном нападении, но сообщил о совершенном им ранее убийстве незнакомого ему человека, труп которого закопал в лесу, расположенном недалеко от места нападения на потерпевшего.

Тут же З. был оперативным сотрудником (не надлежащим субъектом доказывания по данному делу!) допрошен в качестве подозреваемого, но, однако, без участия защитника. З. дал детальные показания как об обстоятельствах раскрываемого преступления, так и совершенного им – также в ходе разбойного нападения, убийства, собственноручно составил схему места сокрытия трупа потерпевшего.

На следующий день, на который следователь запланировал повторный допрос З. и проверку его показаний на месте, подозреваемый в присутствии назначенного ему защитника от своих «признательных» показаний полностью отказался, объяснил, что дал их в результате применения к нему оперативными сотрудниками физического насилия, и совместно с защитником потребовал своего медицинского обследования. Его проведением было установлено наличие на теле З. многочисленных ушибов, других телесных повреждений, в том числе ожогов, возникших (по объяснению З.) от сигарет, которые оперативные сотрудники, добиваясь от него признания, тушили на его теле (по данному факту в отношении сотрудников полиции было возбуждено самостоятельное уголовное дело).

Тем не менее используя ранее составленную З. схему места сокрытия им трупа, следователь произвел осмотр места происшествия, в ходе которого труп с очевидными следами насильственной смерти был обнаружен.

Расследование уголовного дела, возбужденного в этой связи по признакам ч. 2 ст. 105 УК (ранее это преступление оставалось латентным), в дальнейшем было приостановлено в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

Нет ни малейших сомнений в том, что в данном случае «признательные» показания З. – доказательство недопустимое, использовать его в доказывании невозможно, как говорят, по определению.

Но, по глубокому нашему убеждению, было бы исключительным ханжеством признавать недопустимым доказательство в виде обнаружения трупа при осмотре следователем места происшествия, произведенного на основе информации, содержащейся в – вновь подчеркнем – недопустимых показаниях З., без наличия которой – будем реалистами – оно установлено не могло быть. (Если довести рассматриваемую ситуацию до парадокса, в этой связи

можно ставить под сомнение и обоснованность самого возбуждения по данному факту уголовного дела, ибо основания для производства осмотра места происшествия были получены из недопустимого источника).

Показания З. – недопустимы, недопустима ссылка на них в каких-либо процессуальных документах, составляемых как в ходе доказывания, так и по его результатам, они – поистине «плоды отравленного дерева».

Но, думается нам, «плоды отравленного дерева», как о том писали еще в 1973 г. авторы фундаментальной «Теории доказательств в советском уголовном процессе»: «в некоторых (аналогичных приведенному нами. – *О. Б.*) случаях могут использоваться (подобно оперативной информации) в качестве своего рода “указателя” направления расследования и местонахождения доказательств»[25].

Но есть также еще один атрибутивный признак уголовно-процессуального доказательства в уголовном процессе – относимость.

Относимость уголовно-судебного доказательства заключается в том, что содержащаяся в нем информация носит уголовно-релевантный характер, свидетельствует о наличии объективной связи полученных сведений с исследуемыми по делу фактами и обстоятельствами. По сути, такое понимание данного признака всецело вытекает из приведенной выше самой законодательной конструкции доказательства как сведений, *устанавливающих* наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Иными словами, *доказательство есть облеченные в соответствующую процессуальную форму не просто любые сведения, но сведения, лишь относящиеся, значимые для установления указанных обстоятельств, сведения к этому процессу относимые.*

Говоря об этом признаке доказательства, следует обратить внимание на определенную его диалектичность. С одной стороны, этот признак объективен. Но с другой – ряд имеющихся в распоряжении следователя к началу расследования (и получаемых в ходе расследования) сведений, облеченных им в надлежащую процессуальную форму, в форму доказательств, в дальнейшем вполне могут утратить свойство относимости к делу. Особенно это характерно

[25] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 234.

для доказательств, сформированных в ходе проверки следователем версий о причастности к совершению преступления тех или иных лиц, участие которых в преступлении в результате расследования не подтвердилось (или однозначно опровергнуто)[26].

В дальнейшем ни следователь в обоснование своего итогового решения по делу (в обвинительном заключении, постановлении о прекращении уголовного дела), ни рассматривающий уголовное дело суд к ним обращаться не будут; эти доказательства утратили для них свойство относимости к делу: продолжая оставаться безупречными с точки зрения соблюдения процессуальной формы при их формировании, они, по самому своему содержанию, по содержащимся в них сведениям для дальнейшего доказывания по уголовному делу не используются, для того не востребуются, они утратили признак (свойство) относимости.

И, напротив, если принятые субъектами доказывания по делу решения будут в надлежащем порядке отменены, то, не исключено, что данные доказательства могут вновь приобрести значение относимых.

Скажем, уголовное преследование в отношении некого лица прекращено в связи с наличием у него алиби, но после отмены этого решения следователя, в ходе дополнительного расследования данное алиби опровергнуто, а потому ранее сформированные доказательства причастности этого лица к преступлению вновь приобретают характер относимости к делу.

Значительно более сложной представляется проблема включения в атрибуцию уголовно-процессуального доказательства такого признака, как его достоверность.

Видимо, исходя из того, что уголовно-процессуальный закон указывает, что «каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости и достоверности» (ч. 1 ст. 88 УПК РФ), многие процессуалисты в атрибутивные признаки его, помимо вкратце обозначенных выше свойств относимости и до-

---

[26] В то же время, следует согласиться с мнением Р. В. Костенко, что эти доказательства тем не менее продолжают оставаться относимыми для их использования при принятии процессуальных решений в отношении фигурантов по неподтвердившимся версиям (об отмене избранной меры пресечения, постановления о прекращении уголовного преследования). См.: *Костенко Р. В.* Указ. соч. С. 119–120.

пустимости, включают достоверность содержащейся в доказательстве информации.

«Если, – пишет, например, по этому поводу В. В. Трухачев, – доказательственная информация, хотя бы полученная в порядке и из источников, предусмотренных законом, необъективна, т.е. противоречит комплексу информации, достоверность которой по делу установлена, она не может рассматриваться в качестве доказательства»[27].

Не думаем, что это утверждение обосновано хотя бы потому, что оно, в сущности, противоречит законодательному определению доказательств. В соответствии со ст. 74 УПК РФ, напомним это вновь, таковыми являются *«любые сведения»* (курсив наш. – *О. Б.*), которые получены из указанных в этой же статье источников. Таким образом, закон не включает (и, думаем мы, совершенно обоснованно) в это понятие в качестве необходимого (атрибутивного) его признака достоверность заложенной в доказательстве информации.

Скажем, ложные показания свидетеля, которые он дал при допросе, проведенном без каких-либо отступлений от процессуального порядка производства данного следственного действия, есть «полноценное» и относимое (если сообщенные им сведения имеют уголовно-релевантное значение) доказательство, однако требующее от следователя/суда оценки их достоверности.

«Только после того, как допустимость отдельного доказательства установлена, – пишет известный израильский правовед А. Барак, – можно определять, насколько оно весомо»[28].

В следственной и судебной практике известны уголовные дела, по которым многочисленные свидетели дают заведомо ложные показания в интересах чаще всего обвиняемого/подсудимого. В то же время достоверными являются показания единственного потерпевшего.

Недостоверным может оказаться и доказательство, ранее сформированное в результате проведенной судебной экспертизы. К примеру тогда, когда повторная экспертиза (назначенная по основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 207 УПК РФ) придет

---

[27] *Трухачев В. В.* Преступное воздействие на доказательственную информацию. Воронеж, 2000. С. 149.

[28] *Барак А.* Судейское усмотрение. М., 1999. С. 350.

к выводам о необоснованности заключения экспертизы первоначальной, т.е. признает его недостоверными (мы уже не говорим об использовании следователями в доказывании сфальсифицированных ими доказательств, иными словами, доказательств *a priori* недостоверных).

Придерживаясь мнения, что достоверность есть обязательное свойство, атрибутивный признак уголовно-судебного доказательства, Р. В. Костенко, в частности, пишет: «признание доказательств достоверными не означает их трактовку как фактов реальной действительности, достоверных в силу своей объективной природы и существующих независимо от познавательной человеческой деятельности. Достоверность уголовно-процессуальных доказательств необходимо рассматривать как гносеологическую категорию. Это означает, что вывод кого-либо из субъектов, ведущих процесс, о достоверности определенного доказательства не исключает иной оценки тех же сведений другим субъектом на том же этапе доказательственной деятельности»[29].

Нет сомнений в научной корректности этих утверждений (также считают А. Б. Соловьев и ряд других ученых)… за исключением одной детали. Что же могут столь различно оценивать (и зачастую оценивают) субъекты, осуществляющие и участвующие в доказывании? Столь различно они оценивают не что иное, как *уже существующие,* сформированные надлежащим субъектом *доказательства.*

Верно, на наш взгляд, в этой связи пишет А. В. Смирнов: «…достоверность указанных сведений не является необходимым признаком доказательства; они еще подлежат проверке и исследованию судом и сторонами и могут быть оценены иначе… Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сделан лишь при окончательной (итоговой) оценке определенной совокупности доказательств»[30].

Этой же точки зрения придерживаются и многие другие специалисты в области судебного доказывания.

«Признание за сведением о факте наличия свойств относимости и допустимости (т.е. появление доказательства), – полагает

---

[29] *Костенко Р. В.* Указ. соч. С. 126.

[30] *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Уголовный процесс : учебник. М., 2007. С. 176–177.

А. В. Победкин, – свидетельствует о возможности оценки этого сведения на достоверность»[31].

«Нельзя считать доказательством только достоверные знания о событиях реальной действительности, – пишет А. С. Рубис, – так как достоверность их должна быть предварительно доказана». В то же время, – верно замечает далее автор, – «средства, с помощью которых она может быть установлена, не могут быть ничем иным, как доказательствами по уголовному делу»[32], поэтому «сведения о фактах, полученные в установленном законом порядке и имеющие логическую связь с предметом доказывания, считаются доказательствами независимо от того, достоверны они или нет»[33].

Мы также убеждены, что *достоверность не есть атрибутивное (обязательное) свойство уголовно-процессуального доказательства.*

Нам представляется, что *о достоверности сформированного следователем доказательства (относимых уголовно-релевантных сведений, облеченных в соответствующую процессуальную форму) можно вести речь лишь в контексте оценки качества этого доказательства.*

По В. И. Далю, «качество» есть «свойство или принадлежность, все, что составляет сущность лица или вещи»[34].

В современном русском языке это понятие определяется как:

1) существенный признак, свойство, отличающее один предмет от другого;

2) степень достоинства, ценности, пригодности вещи, действия и т.п., соответствия тому, какими они должны быть[35].

С позиций гносеологии «качество» – это существенная определенность предмета, явления, процесса, в силу которой он является данным, а не иным предметом, явлением или процессом[36].

Международная организация по стандартизации (ИСО – ISO) лаконично определила качество (в интерпретации А. Д. Шадрина)

---

[31] *Победкин А. В.* Указ. соч. С.172–173.

[32] *Дулов А. В., Рубис А. С.* Указ. соч. С. 37.

[33] *Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н.* Уголовный процесс : учебник. М., 2008. С. 179.

[34] *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1989. Т. 2. С. 99.

[35] См.: Словарь русского языка : в 4 т. М., 1982. Т. 2. С. 38.

[36] См.: Философский словарь. М., 1975. С. 171.

как «степень, с которой совокупность собственных отличительных свойств (характеристик) выполняет потребности или ожидания заинтересованных сторон, которые установлены, обычно предполагаются или являются обязательными»[37].

В то же время каждый качественно определенный объект, в свою очередь, с логической и психологической неизбежностью оценивается с точки зрения качества его самого каждым потребителем этого объекта – индивидуумом, группой людей, всем обществом (в зависимости от значимости объекта для них).

Если прибегнуть к достаточно грубой аналогии, нет сомнений, что «Ока» и «Мерседес» есть по своим атрибутивным признакам автомашины, к тому и другому автомобилю всецело относится это понятие. Отличаются они между собой «лишь» одним – качеством, и с этой позиции они и оцениваются – и оцениваются, разумеется, различно! – как отдельными потребителями автотехники, так и обществом[38].

Также, в сути своей, обстоит и с уголовно-процессуальными доказательствами. Достоверность каждого из них, иными словами, качество сформированного доказательства по конкретному делу, исследуется, проверяется, оценивается каждым субъектом доказывания, как указано в ст. 87 УПК РФ, «путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство». Чем более убедительно доказательство подтверждает (или опровергает) исследуемый по делу факт или обстоятельство, тем лучше, «выше» его качество. Именно с этих позиций и в теории, и в практике доказывания оценивается, например, значимость прямых, производных, косвенных, вещественных и личных доказательств.

Особое внимание в контексте данного исследования обратим на следующее.

На протяжении судопроизводства по конкретным уголовным делам качество отдельных доказательств зачастую претерпевает

---

[37] *Шадрин А. Д.* Менеджмент качества. От основ – к практике. М., 2005. С. 23.

[38] Наше мнение по проблемам качества применительно к уголовному судопроизводству подробнее см.: *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

существенные метаморфозы: подозреваемый/обвиняемый по тем или иным причинам отказывается от ранее данных, на взгляд субъекта доказывания – достоверных, «признательных» показаний о совершении инкриминируемого ему преступления; изменяют свои ранее данные «качественные» показания свидетели, а в ряде случаев и потерпевшие (например, последний впоследствии станет утверждать, что он допустил ошибку при опознании им подозреваемого).

А потому с уверенностью можно утверждать, что качество сформированного следователем допустимого и относимого доказательства нуждается в своей защите, в том числе защите «предвосхищающей» (к примеру, вовлеченное в судопроизводство лицо еще своих представляющихся достоверными, качественными показаний не изменило, но вероятность этого не исключена…).

Качество всей системы допустимых и относимых доказательств субъект доказывания оценивает в принимаемом им итоговом процессуальном решении «по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью» (ст. 17 УПК РФ).

В то же время качество каждого доказательства и всей системы допустимых и относимых доказательств может оцениваться представителями состязающихся в уголовном процессе различно, исходя из своих профессиональных и личных в нем интересов. При этом далеко не исключено возникновение в этом отношении и коллизий между представителями одной стороны (к примеру, прокурор, оценив качество исследованных в суде доказательств, пришел к решению о необходимости полного или частичного отказа от поддержания государственного обвинения; потерпевший с этой позицией принципиально не согласен и т.п.).

Основываясь на этих же принципах, в конечном счете качество каждого доказательства и доказывания в целом оценивается судом в обвинительном приговоре (с возможными изменениями относительно обвинения, по которому подсудимый предан суду) или приговоре оправдательном, вступивших в законную силу. Либо – как законный паллиатив – в решении судьи о возвращении уголовного дела прокурору для устранения препятствий для его рассмотрения

судом (в том числе и для «поворота к худшему» относительно ранее предъявленного подсудимому обвинения).

Логично возникает вопрос: что доказывают не качественные уголовно-процессуальные доказательства, т.е. полученные из надлежащих источников и облеченные в надлежащую процессуальную форму, относимые к делу, но содержательно недостоверные сведения?

Думается нам, что напрашивающийся в этой связи вывод, что недостоверные доказательства ничего не доказывают, а потому признаваться доказательствами в принципе не могут, не учитывает специфики доказывания именно уголовно-процессуального, а не просто доказывания как инструмента познания в других областях знания и практики (в них недостоверные доказательства просто отвергаются, далее не используются). Такие доказательства, вновь повторим, после их допустимого формирования в материалах уголовного дела существуют уже объективно – желает или не желает того субъект доказывания. Как недостоверные они этим субъектом по указанным выше принципам лишь оцениваются. Более того, практика доказывания и правоприменения в уголовном судопроизводстве изобилует примерами, когда надлежащими субъектами доказывания признаются в конечном счете достоверными (качественными) доказательства, ранее также надлежащими субъектами доказывания оценивавшиеся диаметрально противоположно – как доказательства недостоверные.

Из всего сказанного выше о сущности уголовно-процессуального доказательства и его обязательных (атрибутивных) признаках (свойствах) и качестве самого доказательства следуют такие принципиально важные выводы.

1. Доказательствами в уголовном деле являются полученные из надлежащего источника, облеченные в соответствующую процессуальную форму сведения, устанавливающие наличие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по нему, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

2. Чтобы исключить возможность использования сформированного доказательства в процессе доказывания по уголовному делу, достаточно лишить его одного из указанных выше признаков – относимости или допустимости.

3. Чтобы придать искаженной или полностью вымышленной заинтересованными в исходе уголовного дела лицами информации значимость уголовно-процессуального доказательства, достаточно обосновать ее относимость к исследуемому факту и облечь ее (обусловить необходимость для субъекта доказывания такового облечения) в форму, предусмотренную уголовно-процессуальным законом для формирования соответствующего доказательства.

4. Качество (достоверность) каждого доказательства оценивается субъектом доказывания по закону, своему внутреннему убеждению и совести в результате сопоставления его с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

По нашему разумению, данные выводы в своей системе не только обусловливают основные направления доказывания по уголовному делу – от стадии формирования доказательств, установления относимости содержащейся в них уголовно-релевантной информации к исследуемым по делу фактам и обстоятельствам до обеспечения самого качества каждого доказательства – его достоверности.

Они определяют и направления защиты уголовно-релевантной информации как при формировании доказательств, так и качества уже сформированных доказательств от возможных (неумышленных и умышленных) искажений в процессе уголовного судопроизводства.

ЗАЩИТА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ*

(Извлечения)

Глава 4
ТАКТИЧЕСКАЯ ОПЕРАЦИЯ «ЗАЩИТА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ»

§ 1. Тактическая операция в системе криминалистических средств

Понятие «тактическая операция» было введено в криминалистический оборот в начале семидесятых годов известным криминалистом А. В. Дуловым.

По его мнению, суть теории тактических операций заключается в осознании того, что отдельные тактические (поставленные, возникшие) задачи расследования не могут быть разрешены проведением лишь одного или нескольких следственных действий, даже с использованием в их рамках всех соответствующих тактических приемов, а требуют для своего разрешения от следователя сложного комплексного подхода. Вполне естественно, что необходимость введения в систему тактических средств данной криминалистической категории сразу же явилась предметом острых (и продолжающихся до настоящего времени) научных дискуссий[1].

В дальнейшем проблемы теории тактических операций активно и плодотворно разрабатывались Р. С. Белкиным, Л. Я. Драпкиным, В. Ю. Шепитько, В. И. Шикановым и многими другими кри-

---

* Впервые опубликовано: *Баев О. Я.* Защита доказательств в уголовном судопроизводстве. М. : Проспект, 2016.

[1] См., например: Тактические операции и эффективность расследования : межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1986.

миналистами[2]. В конечном счете, по А. В. Дулову, «тактическая операция» есть «совокупность следственных, оперативных, ревизионных и иных действий, разрабатываемых и производимых в процессе расследования по единому плану под руководством следователя с целью реализации такой тактической задачи, которая не может быть решена производством по делу отдельных следственных действий»[3].

Столь усложненное определение тактической операции сконструировано А. В. Дуловым, видимо, с желанием «обойти» в нем высказанные сомнения в содержании, да и в правомерности использования в данном контексте самого термина «операция». Так, к примеру, Р. С. Белкин полагает, что, поскольку: а) термин «операция» обозначает совокупность взаимосвязанных и необходимых действий для достижения желаемого результата; б) задачи, стоящие перед тактическими операциями в приведенном их понимании, для своего достижения далеко не всегда требуют совокупности действий, обладающих указанными их признаками (необходимостью и взаимосвязанностью), главным образом, первым из этих свойств, то для их обозначения научно корректен термин не «операция», а «комбинация»[4].

С учетом этого им под тактической комбинацией предлагается понимать «определенное сочетание тактических приемов или следственных и иных действий, преследующее цель решения кон-

---

[2] В последние годы наиболее целенаправленно и активно в монографическом плане проблемы теории и практики тактических операций разрабатываются И. М. Комаровым. См. его работы: Криминалистические операции в досудебном производстве. Барнаул, 2002 ; Основы частной теории криминалистических операций досудебного производства. М., 2010 ; Криминалистические операции досудебного производства в системе криминалистики. М., 2010 ; Криминалистические операции досудебного производства в системе методики расследования преступлений. М., 2012 ; Криминалистические операции досудебного производства. М., 2013. См. также: *Князькова А. С.* Тактико-криминалистические средства досудебного производства : дис. … д-ра юрид. наук, Томск, 2014 ; *Якушина С. Ю.* Тактические задачи и средства их решения при расследовании преступлений. Казань, 2014.

[3] *Дулов А. В.* Тактические операции при расследовании преступлений. Минск, 1979. С. 44.

[4] См.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : в 3 т. М., 1999. Т. 3. С. 202–210 ; *Его же.* Криминалистическая энциклопедия. М., 2000. С. 219.

кретной задачи расследования и обусловленное этой целью и следственной ситуацией»[5].

Это мнение ведущего отечественного криминалиста вызвало широкую дискуссию в литературе. Так, не соглашаясь с приведенным выше подходом, В. В. Степанов пришел к выводу, что «понятие тактической операции шире, нежели понятие тактической комбинации». Тактическая комбинация, по его мнению, «представляющая собой оптимальное сочетание тактических приемов, применяемых в процессе производства отдельного следственного действия, направленное на решение конкретной промежуточной задачи расследования и обусловленное сложившейся следственной ситуацией, один из факультативных структурных элементов тактической операции»[6].

Также в принципе считает и С. Ю. Якушин, полагая, что «в содержание тактической операции могут быть включены тактические комбинации (отдельные либо в определенной последовательности), осуществляемые в ходе расследования того же дела»[7].

Белорусский криминалист Г. Н. Мухин занимает в этой дискуссии несколько двоякую позицию: с одной стороны, он анализируемые тактические комплексы между собой различает; с другой, в сущности, ставит между ними знак равенства, о чем свидетельствует то, что, рассматривая отдельные их компоненты, он пишет, например: «Первостепенное значение при планировании тактических операций (комбинаций) имеет…», «общие правила планирования тактической операции (комбинации) заключаются в том, что…»[8].

А. С. Князьков также не видит принципиальных различий в содержании тактической операции и тактической комбинации. Понимая под сущностью тактической операции «возможность каждого из включенных в операцию элементов целенаправленно усиливать

---

[5] *Белкин Р. С.* Указ. соч. С. 210. По сути, такого же мнения по этой проблеме придерживается и В. Ю. Шепитько. См.: *Шепитько В. Ю.* Криминалистика : энциклопедический словарь. Харьков, 2001. С. 453.

[6] *Степанов В. В.* Избранные научные работы : в 2 т. Саратов, 2011. Т. 1. С. 472.

[7] *Якушин С. Ю.* Тактические задачи и средства их решения при расследовании преступлений. Казань, 2014. С. 127.

[8] *Мухин Г. Н., Исютин-Федотков Д. В.* Криминалистика : современные проблемы, история и методология. М., 2012. С. 255, 258, 259.

тактический потенциал следующего за ним либо применяемого одновременно с ним другого элемента тактической операции», он тут же оговаривается: «Таким же образом может быть охарактеризована сущность и тактико-криминалистической комбинации»[9].

Нам – позволим себе высказать несколько «еретическое» с точки зрения ортодоксальных оснований для криминалистических классификаций мнение – как минимум в настоящее время не представляется принципиально важным, каким понятием – «операция» или «комбинация» – в данном контексте следует пользоваться. Скажем больше: с учетом известной «бритвы Оккама» (не следует, справедливо считал он, создавать новые сущности без надобности) мы не видим необходимости в замене уже в целом устоявшегося в криминалистической литературе понятия «тактическая операция» каким-либо другим, содержательно, на наш взгляд, тождественным понятием, в том числе и «комбинацией».

И в то же время полагаем целесообразным хотя бы вкратце высказать несколько соображений, имеющих непосредственное отношение к сущности самой этой категории и содержанию отдельных из тактических операций (в том числе, несомненно, и тактической операции «Защита доказательств») по некоторым вопросам, связанным с этой проблемой.

Вряд ли можно согласиться с тем, что обязательным признаком операции является совокупность необходимых составляющих ее действий (согласованных – да, но во всех ли случаях необходимых?).

Все уголовно-процессуальное исследование преступлений в целом и предварительное их расследование в частности можно представить в виде необходимости последовательного или параллельного решения его субъектом отдельных локальных задач, минимально необходимый перечень которых предопределен и очерчен предметом доказывания по уголовному делу.

Деятельность эта в высшей степени ситуативна, обусловливается сложившейся (или складывающейся) следственной/судебной ситуацией по делу; более того, она во многом зависит от социально-психологических качеств лиц, вовлекаемых в том или ином качестве в орбиту производства по уголовному делу. А потому

[9] *Князьков А. С.* Тактико-криминалистические средства досудебного производства : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Ростов н/Д., 2014. С. 40.

жестко обозначить всю совокупность действий, во всех случаях и следственных ситуациях составляющих тактическую операцию, без учета многообразных объективных и субъективных факторов, в том числе и особенностей ее планирования и проведения по конкретным уголовным делам, по нашему убеждению, в принципе нельзя.

В противном случае криминалисты, разрабатывая теорию тактических операций, будут вынуждены уподобляться небезызвестному немецкому генералу из «Войны и мира»: «…Для этой цели необходимо... Первая колонна марширует... Вторая колонна марширует... Третья колонна марширует...»[10]…

Также, думается нам, теорию и практику тактических операций в настоящее время целесообразно изучать и структурировать применительно к деятельности не только следователя, но и прокурора, поддерживающего в суде государственное обвинение, и адвоката – защитника по уголовному делу. Разумеется, речь в этом отношении должна идти о решении неких локальных, но сложных для решения задач в их деятельности, предопределенных самой направленностью процессуальной функции названных участников уголовного судопроизводства, а также, что очевидно, и возможностями ее практической реализации[11].

Особенно, как мы полагаем, это касается именно тактической операции по защите доказательств, которая подлежит конструированию, планированию и реализации этими участниками уголовного процесса с позиций необходимости удовлетворения своих профессиональных интересов в уголовном деле.

Высказанные ремарки позволяют нам предложить следующее определение тактической операции.

Тактическая операция – открытая динамическая система следственных, других процессуальных и судебных действий, оперативно-розыскных и иных мероприятий, реализуемых при их производстве тактических приемов, направленная на достижение определенной локальной задачи расследования (судебного разбирательства) преступлений, разрешение которой с учетом особенно-

---

[10] *Толстой Л. Н.* Война и мир. М., 1968. Т. 1. С. 326.

[11] Тактические операции в деятельности адвоката-защитника есть предмет отдельных исследований, и в настоящей работе их рассмотрение не предполагается.

стей вида исследуемого преступления и сложившейся следственной/судебной ситуации другим образом невозможно или нерационально.

Далеко не всегда (можно сказать, к счастью, для правоприменительной деятельности) та или иная тактическая задача требует для своего разрешения планирования и проведения тактической операции.

Так (сошлемся лишь на несколько локальных задач, для решения которых системы тактических операций в соответствующей литературе наиболее разработаны), отсутствие сомнений в личности погибшего делает ненужной тактическую операцию «Атрибуция трупа». Добровольная явка в правоохранительные органы лица, обоснованно заподозренного в совершении преступления, тактическую операцию «Розыск и задержание подозреваемого». Наличие по делу достаточной совокупности прямых доказательств для уголовного преследования подозреваемого/обвиняемого делает малоактуальной такую разработанную И. М. Комаровым и другими криминалистами тактическую операцию, как «Собирание, исследование и оценка косвенных доказательств причастности лица к преступлению»[12], и т.д.

В то же время при расследовании преступлений отдельных криминалистически определенных видов и категорий и в различных следственных ситуациях возникает необходимость в планировании и реализации тактических операций для разрешения неких задач, по уголовным делам об иных видах преступлений и в иных ситуациях не вызывающих проблем.

Скажем, для расследования преступлений, совершаемых на железнодорожном транспорте (от краж грузов до убийств), почти всегда возникает потребность в сложной и, как правило, незначимой для расследования многих других преступлений тактической операции «Установление места совершения преступления».

При расследовании ряда корыстных и насильственно-корыстных преступлений зачастую возникает необходимость в проверке версии об инсценировке события преступления, о котором сообщает заявитель; объективная проверка ее, несомненно, требует проведения соответствующей сложной тактической операции,

[12] См., например: *Комаров И. М.* Криминалистические операции досудебного производства. М., 2013. С. 290–312.

включающей в себя как следственные действия, тактические приемы их осуществления, так и оперативно-розыскные мероприятия.

Крайне сложным, а потому зачастую требующим для того проведения специальной тактической операции (включающей в себя также необходимость проведения многочисленных и весьма специфических оперативно-розыскных мероприятий) является объективное установление характера преступной группы (по предварительному сговору, организованная преступная группа или сообщество)[13], и т.д.

Однако, как сказано, существует тактическая операция, планирование и производство которой обязательно для органов и лиц, осуществляющих уголовное преследование, при расследовании и уголовном рассмотрении уголовных дел о преступлениях любых видов и категорий, – тактическая операция по защите доказательств.

Наше глубокое убеждение в этом с логической неизбежностью вытекает как из рассмотренной чуть ранее многообразности видов и форм посягательств на доказательственную информацию и доказательства, так и из анализа правоприменительной практики, совершенно достоверно выявившего крайне высокую распространенность фактов противодействия предварительному расследованию уголовных дел и судебному по ним разбирательству. А они же – все факты противодействия – в первую очередь посягают именно на доказательственную информацию и доказательства.

В сущности, все такое противодействие своей гносеологической целью имеет – вспомним сказанное выше об атрибутивных свойствах уголовно-процессуальных доказательств – разрушение доказательств. Оно направлено на то, чтобы содержащаяся в них уголовно-релевантная информация потеряла хотя бы одно из названных свойств – относимости или допустимости, либо не приобрела этих свойств, даже одного из них, изначально; либо направлено на опровержение самого качества доказательства – достоверности содержащейся в сформированном допустимом и относимом доказательстве информации.

Многообразие видов и форм оказываемого с этой целью противодействия объективному предварительному расследованию

[13] См. об этом: *Батищев В. И.* Раскрытие и расследование преступлений, совершенных одними и теми же лицами. Воронеж, 1992 ; *Его же*. Постоянная преступная группа. Воронеж, 1994.

преступлений и судебному разбирательству уголовных дел о них с логической на то неизбежностью обусловливает необходимость столь же разнообразных и «многоходовых» системных действий со стороны лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование, по предупреждению такого противодействия и нейтрализации его последствий.

Всем этим и обусловливается невозможность защиты доказательств иначе, как посредством планирования и реализации такого тактического комплекса, как тактическая операция, включающего в себя целенаправленное сочетание и следственных действий, и применяемых в их рамках тактических приемов и рекомендаций, оперативно-розыскных и иных мероприятий.

Исходя из всего сказанного выше, мы в настоящее время полагаем, что тактическая операция «Защита доказательств» может быть определена следующим образом.

Тактическая операция «Защита доказательств» – открытая динамическая система следственных, других процессуальных (в том числе и судебных) действий, оперативно-розыскных и иных мероприятий, реализуемых при их производстве тактических приемов по обеспечению формирования по уголовному делу допустимых и относимых доказательств, неизменности их достоверности в условиях потенциальных и реальных, непосредственных и опосредованных на то посягательств.

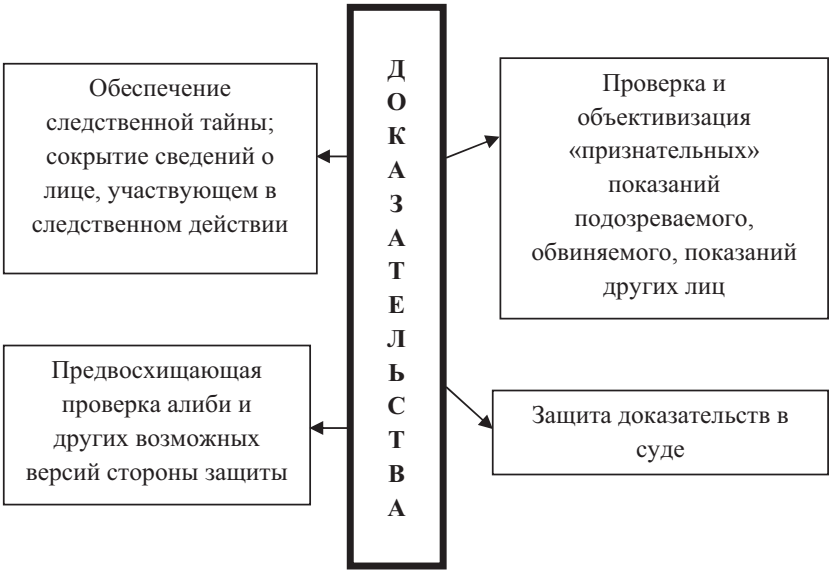
Ее структуру составляет ряд элементов, каждый из которых, в полном соответствии с принципами теории систем, может, в свою очередь, рассматриваться в виде самостоятельной на то направленной тактической операции меньшей степени общности (в качестве подсистемы тактической операции «Защита доказательств»). А потому необходимость планирования и реализации каждой из них зависит от сложившейся по конкретному уголовному делу следственной и судебной ситуации.

Они, видимо, должны в первую очередь учитывать особенности видов проанализированных выше следов. Их интерпретация – извлечение, сохранение, исследование и т.д. в соответствующей процессуальной, предназначенной для доказывания форме образует, во-первых, само содержание доказательств, во-вторых, способы возможных на них посягательств. Одни из таковых в этой связи характерны преимущественно для посягательств (достаточно под-

робно исследованных нами выше) на доказательства, основанные на переработке следов материальных, другие – на доказательства, основанные на следах идеальных.

В настоящее время нам представляется возможным структуру тактической операции по защите доказательств изобразить в виде следующих ее элементов, содержание которых будет рассматриваться далее.

Тактическая операция «Защита доказательств»



§ 2. Содержание основных структурных элементов тактической операции «Защита доказательств»; правовые и криминалистические проблемы, с ними связанные

2.1. Обеспечение следственной тайны; сокрытие сведений о лице, участвующем в следственных действиях

Нет необходимости в очередной раз доказывать, что неукоснительное соблюдение тайны предварительного расследования (далее для краткости – следственной тайны) есть один из основных принципов всего досудебного производства, имеющий своей целью предупреждение возможностей «соучастия после факта»,

иными словами, различных видов и форм посягательств на доказательственную информацию и доказательства.

В принципе можно согласиться с А. Е. Масловым, который определяет следственную тайну как охраняемую уголовно-процессуальным и уголовным законом информацию (сведения), отражающую интересы расследования по уголовному делу, конфиденциальность которой определяется следователем, дознавателем либо прокурором и защищается для устранения реальной или потенциальной опасности причинения ущерба указанным интересам[14], с единственным, может быть, но существенным замечанием.

Целью сохранения следственной тайны является обеспечение не только сугубо профессиональных интересов указанных автором участников уголовного процесса, но и безопасности носителей личностной информации (потерпевших, свидетелей и т.д.), их родственников, близких, их имущества от различных противоправных действий со стороны заинтересованных в исходе дела лиц для воздействия на имеющуюся у таковых доказательственную информацию, для ее ими сокрытия или искажения при производстве по уголовному делу.

В действующем уголовном законе ответственность за разглашение следственной тайны предусмотрена в двух статьях УК – ст. 310 и 311.

Статья 310 УК. Разглашение данных предварительного расследования

Разглашение данных предварительного расследования лицом, предупрежденным в установленном законом порядке о недопустимости их разглашения, если оно совершено без согласия следователя или лица, производящего дознание, наказывается…

Как видим, в этой статье законодатель в качестве возможных субъектов данного преступления имеет в виду лиц, не осуществляющих уголовное преследование, а привлекаемых или участвующих в этой деятельности. К числу таковых следует отнести свидетелей, понятых, переводчиков, возможно, представителей средств массовой информации и, конечно же, адвокатов (защитников и представителей).

[14] См.: *Маслов А. Е.* Тайна предварительного расследования. Правовые и криминалистические средства обеспечения. Воронеж, 2003. С. 32.

При анализе этого вида посягательства на доказательства проявляются как минимум два проблемы, имеющие прямое отношение к обеспечению сохранения следственной тайны как правового средства защиты доказательств, а потому подлежащие учету при конструировании этой подсистемы рассматриваемой тактической операции.

Во-первых, не исключены ситуации, когда данные предварительного расследования могут быть умышленно или по неосторожности разглашены не только названными, но и другими лицами, в том числе непосредственно причастными к осуществлению уголовного преследования.

Автору известны случаи, когда сведения о предстоящем обыске становились известны заинтересованному лицу от руководителя следственного органа после дачи им своего согласия на обращение за судебной санкцией о его проведении; когда о начале прослушивания его телефонных переговоров лицо информировалось судьей, санкционировавшим производство этого действия, и т.п. Чаще всего, к сожалению, эти сведения разглашались по коррупционным, но трудно доказываемым на практике мотивам.

Нет сомнений, что при доказанности такого поведения должностных лиц они подлежат строжайшей дисциплинарной ответственности, вплоть до увольнения или дисквалификации. Однако *нет ли необходимости ввести и уголовную их ответственность, хотя бы для случаев, когда разглашение данных предварительного расследования повлекло тяжкие последствия?*

Во-вторых, рассмотрим противоположную ситуацию на следующем, отнюдь не гипотетическом казусе: адвокат, заключивший соглашение о защите лица, содержащегося под стражей, с его представителем (скажем, отцом или матерью), сразу же был предупрежден следователем о неразглашении данных предварительного следствия. Мы думаем, что действие заключенного с адвокатом соглашения вряд ли будет продолжено, если он в силу данной им подписки «о неразглашении» откажется сообщить своему клиенту, какие показания дает по делу его подзащитный, какими доказательствами его вины располагает следователь и т.п. (об этой проблеме более подробно будет говориться далее).

В этой связи нам думается, что *в целом уголовная ответственность за разглашение данных предварительного расследования*

должна быть предусмотрена лишь для этого деяния, повлекшего тяжкие последствия (примерный перечень которых должен быть дан в примечании к этой статье либо определен Пленумом Верховного Суда РФ).

Статья 311. Разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи и участников уголовного процесса

1. Разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи, присяжного заседателя или иного лица, участвующего в отправлении правосудия, судебного пристава, судебного исполнителя, потерпевшего, свидетеля, других участников уголовного процесса, а равно в отношении их близких, если это деяние совершено лицом, которому эти сведения были доверены или стали известны в связи с его служебной деятельностью, наказывается…

2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия, наказывается…

В контексте нашего исследования мы относим это деяние к числу посягающих на доказательства, в той части, в которой оно касается «источников доказательств» – свидетелей, потерпевших, других участников уголовного процесса (например, специалиста или эксперта) и их близких. Иными словами, когда «утечка информации», разглашение сведений о мерах безопасности влекут воздействие на них для достижения одной из ранее нами определенных целей такового (вплоть, увы, до физической ликвидации охраняемого лица).

Субъектами названного преступления (в противоположность подразумеваемых в предыдущей статье УК) являются лишь лица, которым «эти сведения были доверены или стали известными в связи с его служебной деятельностью». Ими же могут быть и сотрудники правоохранительных и иных органов, которые непосредственно в производстве по данному конкретному уголовному делу не участвуют (что и позволяет отнести их в данном контексте к категории «иных лиц»). Кроме того, обратим внимание на то, что совершаться данные деяния, как нам представляется, могут как умышленно, так и по неосторожности.

Основу для реализации уголовно-процессуальных средств, входящих в рассматриваемую систему обеспечения следственной тайны, представляет в первую очередь такой принцип уголовного судопроизводства, как «Охрана прав и свобод человека и гражда-

нина в уголовном судопроизводстве». В силу такой его значимости в контексте изучаемых здесь проблем напомним полностью его содержание.

Статья 11. Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве

1. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав.

2. <…>.

3. При наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные ст. 166, ч. 9, 186, ч. 2, 193, ч. 8, 241, п. 4 ч. 2 и 278, ч. 5 настоящего Кодекса, а также иные меры безопасности, предусмотренные законодательством Российской Федерации.

4. Вред, причиненный лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование, подлежит возмещению по основаниям и в порядке, которые установлены настоящим Кодексом.

И, хотя в данной уголовно-процессуальной норме текстуально не содержится указаний на цели, которые преследуют лица, угрожающие указанным в ней участникам уголовного судопроизводства перечисленными в ней же способами, нет сомнений, что они состоят в воздействии на них для сокрытия и/или искажения ими доказательственной информации, которой они располагают.

Несколько, на наш взгляд, необходимых ремарок в этом отношении.

Во-первых, по нашему убеждению – и об этом в несколько ином отношении при изучении диспозиции ст. 309 УК говорилось выше, *перечень лиц, в отношении которых могут осуществляться такие угрозы, следует дополнить фигурами подозреваемого,*

обвиняемого, их родственников и близких. Отнесение их «к иным участникам уголовного судопроизводства» (как это, видимо, понимается в приведенной выше редакции этого принципа) некорректно, ибо и подозреваемый, и обвиняемый не относятся к «иным участникам уголовного судопроизводства» в смысле, придаваемом им гл. 8 УПК; они – участники уголовного судопроизводства со стороны защиты.

Во-вторых, *если бы данная статья содержала четкое определение целей противоправного воздействия на лиц, в ней указанных, это придало бы большую определенность практике в части самой необходимости применения мер безопасности и выбору конкретных из них, адекватных складывающейся/сложившейся следственной (судебной) ситуации.*

Возможные меры обеспечения безопасности – и, следовательно, посредством этого и защиты доказательств, к которым отсылает ч. 3 комментируемой статьи УПК таковы (приведем тексты соответствующих уголовно-процессуальных положений):

1. «При необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют потерпевший, его представитель или свидетель, не приводить данные об их личности. В этом случае следователь с согласия руководителя следственного органа выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается и приобщается к уголовному делу». – Ч. 9 ст. 166 УПК.

2. «При наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц контроль и запись телефонных и иных переговоров допускаются по письменному заявлению указанных лиц, а при отсутствии такого заявления – на основании судебного решения». – Ч. 2 ст. 186 УПК.

3. «В целях обеспечения безопасности опознающего предъявление лица для опознания по решению следователя может быть

проведено в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым». – Ч. 6 ст. 193 УПК.

4. «Закрытое судебное разбирательство допускается на основании определения или постановления суда в случаях, когда… этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц». – Ч. 2 ст. 241 УПК.

5. «При необходимости обеспечения безопасности свидетеля, его близких родственников, родственников и близких лиц суд без оглашения подлинных данных о личности свидетеля вправе провести его допрос в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление». – Ч. 5 ст. 278 УПК.

6. «Иные меры безопасности, предусмотренные законодательством Российской Федерации» (положение введено в ч. 3 ст. 11 УПК ФЗ от 29 июня 2009 г. «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»).

Правовой основой для этого выступает ряд международных и национальных нормативных актов[15]. Напомним также, что с 2005 г. в стране существует государственная программа защиты свидетелей и потерпевших. В настоящее время принята и надлежащим образом профинансирована такая же программа на ближайшие несколько лет.

Постановлением Правительства РФ от 3 марта 2007 г. утверждены Правила защиты сведения об осуществлении государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, в соответствии с которыми в МВД, ФСБ и Федеральной службе по контролю за оборотом наркотических средств созданы специальные подразделения.

В другую группу уголовно-процессуальных мер, направленных на предупреждение посягательств на доказательства, входят *правовые нормы, направленные на предотвращение разглашения данных предварительного расследования,* корреспондирующиеся

[15] См. об этом: *Макеева Н. В.* О правовых основах обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства // Ученые криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства. Ч. 2. М., 2007.

с приведенными уголовно-правовыми положениями, этим деяниям посвященными.

Именно с этой целью следователь в порядке ст. 161 УПК имеет право предупреждать таких участников этого процесса и лиц, к нему привлекаемых, как потерпевший, свидетель, эксперт, специалист, переводчик, понятой, защитник, о неразглашении данных предварительного расследования, ставших ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу.

Названная же статья УПК гласит:

1. Данные предварительного расследования не подлежат разглашению, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи.

2. Следователь или дознаватель предупреждает участников уголовного судопроизводства о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования, о чем у них берется подписка с предупреждением об ответственности в соответствии со ст. 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

3. Данные предварительного расследования могут быть преданы гласности лишь с разрешения следователя, дознавателя и только в том объеме, в каком ими будет признано это допустимым, если разглашение не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства. Разглашение данных о частной жизни участников уголовного судопроизводства без их согласия не допускается.

Из числа уголовно-процессуальных проблем, связанных с механизмом реализации института обеспечения тайны следствия, в контексте этой нашей работы следует остановиться на следующих вопросах.

Как отмечено выше, в число лиц, которых следователь имеет право предупреждать о неразглашении данных предварительного расследования, входит и защитник. Более того, обязанность не разглашать данные предварительного расследования при оговоренных законом условиях, по существу, является единственным запретом, сформулированным в статье, посвященной полномочиям защитника.

Защитник, как указано в ч. 3 ст. 53 УПК, не вправе разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известны-

ми в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования защитник несет ответственность в соответствии со ст. 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

В то же время, думается, никаких сомнений в том, что «адвокат не может скрывать от подзащитного ставшие ему известными данные предварительного расследования, если они могут быть использованы в целях защиты»[16]. Это положение представляется аксиоматичным и потому не требует каких-либо дополнительных обоснований.

Однако предложение этого же автора на законодательном уровне запретить следователю предупреждать адвоката о недопустимости разглашения данных предварительного следствия лишь подзащитному как таковому[17], думается, не учитывает и других реалий адвокатской практики.

Еще более радикальное предложение в этом отношении вносит Ю. П. Гармаев. Он полагает, что «в современных условиях, при нынешнем объеме прав и полномочий защитника уместным будет настоятельно рекомендовать всем субъектам расследования по *всем без исключения* уголовным делам брать у защитников соответствующую подписку (ч. 2 ст. 161 УПК РФ). Получение такой подписки должно стать столь же естественным ритуалом вступления в дело защитника, как и получение от него ордера»[18].

Суть этой проблемы (о ней мы вкратце упоминали выше) видна из такой, весьма частной в адвокатской практике, ситуации.

Адвокат, заключивший соглашение о защите лица, содержащегося под стражей, с его представителем, сразу же был предупрежден следователем о неразглашении данных предварительного следствия.

Если он в силу данной им подписки «о неразглашении» категорически откажется сообщить своему клиенту, какие показания дает по делу его подзащитный, какими доказательствами его вины располагает следователь, и т.п., то, как о том уже замечалось выше,

---

[16] *Маслов А. Е.* Указ. соч. С. 71.

[17] Там же.

[18] *Гармаев Ю. П.* Указ. соч. С. 40.

маловероятно, а практически невероятно, что действие заключенного с адвокатом соглашения будет продолжено.

Такое же поведение адвоката, осуществляющего защиту по назначению, как это показывают результаты нашего опроса, чаще всего воспринимается представителями подзащитного как симптом того, что «адвокат свой для следователя», что он не столько защищает близкого им человека, сколько сотрудничает со следствием, помогает следователю.

В этой связи, думается, *ст. 161 УПК нуждается в соответствующей корректировке, учитывающей высказанные соображения и более четко формулирующей ситуации противоправного разглашения данных предварительного расследования адвокатами, выступающими, добавим, по уголовным делам в качестве не только защитников, но и представителей (потерпевшего, гражданского истца, ответчика).*

Кстати сказать, если, как о том сообщали СМИ, по широко известному уголовному делу адвокаты украинской летчицы Савченко, которые были предупреждены о недопустимости разглашения данных предварительного следствия по делу, но отказавшиеся от дачи о том подписки, все же их умышленно разгласили, то, думается нам, правомерной была бы постановка вопроса об их уголовной ответственности по ч. 2. ст. 294 УК.

Несомненно, особое и значительное место в системе уголовно-процессуальных мер предупреждения посягательств на доказательства занимает институт процессуального принуждения, основным из которых посвящен раздел 4 УПК.

Диапазон их весьма широк: от отобрания обязательства о явке, задержания, отстранения от должности до мер пресечения в отношении подозреваемого и обвиняемого.

Именно такая их направленность особо подчеркнута в перечислении оснований для избрания меры пресечения, применяемых к названным лицам.

4. Дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер пресечения, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый, подозреваемый: <…>

3) может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу… (ст. 97 УПК).

Сразу скажем, что теоретическим проблемам института мер пресечения в современной процессуальной литературе посвящены многочисленные, в том числе монографические исследования[19], а практике их применения – ряд постановлений и определений Конституционного и Верховного Судов РФ.

Однако до настоящего времени в правоприменительной в этом отношении деятельности нет, пожалуй, более дискуссионного вопроса, как и что именно следует под «наличием достаточных оснований» полагать, в частности, того, что подозреваемый/обвиняемый может совершать указанные в приведенном пункте ст. 97 УПК посягательства на доказательственную информацию и доказательства.

Для подтверждения предельной дискуссионности этой проблемы приведем несколько различных высказанных по ней мнений.

Так, ответственные сотрудники Прокуратуры РФ А. П. Коротков и А. В. Тимофеев считают, что «в это понятие вкладывается наличие у лица, производящего расследования, соответствующей информации, показаний других участников процесса, результаты проведенных оперативно-розыскных мероприятий, анализ данных о личности подозреваемого, обвиняемого, круга его общения, предыдущее поведение, а также сам характер совершенного преступления»[20].

В. А. Михайлов при анализе этой проблемы пришел к противоположному убеждению, что такими основаниями является лишь «наличие в уголовном деле достаточных достоверных доказательств, позволяющих полагать, что обвиняемый, если не применить к нему меру пресечения, …воспрепятствует производству по уголовному делу»[21].

---

[19] См., например: *Коврига З. Ф.* Уголовно-процессуальное принуждение. Воронеж, 1975 ; *Корнуков В. М.* Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. Саратов, 1978 ; *Михайлов В. А.* Уголовно-процессуальные меры пресечения в судопроизводстве Российской Федерации. М., 1997; и др.

[20] *Коротков А. П., Тимофеев А. В.* 900 ответов на вопросы прокурорско-следственных работников по применению УПК РФ. М., 2004. С. 175.

[21] Курс уголовного судопроизводства : в 3 т. / под ред. В. А. Михайлова. М. – Воронеж, 2006. Т. 1. С. 651–652. Этой позиции придерживаются и многие другие процессуалисты. См., например: *Григорьев В. Н., Победкин А. В.,*

«Реальная будущая возможность обвиняемого воспрепятствовать производству по делу, – конкретизирует этот тезис К. Б. Калиновский, – может быть установлена с помощью доказательств об угрозах или ином незаконном воздействии с его стороны в отношении потерпевших или свидетелей; о служебной, финансовой или личной зависимости свидетелей или потерпевших от обвиняемого; о фактах уничтожения обвиняемым следов преступления и фальсификации доказательств или таких попыток и т.п.»[22].

На первый взгляд, действующая редакция ч. 1 ст. 108 УПК внесла достаточную определенность в решение этого вопроса применительно к такой мере пресечения, как заключение под стражу, а именно при ее избрании он стоит наиболее остро.

В соответствии с ней, «при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не проверенные в ходе судебного заседания, в частности, результаты оперативно-розыскной деятельности, предоставленные в нарушение требований статьи 89 настоящего кодекса».

Таким образом, законодатель четко указал, что основания для избрания меры пресечения могут быть установлены не только доказательствами как таковыми, но и «легализованными» в порядке названной статьи УПК для использования в уголовном процессе оперативно-розыскными данными.

Эта позиция подтверждена и в постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» от 29 октября 2009 г.: «Указанные обстоятельства должны быть реальными, обоснованными, т.е. подтверждаться достоверными сведениями»[23].

Как видим, указания, что они должны подтверждаться сведениями, предоставленными лишь в форме доказательств, нет.

Яшин В. Н. Уголовный процесс. М., 2008. С. 227–228 ; *Еникеев З. Д.* Проблемы эффективности мер уголовно-процессуального пресечения. Казань, 1982. С. 8.

[22] *Смирнов А., Калиновский К.* Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. СПб., 2004. С. 270–271.

[23] Рос. газета. 2009. 11 нояб.

Тут необходимо сделать следующее отступление. Названное постановление Пленума Верховного Суда в силу заложенного в нем, можно сказать, революционного подхода к требованиям о применении названных в нем мер пресечения одновременно привело к возникновению одной весьма существенной в контексте излагаемых в данном месте нашей работы вопросов проблемы.

Мы имеем в виду то, что если, ранее рассматривая ходатайство следователя об избрании меры пресечения, суд решал вопросы лишь об установлении для того должных и достоверных сведений, то сейчас от него требуется *«в каждом конкретном случае проверять обоснованность подозрения в причастности к совершенному преступлению. При этом следует иметь в виду, что обоснованное подозрение предполагает наличие достаточных данных о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление» (п. 2)*, для чего к ходатайству следователя надо прилагать «копии допросов подозреваемого, обвиняемого, иные материалы о причастности лица к преступлению» (п. 10).

Такой подход к решению столь ответственного вопроса, как избрание меры пресечения, в частности, о заключении под стражу, представляется вполне цивилизованным.

Однако очевидно, что с материалами, подтверждающими причастность подозреваемого, обвиняемого к совершению преступления, в суде будет знакомиться как само это лицо, так и его защитник. И потому *есть достаточно большая вероятность того, что полученные ими о том сведения в ряде случаев будут активно использоваться для совершения посягательств на доказательства в различных рассмотренных нами выше их видах на самых первоначальных этапах расследования, именно тогда, когда чаще всего и решается вопрос об избрании меры пресечения.*

Думается, правоохранительная практика ближайшего времени должна выработать некие правовые и тактические рекомендации предупреждения предоставленной дополнительной возможности для совершения этих посягательств и своевременной нейтрализации их последствий.

Нет сомнений, что наличие таких сведений – однозначное основание для избрания меры пресечения, в том числе и наиболее строгой из них – заключения под стражу (естественно, с учетом обстоятельств, перечисленных в ст. 99 УПК).

Но будем реалистами: далеко не во всех случаях (но можно сказать, в большинстве из них) следователь к моменту, когда у него возникает необходимость принятия решения об избрании меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого даже по уголовным делам о тяжких или особо тяжких преступлениях, такими сведениями располагает.

Именно поэтому в формулировании самого этого основания заложена вероятность перечисленных в нем действий подозреваемого/обвиняемого, подчеркивающая сугубо прогностическую функцию меры пресечения: «…Достаточные основания полагать, что обвиняемый, подозреваемый… *может* угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства, но путем воспрепятствовать производству по уголовному делу». Иными словами, предполагается, что данное лицо может учинить таковые посягательства на доказательства, однако, может таких попыток и не предпринимать.

Однако нам неизвестно ни одного рассмотренного судом с постановлением приговора уголовного дела, по которому бы, во-первых, на стадии предварительного расследования обвиняемому не избиралась та или иная мера пресечения. Во-вторых, в котором в качестве одного из оснований к ее избранию не указывалось бы, что обвиняемый «может угрожать свидетелю… воспрепятствовать производству по уголовному делу».

А потому, при всем своем глубочайшем пиететте перед правами человека и гражданина, необходимостью неукоснительного их уважения и соблюдения, мы учитываем реалии современной криминальной и правоприменительной практики в области уголовной юстиции, а потому позволим себе высказать несколько еретическую мысль.

Нет ли определенного правового ханжества в требовании доказанности оснований для избрания меры пресечения обвиняемому, тем более при избрании меры пресечения в отношении подозреваемого, решение о применении которой принимается, как правило, не только на первоначальном этапе предварительного расследования, но и в самом его начале? Иными словами, в условиях, когда доказывание наличия таких оснований, скажем прямо, не первоначальная задача следователя; ею в это время, очевидно, является раскрытие преступления и изобличение лица, его совершившего.

Иное дело, что реализация института мер пресечения должна быть процессом мобильным. Их избрание, изменение и отмена должны адекватно, динамично и своевременно реагировать на развитие следственной ситуации.

В частности, по многим уголовным делам, по которым в начале предварительного расследования были основания для заключения под стражу с учетом, повторим, ее прогностического характера, далее опасения, что данное лицо будет тем или иным образом посягать на доказательства или иным образом препятствовать следствию, ничем не подтвердились. Есть ли необходимость в дальнейшем его содержании под стражей? Очевидно, что нет.

Однако факты изменения такой меры пресечения на менее «жесткую» встречаются нечасто (не говоря уже об отмене меры пресечения вообще). Более того, как показывают наши наблюдения, встречающиеся случаи изменения содержания под стражей на другую меру пресечения чаще всего объясняются истечением установленного судом срока ее действия.

Иными словами, как обобщил позицию следователя и прокурора один адвокат при рассмотрении вопроса о продлении срока содержания под стражей его подзащитного, «по их мнению, срок его содержания под стражей должен быть продлен лишь потому, что его некогда, много месяцев назад, арестовали». Суд с этой позицией лиц, осуществляющих уголовное преследование, тем не менее согласился…

Тактически грамотное манипулирование следователем достаточно широким диапазоном мер пресечения, предусмотренных ст. 98 УПК (от подписки о невыезде до заключения под стражу) не только рационально скажется на формировании доказательств, но явится и действенным средством предупреждения посягательств на них и нейтрализации их последствий. Мы имеем в виду не только избрание одной из них, но и последующие ее изменения, учитывающие как личность обвиняемого/подозреваемого, так и его отношение к инкриминируемому ему деянию на определенном этапе расследования, в том числе сущность и характер даваемых им показаний.

Думается, такое манипулирование мерами пресечения может вплетаться и в систему таких широко известных в криминалистике

тактических комбинаций, как «разжигание конфликта» и «демонстрация возможностей следствия»[24].

В то же время очевидно, что такое тактическое манипулирование следователем мерами пресечения, не ущемляя его самостоятельности, должно находиться под постоянным ведомственным процессуальным контролем и прокурорским надзором.

Из числа предусмотренных главой 14 УПК иных мер процессуального принуждения нам представляется целесообразным особо остановиться на такой из них, как временное отстранение от должности (с учетом направленности данной работы).

Такая необходимость обусловливается тем, что основания для ее применения в уголовно-процессуальном законе изложены, на наш взгляд, достаточно аморфно, в самом общем виде, и едины для всех предусмотренных ст. 111 УПК иных мер процессуального принуждения – от обязательства о явке и наложения ареста на имущество до денежного взыскания.

«*В целях обеспечения* установленного настоящим Кодексом порядка уголовного судопроизводства, надлежащего исполнения приговора, – указано в ст. 111 УПК, – дознаватель, следователь или суд вправе применить к подозреваемому или обвиняемому следующие меры процессуального принуждения:

1) обязательство о явке;

2) привод;

3) временное отстранение от должности;

4) наложение ареста на имущество».

В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, дознаватель, следователь или суд вправе применить к потерпевшему, свидетелю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику и (или) понятому следующие меры процессуального принуждения (в ред. Федерального закона от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ):

---

[24] Об их сущности см.: *Баев О. Я.* Тактика следственных действий. М., 2013 ; *Его же.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. М., 2008 ; *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. Т. 3. М., 1997 ; *Зорин Г. А.* Руководство по тактике допроса. М., 2001 ; *Порубов Н. И.* Допрос в советском уголовном судопроизводстве, Минск, 1973 ; *Постовалов О. В.* Современные проблемы криминалистической тактики. М., 2009 ; *Шепитько В. Ю.* Теория криминалистической тактики. Харьков, 2002 ; и др.

1) обязательство о явке;

2) привод;

3) денежное взыскание.

Однако нет сомнений в том, что целевая направленность применения такой меры принуждения, как временное отстранение подозреваемого или обвиняемого от должности, в принципе отлична от наложения ареста на имущество этих лиц.

Более того, предусмотренный ст. 114 УПК правовой механизм временного отстранения от должности вообще самостоятельно не указывает на цели применения этой меры процессуального принуждения; «при необходимости временного отстранения от должности…», – указано в ней.

В то же время цели, например, наложения ареста на имущество и на ценные бумаги названы в законе совершенно четко и недвусмысленно:

«*Для обеспечения исполнения приговора* в части гражданского иска, других имущественных взысканий или возможной конфискации имущества, указанного в части первой статьи 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, следователь…» (ч. 1 ст. 115 УПК).

«*В целях обеспечения возможной конфискации имущества*, указанного в части первой статьи 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, либо в целях обеспечения возмещения вреда, причиненного преступлением, арест на ценные бумаги либо их сертификаты налагается…» (ч. 1 ст. 116 УПК).

Такой подход относительно определения целей применения этих мер процессуального принуждения, несомненно, абсолютно верен, ибо если не исключает в целом, то во многом снижает возможности для проявления волюнтаризма при принятии подобных решений.

И потому нет сомнений в необходимости его распространения и на временное отстранение от должности, для чего, на наш взгляд, целесообразно ч. 1 ст. 114 УПК предварить преамбулой примерно следующего содержания: «*При наличии достаточных оснований полагать, что, находясь в занимаемой должности, подозреваемый или обвиняемый может продолжать заниматься преступной деятельностью или уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу, сле-*

дователь имеет право на принятие решения о временном отстранении подозреваемого обвиняемого от должности».

Прежде чем перейти непосредственно к следующей проблеме защиты доказательств путем обеспечения следственной тайны, вновь повторим: все криминалистические средства реализуются лишь – и исключительно – в рамках уголовно-процессуального закона. Многие из них, по сути своей, представляют криминалистически (в первую очередь тактически) рациональное манипулирование средствами процессуальными, что требует для их выбора и реализации следователем (иным профессиональным участником уголовного процесса) принятия соответствующего тактического решения.

Эти решения должны в максимальной мере учитывать особенности сложившейся для него ситуации, потенциальные или реальные посягательства на доказательственную информацию и доказательства со стороны лиц, заинтересованных в определенном исходе уголовного дела.

Нет необходимости в очередной раз доказывать, что существующие уголовно-правовые и процессуальные механизмы (предупреждение свидетеля, потерпевшего или эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний/заключения и т.д.), непосредственно направленные на обеспечение дачи правдивых показаний свидетелями, потерпевшими, объективности заключения эксперта или специалиста, правильного перевода, мягко скажем, недостаточно эффективны.

И потому УПК предусмотрел и ряд других, ранее обозначенных правовых мер, также, по сути своей, направленных на защиту доказательств, сформированных (и формируемых) следователем в первую очередь на основе уголовно-релевантных сведений, сообщаемых на допросе и при производстве других следственных действий свидетелями, потерпевшими, иными непрофессиональными участниками уголовного судопроизводства.

Сразу скажем, что в данной работе тактические особенности реализации указанной в названных выше документах большей части мер обеспечения безопасности не рассматриваются, так как осуществляются они специальными средствами и методами, входящими в компетенцию оперативно-розыскных служб.

А потому в контексте нашего исследования далее мы остановимся лишь на тактических особенностях применения в рамках

рассматриваемой подсистемы тактической операции «Защита доказательств» процессуальных мер по сокрытию данных о личности следователем. И тут же заметим: в ряде случаев несовершенство отдельных положений УПК, регламентирующих это направление работы субъектов доказывания, в немалой мере затрудняет ее осуществление (что предопределяет необходимость рассмотрения в контексте самого предмета нашего исследования и этих проблем).

К примеру, одна из проблем, касающихся механизма обеспечения следственной тайны как средства защиты доказательств от посягательств на них, обусловлена действующей редакцией положений, закрепленных в ч. 4 ст. 220 и ч. 2 ст. 222 УПК.

В соответствии с названными нормами, «к обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны обвинения и защиты *с указанием их места жительства и (или) места нахождения*»; «копия обвинительного заключения с приложениями вручается прокурором обвиняемому».

Нам совершенно непонятна (тем более с учетом современной криминальной ситуации) цель, с которой УПК сохранил эти, заимствованные из предыдущего уголовно-процессуального законодательства, положения.

Вряд ли их можно объяснить желанием законодателя всемерно обеспечить гарантии прав и законных интересов обвиняемого или потерпевшего (а иной, даже гипотетически представляемой, цели, на достижение которой направлены эти положения, мы не видим; если всерьез не считать таковой «рационализацию» работы секретаря судебного заседания по вызову лиц в судебное заседание).

Как, в частности, отсутствие сведений о местожительстве потерпевшего, свидетелей со стороны обвинения в приложении к обвинительному заключению может сказаться на обеспечении права обвиняемого на свою защиту?

А вот облегчить ему возможность негативно воздействовать на этих лиц такие сведения вполне могут. Более того, как (и, добавим, зачем) выполнять данное предписание ст. 220 УПК, когда отдельные из этих лиц принимали участие в деле под псевдонимом (о чем будет говориться чуть ниже)[25]?

[25] Заметим, что на нее также неоднократно обращалось внимание в литературе, в том числе и автором настоящей работы. См.: *Баев О. Я.* Обвинительное заключение : структура и содержание // Уголовный процесс. 2007. № 4 (28).

Поэтому мы предлагаем *ч. 4 ст. 220 УПК изложить в следующей редакции: «К обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны обвинения и защиты».*

На нескольких проблемах, связанных с тактическим механизмом сокрытия данных о личности, в контексте данной части нашей работы необходимо остановиться более подробно.

В соответствии с ч. 9 ст. 166 УПК предоставляет следователю возможность в случаях возникновения для того необходимости присваивать псевдоним потерпевшему, его представителю и свидетелю, *при* производстве с их участием *следственных действий*, в протоколах которых потому не приводятся данные об их личностях.

Текстуально это норма, вновь ее воспроизведем, сформулирована следующим образом: «При необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют потерпевший, его представитель или свидетель, не приводить данные об их личности. В этом случае следователь с согласия руководителя следственного органа выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается, приобщается к уголовному делу и хранится при нем в условиях, исключающих возможность ознакомления с ним иных участников уголовного судопроизводства. В случаях, не терпящих отлагательства, указанное следственное действие может быть произведено на основании постановления следователя о сохранении в тайне данных о личности участника следственного действия без получения согласия руководителя следственного органа. В данном случае постановление следователя передается руководителю следственного органа для проверки его законности и обоснованности незамедлительно при появлении для этого реальной возможности».

С этими положениями всецело коррелируются правовые механизмы, обеспечивающие безопасность (а потому – и в первую очередь – преследующие цель защиты формируемых и уже сформиро-

ванных доказательств) лица, с которым в досудебном производстве по уголовному делу заключалось досудебное соглашение о сотрудничестве. В частности, напомним, что «в случае возникновения угрозы безопасности подозреваемого или обвиняемого материалы уголовного дела, идентифицирующие его личность, изымаются из возбужденного уголовного дела и приобщаются к уголовному делу в отношении подозреваемого или обвиняемого, выделенному в отдельное производство» (ст. 154 УПК).

Как видим, правовой механизм сокрытия сведений о перечисленных в приведенных правовых нормах участниках производства по уголовному делу прописан достаточно подробно; практическая же его реализация дополняется разрабатываемыми в этом отношении криминалистами тактическими рекомендациями.

Так, совершенно верно заметив, что «самым распространенным следственным действием, при котором выполняются мероприятия по сокрытию данных о личности, является допрос», А. Н. Халиков (имеющий многолетний следственный опыт) сформулировал приводимую ниже систему рекомендаций по допросу лиц под псевдонимами.

Обоснованность многих из них вызывает у нас определенную настороженность. Тем не менее мы считаем необходимым ряд из них без каких-либо авторских комментариев здесь воспроизвести, что еще раз подчеркнет актуальность и неоднозначность возможных решений в этом направлении защиты доказательств.

В частности, по мнению этого автора, «кроме указания в протоколе допроса несуществующих персональных сведений, необходимо выполнить следующие действия для исключения возможности расшифровки сведений о скрываемом участнике уголовного судопроизводства:

– текст показаний свидетеля или потерпевшего составлять из обычных слов и предложений, без индивидуальных признаков речи, характерных для допрашиваемого лица;

– составлять текст допроса без указания источника осведомленности допрашиваемого лица (если нет такой необходимости по делу), минимизируя ненужные для следствия детали дела, о котором идет речь <…>.

«Одним из тактических приемов обеспечения безопасности свидетеля с одновременной дезориентацией обвиняемых и их

представителей, – далее дает рекомендацию А. Н. Халиков, – является составление двух протоколов допросов одного и того же лица. При этом в первом протоколе, где приводятся его подлинные данные, могут содержаться ничего не значащие показания (но не ложные, поскольку это будет нарушением закона). Интересующая следствие информация заносится в другой протокол, в котором персональные данные о допрашиваемом лице изменены. Такой прием будет оптимальным в случае, если указанный свидетель известен обвиняемому, и последний понимает, что известное ему лицо в ходе следствия обязательно будет допрошено»[26].

В то же время рекомендации, предлагаемые в изучаемом отношении другими исследователями, вызывают у нас, в реалиях концептуальных положений действующего уголовно-процессуального закона, резкое неприятие.

В частности, Б. А. Мириев в своей кандидатской диссертации пришел к выводу о необходимости, в целях недопущения криминального воздействия на свидетелей, потерпевших, законодательного закрепления права следователя не знакомить обвиняемого и его защитника с протоколами допросов потерпевших, а также тех, кто свидетельствует против обвиняемого, поскольку их показания он услышит в суде[27].

Такой путь разрешения данного вопроса – и на это уже обращалось внимание в литературе – в принципе противоречит презумпции невиновности и самым существенным образом ограничивает право на защиту в уголовном процессе в современном его структурном образовании[28].

Однако есть еще одна, не менее, если не более актуальная проблема, связанная с сокрытием данных о личности в уголовном судопроизводстве.

---

[26] *Халиков А. Н.* Должностные насильственные преступления, совершаемые в правоохранительной сфере. М., 2010. С. 380–381.

[27] См.: *Мириев Б. А.* Окончание предварительного расследования в уголовном процессе Российской Федерации : вопросы теории и практики : дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С. 96–97.

[28] См.: *Фирсов С. Н., Шубина Н. Ф.* Проблемные вопросы реализации статьи 217 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Обеспечение подозреваемому, обвиняемому, подсудимому, осужденному права на защиту. Саранск, 2013. С. 163.

Как известно, возбуждению уголовного дела, производству по нему следственных действий обычно предшествует доследственная проверка, в процессе которой от пострадавшего от преступления (в ходе расследования признаваемого, как правило, потерпевшим), очевидцев совершенного деяния, затем вовлекаемых в расследование в качестве свидетелей, отбираются заявления и объяснения.

Именно эти материалы служат информационной базой принятия решения о возбуждении уголовного дела, свидетельствуют о его обоснованности (или необоснованности), а потому включаются (что по указанной причине совершенно верно) в содержание уголовного дела. А с ним в полном объеме сторона защиты в конечном счете знакомится в порядке выполнения требований ст. 217 УПК.

В то же время УПК не предусматривает какого-либо правового механизма для сокрытия при этом данных о личностях этих потенциальных участников уголовного процесса лиц *на стадии возбуждения уголовного дела*. А потому эти лица стороной защиты легко могут быть «расшифрованы» при ознакомлении с материалами доследственной проверки даже если при производстве предварительного расследования они будут в нем участвовать под псевдонимами. Нет сомнений, что это может быть использовано, и практика показывает – уже используется с целью принуждения потерпевших и свидетелей к изменению в суде ранее данных ими показаний, во всяком случае, существенно облегчит заинтересованным в исходе уголовного дела лицам возможность оказания такого противоправного воздействия.

О повышенной актуальности этой проблемы в настоящее время свидетельствует и постановление Конституционного Суда РФ, принятое по результатам изучения жалобы об отказе правоохранительных органов предоставить для ознакомления заявителю отказный материал по поданному им заявлению о преступлении в полном объеме, в следующей ситуации.

Должностные лица правоохранительных органов и суды общей юрисдикции неоднократно отказывали заявителю в удовлетворении его ходатайств об ознакомлении с материалами проверки причин смерти его брата, найденного повешенным в камере ИВС, куда он был помещен за 2 дня до того по подозрению в совершении

преступления. Основанием для принятия таких решений являлось то, что данные материалы содержали охраняемые Законом о государственной тайне секретные сведения в области оперативно-розыскной деятельности.

Придя к выводу, что данные решения подлежат пересмотру, КС указал: «*Органы, рассматривающие вопрос о возбуждении уголовного дела*, [должны] *изыскивать – до ознакомления заинтересованных лиц с этими материалами – адекватные правовые средства, которые позволили бы обеспечить их процессуальные права и право на информацию и вместе с тем не создавали бы дополнительные риски в отношении сохранности государственной тайны* (выделено нами. – *О. Б.*), имея при этом в виду недопустимость раскрытия сведений об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий»[29].

Обобщая изложенное, мы полагаем целесообразным – и в целях защиты доказательств, практически повышенно значимым дополнение *ч. 9 ст. 166 УПК следующим положением: «При принятии решения о производстве следственных действий с потерпевшим, его представителем, свидетелем под псевдонимом, оригиналы данных этими лицами на стадии возбуждения уголовного дела заявлений, объяснений заменяются удостоверенными следователем их копиями. В них сведения об их личности заменяются присваиваемым лицу псевдонимом. Подлинники этих материалов помещаются в тот же конверт, что и постановление о сохранении в тайне этих данных».*

Сущность еще одной проблемы, связанной с данным элементом тактической операции по защите доказательств, видна из следу-

[29] Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 21 и статьи 21.1 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» в связи с жалобой гражданина О. А. Лаптева» от 6 ноября 2014 г. № 27-П. URL: http://www.garant.ru/hotlaw/federal/582962/

ющего положения ст. 278 УПК: «В случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями» (ч. 6).

В первую очередь при анализе данного положения обратим внимание на то, что раскрытие указанных в нем сведений является правом, а не обязанностью суда.

А потому тут же возникает вопрос: что может служить основанием для заявления стороной такого, как специально оговаривается в данной статье УПК, обоснованного ходатайства?

По мнению отдельных комментаторов этого положения, мотивированными ходатайствами следует признавать те, «в которых указываются данные, свидетельствующие о заинтересованности лица, дающего показания, в исходе дела, либо иные, подтверждающие фальсификацию доказательств»[30].

Конечно же, в ряде случаев на это могут указывать некоторые симптомы лжесвидетельства, содержащиеся в показаниях, даваемых допрашиваемым под псевдонимом, их противоречие другим исследуемым судом доказательствам, и т.п.

Однако мы не представляем себе*, как без знания подлинных данных о личности потерпевшего (а он, напомним, допрашивается в суде в порядке, установленном ст. 278 УПК) сторона защиты может прийти к выводу о наличии оснований, скажем, для отвода того или иного участника судебного разбирательства* (судьи, государственного обвинителя; эта проблема, естественно, в соответствующей интерпретации в отношении отводимых лиц, значима и для обеспечения прав подозреваемого/обвиняемого при участии потерпевшего под псевдонимом в производстве следственных действий и на стадии предварительного расследования)?

Весьма симптоматична оговорка в приведенном комментарии к ст. 278 УПК о том, что одним из оснований для ходатайства о рас-

---

[30] *Коротков А. П., Тимофеев А. В.* 900 ответов на вопросы прокурорско-следственных работников по применению УПК РФ. М., 2004. С. 391. Во многих других из известных нам подобных изданий это положение, по существу, не комментируется вовсе.

крытии подлинных сведений о лице, дающем показания под псевдонимом, является наличие данных, подтверждающих фальсификацию доказательств.

Не секрет, что в ряде случаев под псевдонимом и на предварительном следствии, и в судебном разбирательстве уголовного дела в качестве чаще всего свидетелей допрашиваются лица, на конфиденциальной основе сотрудничающие с сотрудниками оперативно-розыскных служб, в связи с чем их показания обычно имеют обусловленную этим обстоятельством очевидную направленность.

Более того, практика сталкивается с прямыми фальсификациями протоколов допроса лиц, якобы допрошенных на предварительном следствии под псевдонимами.

Показательны в этом отношении следующие примеры из неопубликованной судебной практики.

Лицо, давшее конкретные, прямо изобличающие обвиняемого показания, на предварительном следствии было допрошено под псевдонимом. Государственный обвинитель предъявил суду справку медицинского учреждения, выданную по запросу сотрудника оперативно-розыскного органа. В справке говорилось, что указанное в запросе лицо (в самом этом документе данные о его личности отсутствовали) после перенесенного инсульта не может явиться в суд и дать показания. На этом основании в соответствии со ст. 281 УПК прокурор заявил ходатайство об оглашении показаний этого свидетеля.

Возражая против его удовлетворения, защитник подсудимого, обратив внимание суда на указанное выше содержание справки медучреждения, в свою очередь заявил ходатайство о раскрытии подлинных сведений об этом свидетеле.

Отказав в его удовлетворении, суд тем не менее по собственной инициативе проверил достоверность данных об этом свидетеле, содержащиеся в постановлении следователя о присвоении этому свидетелю псевдонима (хранившемся, как того требует ч. 9 ст. 166 УПК, в опечатанном конверте в материалах уголовного дела).

Справка соответствующей службы о том, что лицо с указанными в постановлении следователя и приведенными в запросе суда данными о его паспорте и личности, не существует, не только явилась основанием для отказа в удовлетворении ходатайства государственного обвинителя об оглашении показания свидетеля. Ее

содержание было положено в основу впоследствии вынесенного судом по этому поводу частного определения в адрес надзирающего за данным уголовным делом прокурора (признаемся, что о результатах прокурорского на него реагирования автору неизвестно).

Второй пример.

В фабуле предъявленного Е. обвинения по п. «в» ч. 3 ст. 228.1 УК указывалось, что подсудимый неоднократно продавал наркотики несовершеннолетним, допрошенным на предварительном следствии под псевдонимами «Иванов», «Петров», «Сидоров». Суд, ознакомившись по ходатайству защитника с соответствующими материалами, убедился, что под этими псевдонимами скрывались данные об одном и том же лице, что и нашло затем соответствующее отражение в постановленном по делу приговоре.

В приведенных случаях, как видим, суд проявил вполне допустимую инициативу в объективной проверке обстоятельств, связанных с установлением личности свидетеля допрошенного (в первом из них якобы допрошенного) на предварительном следствии под псевдонимом. Но оставлять возможность принятия таких решений судом, согласно действующему УПК, исключительно на его усмотрение нам представляется с правовой точки зрения некорректным.

Поэтому, думается, ч. 6 ст. 278 должна быть изложена примерно в такой редакции: «*Суд при необходимости исследования существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств по ходатайству одной из сторон предоставляет сторонам возможность ознакомиться с подлинными сведениями о дающем показания лице. В этом случае в отношении данного лица при необходимости применяются дополнительные меры обеспечения безопасности*».

Кроме рассмотренной выше ситуации сокрытия сведений о личности потерпевшего и свидетеля, уголовно-процессуальный закон предусматривает и возможность – несомненно, с той же целью – защиты доказательств, временного сокрытия факта задержания подозреваемого, а следовательно, и в первую очередь сокрытие сведений о личности задержанного. А потому необходимость реализации такового права также является одним из элементов тактической операции по защите доказательств.

Здесь мы имеем в виду следующие предписания, содержащиеся в ст. 96 УПК:

«1. Дознаватель, следователь не позднее 12 часов с момента задержания подозреваемого уведомляет кого-либо из близких родственников, а при их отсутствии – других родственников или предоставляет возможность такого уведомления самому подозреваемому <…>.

4. При необходимости сохранения в интересах предварительного расследования в тайне факта задержания уведомление с согласия прокурора может не производиться, за исключением случаев, когда подозреваемый является несовершеннолетним».

Нет сомнений, что возможность временно не уведомлять близких родственников подозреваемого о факте его задержания учитывает реалии следственной практики. Таковая необходимость обусловливается установленным или с высокой степенью вероятности предполагаемым фактом совершения преступления, по которому задержан подозреваемый, группой лиц по предварительному сговору, тем более – организованной группой лиц.

В частности, «в подобных ситуациях, – совершенно обоснованно отмечается в литературе, – очень важно в течение некоторого времени скрывать факт задержания отдельных лидеров преступной среды с тем, чтобы воспрепятствовать оставшимся на свободе сообщникам задержанного предпринять противоправные меры противодействия установлению истины в ходе расследования преступления»[31].

Но при более углубленном анализе этого элемента тактической операции по защите доказательств возникает несколько проблем, в определенной мере затрудняющих его практическую реализацию, которые, думается нам, нуждаются в своем процессуальном разрешении.

Как видим из приведенной нормы, решение о «неуведомлении» близких родственников подозреваемого о факте его задержания следователь принимает по согласованию с прокурором. Однако с учетом современной функции и полномочий прокурора в досудебном производстве вряд ли он в принципе должен являться субъектом дачи такого согласия.

Думаем, что это положение сохранено в законе лишь вследствие недостатков в юридической технике. Напомним, что даже

[31] Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А. А. Чекалина. М., 2006. С. 323.

решение о производстве следственных действий с лицом под псевдонимом следователь в настоящее время принимает по согласованию не с прокурором, как то предусматривала первоначальная редакция ст. 166 УПК, а с руководителем следственного органа.

Но более опасно в изучаемом отношении следующее.

УПК *не оговаривает*, в каком процессуальном акте должно быть отражено такое решение должностного лица (следователя, оперативного сотрудника), задержавшего подозреваемого; должен ли вообще выноситься такой акт в подобных случаях и в какой форме должно отражаться согласие соответствующего должностного лица с принятым следователем (оперативным сотрудником) по своему усмотрению решением о «неуведомлении».

Отсутствие в уголовно-процессуальном законе регламентации этой ситуации как раз и размывает границу между допустимым усмотрением в этом отношении с целью защиты доказательств со стороны лица, осуществляющего досудебное производство по уголовному делу, и злоупотреблением им правом на «неуведомление» о факте задержания подозреваемого, что, очевидно, не соответствует самим принципам уголовного судопроизводства.

О распространенности и повсеместности «неуведомления» близких родственников подозреваемого о его задержании свидетельствуют результаты социологического исследования, проведенного Л. Левинсоном, согласно которым каждый пятый из опрошенных им адвокатов отметил, что с этими фактами они сталкивались в 80 % и более случаев[32].

Скажем более: по нашим включенным наблюдениям, зачастую не только близкие родственники подозреваемого не уведомляются о факте его задержания, но они, и даже приглашенный кем-либо из них адвокат, испытывают серьезные и длительные сложности в установлении того, доставлялось ли (и находится ли) вообще данное лицо в помещении некоего правоохранительного органа.

В этой связи мы предлагаем ч. 4 ст. 96 УПК изложить в следующей редакции: «*О необходимости сохранения в тайне факта задержания следователем выносится согласуемое с руководителем следственного органа постановление; дознавателем данное постановление согласуется с прокурором*».

---

[32] См.: *Левинсон Л.* Злоупотребления в уголовном процессе глазами адвокатов. URL: hrights.ru›text/zlo-sud/zloupotr adv.pdf

В настоящее же время данное наше предложение, как это нам представляется, должно реализовываться следователями в качестве собственно тактической рекомендации в рамках проведения рассматриваемой нами операции по защите доказательств (но, видимо, с учетом действующей редакции рассматриваемой статьи свое постановление о сокрытии факта задержания подозреваемого следователь должен согласовывать с прокурором). Следование ей сделает «прозрачным» поведение в этом отношении субъекта доказывания. Оно наглядно продемонстрирует приверженность следователя к обеспечению прав и законных интересов личности, а потому – объективность осуществляемого им расследования преступления в целом.

2.2. Проверка и объективизация признательных показаний подозреваемого, обвиняемого, показаний других лиц; проблемы защиты доказательств в условиях заключения досудебного соглашения о сотрудничестве

Нет сомнений, что по многим уголовным делам получение от подозреваемого или обвиняемого признательных показаний крайне желательно. Ведь только он, если, естественно, действительно совершил преступление, может знать все его детали и обстоятельства, к примеру, указать места сокрытия орудия преступления, трупа (его останков), предметов, которыми он завладел в результате совершения преступления, назвать своих соучастников (в том числе и организаторов или заказчиков преступления). При расследовании должностных преступлений зачастую только подозреваемый, обвиняемый, признаваясь в их совершении, может указать на документы, в которых отражены («задокументированы») все его стадии – от подготовки до сокрытия его противоправных действий и т.д.

Именно лишь в этом своем уникальном качестве – как источник получения других доказательств о тех обстоятельствах, которые мы назвали выше (о местах сокрытия отдельных объектов, соучастниках и т.д.), признательные показания представляют самостоятельную доказательственную ценность. «Признание вины, – верно в этой связи пишет в своем диссертационном исследовании В. Н. Перекрестов, – традиционно считается источником доказательств при условии, что оно сопровождается сведениями о противоправных действиях, совершенных обвиняемым (подозрева-

емым), проверяется и оценивается в совокупности с другими доказательствами, добытыми по уголовному делу»[33].

В то же время, однако, нельзя также не учитывать и ценность эмоционально-психологической составляющей признательных показаний: будем реалистами, если лицо признается в инкриминируемом ему преступлении, то, как правило, для следователя это весьма серьезный психологический и эмоциональный довод об обоснованности версии о совершении данного преступления именно этим лицом. Скажем более: зачастую такое же значение признательные показания – даже если подсудимый затем от них отказался (об этой проблеме будет говориться далее) – имеют при судебном разбирательстве уголовных дел.

И потому желание следователя получить при расследовании от подозреваемого, обвиняемого такого рода показания вполне логично с точки зрения доказывания и не менее объяснимо с точки зрения психологии.

Этим же, по нашему разумению, объясняется, что разрабатываемая многими поколениями теоретиков и практиков расследования преступлений тактика допроса преимущественно направлена на рационализацию допустимой деятельности следователя для получения от подозреваемого, обвиняемого достоверных признательных показаний по существу инкриминируемого ему преступления.

К примеру, один из основоположников криминалистики А. Вейнгарт на первой же странице своего классического «Руководства к расследованию преступлений» сформулировал такие значимые и для настоящего времени рекомендации по тактике допроса подозреваемого/обвиняемого:

«На отказ обвиняемого от ответов следователь должен смотреть не как на ослушание его или неуважение и не как на улику против обвиняемого, а как на пользование своим правом, причем однако, рекомендуется разъяснять обвиняемому, что, отказываясь давать ответы, он оставляет без опровержения все предоставленные против него улики. Следователь (судья) допрашивает обвиняемого совершенно так же, как и свидетеля, с той разницей, что, не требуя настойчиво ответов на вопросы, дает возможность высказываться по поводу выясненных следствием обстоятельств, не предъяв-

[33] *Перекрестов В. Н.* Уголовно-процессуальное значение признания вины в России : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 9.

ляя только таких улик, немедленное сообщение которых могло бы иметь последствием сокрытие следов преступления.

Если обвиняемый сознаётся в преступлении, то следует предоставлять ему возможность вполне высказать сознание, не мешая ему излить свою душу, так как прерванный неуместным вопросом или нетерпеливым замечанием дающий откровенное показание обвиняемый может остановиться в своих признаниях, и следователь лишится самых ценных данных.

Необходимо озаботиться лишь, чтобы такое откровенное признание заключало в себе ответы на главнейшие вопросы, а именно: когда, где и при каких обстоятельствах совершено преступление, сам ли обвиняемый задумал его совершение или это было внушено ему другими, когда и кем именно; какими средствами и откуда добытыми совершено преступление; кто из соучастников и чем именно воспользовался после содеянного преступления и кому, когда и где сбыты вещи, добытые преступлением; где находятся прочие соучастники преступления, их приметы, связи и пр. Таким образом выясняется степень искренности сознания, и очень часто первоначально неполное сознание постепенно обращается в полное откровенное показание, а обвиняемому затрудняется возможность отказа впоследствии от сделанных признаний» (выделено нами. – О. Б.)[34].

А потому далеко не случайно, что по большинству уголовных дел в результате грамотного тактического поведения следователя в определенный момент (как правило, в достаточно короткий срок после задержания или ареста) подозреваемые и обвиняемые дают признательные показания о совершении вменяемых им деяний. От которых, тем не менее, зачастую, несмотря на приведенное замечание А. Вейнгарта, затем отказываются.

Причины этой, увы, обычной для уголовного судопроизводства ситуации А. Ф. Кони объяснял следующим образом. Обвиняемый «начинает обдумывать все сказанное им, видит, что дело не так страшно, каким казалось сначала, что против некоторых улик можно придумать опровержение… Опыт, даваемый уголовною практикою, приводит к тому, что в большей части преступлений, в которой виновность преступника строится на косвенных доказатель-

[34] *Вейнгарт А.* Уголовная тактика. Руководство к расследованию преступлений. СПб., 1912. С. 1.

ствах, на совокупности улик, и лишь отчасти подкрепляется его сознанием, это сознание несколько раз меняет свой объем и свою окраску»[35].

Такие отказы от сделанных «признаний» имеют место либо еще до окончания предварительного расследования, либо в процессе судебного рассмотрения дела. «Штатными» объяснениями со стороны обвиняемых/подсудимых причин ранее данных показаний являются то, что таковые давались в результате примененного к ним физического и/или психического насилия сотрудниками правоохранительных органов (что, как о том подробно говорилось выше, действительно, далеко не исключение в правоохранительной практике).

В этой связи аксиоматичным нам представляется, что первым «шагом» рассматриваемой нами подсистемы тактической операции «Защита доказательств» – защитой от «внутренних им угроз» является объективная проверка обстоятельств, при которых подозреваемый, обвиняемый дал признательные показания; иными словами, – установление допустимости сформированного на их основе доказательства.

Многие связанные с этим проблемы рассмотрены нами выше. Здесь лишь вкратце напомним несколько тактических рекомендаций в этом отношении.

1. Допрос данного лица должен производиться с участием приглашенного им (или назначенного ему) адвоката-защитника.

2. Для исключения вероятности дачи таких показаний подозреваемым, обвиняемым (другим лицом, не наделенным к этому моменту неким процессуальным статусом) в результате применения к нему с этой целью противоправных мер принуждения, в частности, и как минимум принуждения физического, *до и после допроса* данный субъект должен быть подвергнут судебно-медицинскому освидетельствованию. Цель данной рекомендации очевидна: отсутствие телесных повреждений, которые могли быть получены при применении принуждения к даче показаний, будет объективно опровергать «штатную» версию данного лица о причине дачи им таких показаний в случае последующего от них отказа[36].

---

[35] *Кони А. Ф.* Избранные произведения. Т. 1. М., 1966. С. 155.

[36] Делая такой вывод, однако надо учитывать, что для принуждения к даче показаний зачастую сотрудниками правоохранительных органов применяют-

3. С той же целью, а также для предупреждения не менее высокой вероятности последующего объяснения лицом причин дачи им признательных показаний в результате применения мер недопустимого психического насилия является крайне рациональным весь процесс допроса (как и, как правило, предшествующих «бесед» с ним оперативных сотрудников) фиксировать техническими средствами (аудио- и видеозаписью).

Две последние в этом отношении, также подробно обоснованные выше ремарки.

4. Доказательство, сформированное на основе признательных показаний подозреваемого, обвиняемого, другого лица, полученных в результате примененного к нему противоправного принуждения – если даже достоверность составляющей их содержание информации не ставится под сомнение – априори есть доказательство недопустимое, использовать его в доказывании невозможно.

5. К содержащейся в таких недопустимых доказательствах информации следует относиться как к «плодам отравленного дерева», остро дискуссионная проблема возможности использования которых (и наше по ней мнение) также изложены выше.

Не менее аксиоматично, что показания лица, признавшего себя виновным в инкриминируемом ему преступлении, требуют тщательной проверки и объективного закрепления. И потому совершенно не случайно уголовно-процессуальный закон предупреждает, что признание обвиняемым своей вины может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении признания совокупностью имеющихся доказательств по делу (ст. 77 УПК).

В основе проверки достоверности даваемых лицом признательных показаний – можно сказать, «второго» шага алгоритма рассматриваемой подсистемы тактической операции «Защита доказательств» – должны лежать следующие посылки.

1. Непротиворечие этих показаний «узловым», объективно установленным фактам расследуемого преступления: о способе и месте совершения данного преступления против личности, его мотивах (если таковые на момент допроса этого лица сомнений не вызывают и существенны для оценки даваемых показаний).

ся методы физического насилия, которые не оставляют видимых следов телесных повреждений.

Так, В. признал себя виновным в том, что убил З., нанеся ему несколько ударов по голове молотком. Однако, согласно заключению судебно-медицинской экспертизы, смерть З. наступила в результате удушения, а следов телесных повреждений, которые могли бы быть причинены ударами молотка, на голове потерпевшего не имелось. Объяснить эти противоречия В. не мог; последующее расследование показало, что В. оговорил себя в убийстве, будучи психически больным человеком.

Другой пример из следственной практики.

Признавая себя виновным в нанесении телесных повреждений, Ю. в то же время категорически утверждал, что никаких ценностей у потерпевшего У. он не забирал (на У. было совершено разбойное нападение и отобран планшетный компьютер). Это противоречие вызвало сомнения в достоверности данных Ю. показаний. Проверка их показала, что Ю. «взял на себя» разбойное нападение, совершенное его братом. Ю. в дальнейшем пояснил, что, давая признательные показания, он был вынужден в то же время отрицать факт завладения планшетом, так как не придумал, как объяснить, куда он его дел.

2. Соответствие даваемых показаний объективным фактам, установленным до получения таких показаний (в ходе осмотра места происшествия, обыска, допросов иных лиц, чьи показания, на взгляд следователя, не вызывают сомнений в своей достоверности). Эти факты могут касаться как существенных обстоятельств, непосредственно составляющих предмет доказывания по данному делу, так и обстоятельств менее значительных, однако указывающих на то, что допрашиваемый действительно знает даже мельчайшие нюансы, связанные с обстановкой происшедшего.

Давая признательные показания, К. пояснил, что с Н. он в своей квартире распил две бутылки водки, после чего между ними произошла ссора, в результате которой он убил Н. После убийства он ушел и был задержан спустя несколько дней, когда в его квартире был обнаружен труп Н.

Следователь ограничился этими показаниями К., не сопоставив их даже с протоколом осмотра места происшествия, согласно которому на столе в квартире К. стояли не две, а четыре бутылки из-под спиртных напитков, и потому, естественно, не устранил данного противоречия.

К. на следующий же день после дачи признательных показаний от них категорически отказался, заявив, что они давались в результате физического воздействия на него работниками милиции (наличие на теле К. многочисленных следов побоев спустя два дня было подтверждено судебно-медицинской экспертизой).

Указанное противоречие между объективными данными об обнаруженных бутылках и показаниями К. в этой части позволило защите выдвинуть версию о том, что убийство Н. было совершено не К., а другим лицом, с которым Н. после ухода К. распил бутылку коньяка и бутылку вина. Эта версия опровергнута не была. В конечном счете уголовное преследование в отношении К. было прекращено.

3. Наличие в признательных показаниях деталей, нюансов описываемых событий, которые нельзя выдумать, свидетельствующих о достоверности данных показаний. Значимость этих «частностей» иногда своевременно следователем не осознается: далеко не всегда они фиксируются следователем в протоколе допроса; он, как правило, является продуктом совместного творчества допрашиваемого и следователя. Вот почему так важно (кроме причин для того, обоснованных выше) использовать при допросе такого лица вспомогательные средства фиксации его показаний – аудио- или видеозапись, которая отразит все, в том числе, казалось бы, несущественные моменты и даже оговорки в его показаниях. Особенно важны они для использования в той ситуации, когда данное лицо в дальнейшем отказывается от данных ранее признательных показаний. Анализ соответствующей аудио- или видеозаписи позволяет выявить такие частности в показаниях этого лица и тактически правильно их использовать как в последующих его допросах, так и при составлении обвинительного заключения в части обоснования достоверности именно признательных, а не последующих показаний обвиняемого.

Например, С., признавая себя виновным в совершении убийства А., объяснил, что непосредственно после убийства он не смог как следует закопать труп (была зима) и спрятал его в полуосыпавшейся яме, забросав ветками и снегом. Весной же, боясь, что труп будет обнаружен, он пришел на место его захоронения, выкопал рядом глубокую яму и перезахоронил в нее останки А. (там они спустя полтора года и были случайно обнаружены).

Давая признательные показания, С. в том числе показал, что, когда он перезахоранивал труп, он заметил, что кисть левой руки трупа была обглодана мышами. Следователь (им был автор настоящей работы) сразу не оценил значение этой детали и в протокол допроса С. (в силу, как он полагал, некоей патологичности) ее не внес. В то же время эти показания С. были записаны на магнитную ленту.

В дальнейшем С. сделал попытку частично от них отказаться, в том числе от факта перезахоронения трупа А.

«Выловив» указанную выше деталь при прослушивании аудиозаписи, следователь затем при повторном допросе С. воспроизвел ее обвиняемому и предъявил ему заключение судебно-медицинской экспертизы трупа А., обратив его внимание на даты этих документов. После чего предложил С. объяснить, откуда он мог, не перезахоранивая труп, знать еще до экспертов о такой детали, как обглоданная животными именно кисть и именно левой руки трупа. Поняв невозможность как-либо убедительно объяснить эту свою «виновную осведомленность», С. был вынужден вновь подтвердить факт перезахоронения трупа А., одновременно вновь признав и другие обстоятельства совершения им убийства потерпевшего[37].

Из приведенного примера становится очевидной необходимость использования при допросе лица, признающего себя виновным, дополнительных средств фиксации показаний: аудио- и видеозаписи (последняя предпочтительней) для восполнения недостатков следователя, допущенных им при составлении протокола допроса лица, давшего эти показания. Главным же образом рациональность фиксации всего процесса и результатов допроса техническими средствами обусловливается необходимостью предупреждения попытки допрошенного отказаться от данных признательных показаний по причине того, что таковые были им даны в результате применения к нему незаконных методов ведения следствия. Во всяком случае, наличие аудио- или видеозаписи позволит суду объективно оценить обоснованность подобных объяснений.

Такой анализ может привести к выводу, что на допрашиваемое лицо действительно оказывалось неправомерное воздействие. К примеру: запись отразила его неадекватное физическое или психи-

[37] См.: *Баев О. Я.* Магнитофонная запись показаний обвиняемого помогла суду в установлении истины // Следственная практика. М., 1968. № 80.

ческое состояние в процессе допроса, оглашение им «под запись» признательных показаний с бумажного их текста, и т.д. Либо, напротив, о том, что принуждение к даче показаний в процессе к нему не применялось.

Для иллюстрации приведем пример из опубликованной следственной практики.

Следователи, расследовавшие убийство одного из ответственных сотрудников МВД Республики Татарстан, пишут, что допросы подозреваемых проводились с применением видеозаписи. «Во время допросов, кроме подозреваемого, защитника и следователя, никого не было. Подозреваемым предоставлялась возможность пить кофе и чай, курить, свободно общаться с адвокатом, их руки не были скованы наручниками.

Когда в суде двое из обвиняемых отказались от своих показаний, заявив, что они давались под принуждением, судья, просмотрев видеозапись допросов, усомнился в правдивости их новых доводов, прокомментировав видеозапись фразой о том, что «никогда ранее не видел таких комфортных условий при допросах на предварительном следствии»[38].

Средством закрепления признательных показаний лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, а следовательно, защиты опосредованного в протоколе соответствующего допроса доказательства по праву является проверка его показаний на месте происшествия.

В соответствии с редакцией ст. 194 УПК, проверка показаний на месте производится «*в целях установления новых обстоятельств*, имеющих значение для уголовного дела, показания, ранее данные подозреваемым или обвиняемым, а также потерпевшим или свидетелем, могут быть проверены или уточнены на месте, связанном с исследуемым событием» (выделено нами. – *О. Б.*). А потому результаты этого следственного действия являются убедительным средством объективного подтверждения достоверности показаний лица, признавшего себя виновным в совершении преступления против личности, в том случае, когда в процессе ее проведения подозреваемый (обвиняемый):

---

[38] *Беляев М. В., Ульянченко О. Е.* Использование возможностей биллинга в расследовании заказного убийства // Следственная практика. Вып. 4 (165). М., 2004. С. 35.

– указывает на отдельные места, связанные с совершенным преступлением (места подготовки, совершения деяния, сокрытия его следов), о которых могло знать лишь лицо, действительно совершившее преступление, и на которых ранее или в ходе следственного действия обнаружены объективные данные, свидетельствующие о криминальном (и криминалистическом) значении этих мест;

– демонстрирует свои действия при совершении преступления, соответствующие объективным данным о них, полученным ранее, либо достоверность которых подтверждается дальнейшим расследованием.

Приведем несколько примеров, иллюстрирующих данное положение.

Давая пояснения в ходе проверки показания на месте происшествия, Ж. указал место, находясь на котором, он поджидал жертву, и указал на несколько находящихся там окурков, пояснив, что они от сигарет, выкуренных им в то время. В рамках этого следственного действия эти окурки были изъяты; в дальнейшем судебно-медицинская экспертиза установила, что обнаруженная на них слюна принадлежит Ж.

Был обнаружен и после осмотра места происшествия, естественно, направлен для производства судебно – медицинской экспертизы труп У. Перед окончанием осмотра следователь оставил в месте обнаружения трупа так называемый «условный ориентир». В данном случае им явилась металлическая банка, записка в которой (заверенная подписями всех участников осмотра места происшествия) удостоверяла, что именно в данном месте и был обнаружен труп У.

При проверке показаний Ц., признавшегося в совершении этого убийства, он привел к месту, где им был сокрыт труп потерпевшего; по предложению следователя Ц. собственноручно извлек из земли данный «условный ориентир». Доказательственная значимость этого обстоятельства, объективно свидетельствующего о «виновной осведомленности» Ц. о месте сокрытия трупа, очевидна.

4. Признательные показания лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, могут быть объективно проверены проведением различных видов следственного эксперимента: проверки возможности совершения им определенных действий, входящих в канву обстоятельств, о которых он дает показания,

наличия определенных навыков или профессиональных умений, использованных при совершении расследуемого преступления, и т.д.

В ряде случаев по их результатам могут быть проведены и соответствующие судебные экспертизы.

Также проиллюстрируем сказанное примером из следственной практики.

Х. обратился в полицию с заявлением о безвестном исчезновении своей жены («внезапно ушла из дома и…»). Через несколько дней ее труп был извлечен из реки, протекающей около дома Х.; причиной смерти явилось удушение веревочной петлей, оставшейся на шее потерпевшей (причем узел на ней был завязан своеобразным способом).

На первоначальном этапе расследования, помимо показаний Х., признавшегося в совершении убийства жены, других доказательств, подтверждающих его вину, не имелось.

С целью объективизации его показаний следователь провел следственный эксперимент, на котором предложил Х. изготовить петлю, подобную той, которой он, согласно своим показаниям, задушил потерпевшую. Последующие экспертные исследования петли, обнаруженной на шее потерпевшей, и петли, изготовленной Х. в ходе следственного эксперимента, показали, что узлы на них выполнены полностью идентичными способами, применяемыми в морском деле (изучением личности Х. установлено, что ранее он длительное время проходит службу в ВМФ).

5. Достоверность показаний лица, признавшего себя виновным в совершении преступления, может быть также проверена предъявлением ему для опознания потерпевшего, оружия преступления и других предметов, связанных с расследуемым преступлением, очными ставками между данным лицом, его соучастниками, а также потерпевшим и свидетелями (естественно, при наличии для их производства указанных в процессуальном законе оснований).

На последнем следственном действии, входящем, по нашему убеждению, кроме «чисто» процессуального его назначения, непосредственно в структуру рассматриваемого элемента тактической операции «Защита доказательств», представляется необходимым остановиться, в контексте ее углубленного изучения, более подробно.

Конвенция о защите прав и основных свобод человека (ст. 6, п. «d») императивно закрепила право обвиняемого «допрашивать показывающих против него свидетелей <…>».

Это право, по сути своей, является одним из наиболее принципиальных положений, которых придерживается в своей деятельности Европейский суд по правам человека.

Так, в постановлении от 1 июля 2010 г. ЕСПЧ, негативно расценив деятельность правоохранительных органов Российской Федерации по расследованию заявления Никифорова о принуждении его сотрудниками милиции к даче показаний, специально обратил внимание на то, что проверка этого заявления осуществлялась вне рамок уголовного дела (без его возбуждения). Это, указал Суд, исключало «возможность проведения очных ставок между заявителем и сотрудниками милиции в целях устранения имеющихся в их объяснениях противоречий»[39].

В то же время, в соответствии с действующей редакцией ст. 192 УПК, производство очных ставок между лицами, в чьих показаниях имеются существенные противоречия, есть право, а не обязанность следователя[40].

Таким образом, возникло правовое противоречие, по поводу которого С. А. Шейфер совершенно верно, на наш взгляд, пишет, что с учетом приведенного требования Конвенции «подобное право по логике вещей должно принадлежать обвиняемому и защитнику не только в судебном разбирательстве, но и на предварительном расследовании, где закладывается “фундамент” обвинения»[41].

Еще более категоричен в этом отношении В. М. Быков, предлагающий сформулировать ч. 1 ст. 192 УПК в следующем импе-

---

[39] Цит. по: Информационное письмо «О правовой позиции Европейского суда по правам человека по вопросам защиты прав человека и основных свобод» от 4 мая 2011 г. № 243-13058-11/27 // Сборник информационно-методических документов Следственного комитета Российской Федерации. М., 2012. С. 180.

[40] Обратим внимание, что данная статья не ограничивает, как то было во всем предыдущем отечественном уголовно-процессуальном законодательстве, количества лиц, между которыми одновременно можно проводить очную ставку. В принципе, не отрицая возможности производства очной ставки между более чем двумя лицами одновременно, скажем, что по известным нам уголовным делам такие следственные действия не встречались.

[41] *Шейфер С. А.* Досудебное производство в России : этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 140.

ративном виде: «Если в показаниях ранее допрошенных лиц имеются существенные противоречия, то следователь обязан провести очную ставку»[42].

Принципиально не соглашаясь с этими доводами и предложениями, С. А. Новиков полагает, что «сторона защиты не вправе требовать от следователя обязательного производства очной ставки, а может лишь ходатайствовать об этом. Попытки некоторых защитников принудить следователя к производству очной ставки через суд, обжалуя отказ в удовлетворении соответствующего ходатайства в порядке ст. 125 УПК РФ, предсказуемо заканчиваются фиаско. Следователь уполномочен самостоятельно направлять ход расследования и принимать решение о производстве тех или иных следственных действий (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ). Давать ему обязательные для исполнения указания об этом может только руководитель следственного органа (п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ)»[43].

Мы и ранее всецело поддерживали мнение об обязательности производства очных ставок между лицами, в показаниях которых есть существенные противоречия (главным образом, разумеется, между подозреваемым, обвиняемым и дающими изобличающие его показания лицами)[44].

С удовлетворением отметим, что это предложение, по сути своей, соответствует и позиции Верховного Суда РФ, выступившего с законодательной инициативой о дополнении ст. 281 УПК следующим предписанием: «Показания потерпевшего или свидетеля могут быть оглашены лишь при условии, если обвиняемый (подсудимый) в предыдущих стадиях производства по делу имел возможность допросить показывающего против него потерпевшего или свидетеля на очной ставке, задать ему вопросы и высказать свои возражения»[45].

---

[42] *Быков В. М.* Обязательность очной ставки на предварительном следствии // Законность. 2013. № 10. С. 47.

[43] *Новиков С. А.* Очная ставка : зачем, когда и как? // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2014. № 5 (16). С. 146.

[44] В то же время мы считаем, что данное требование не должно касаться проведения этого следственного действия с участием малолетнего либо когда оно будет создавать угрозу для безопасности участника очной ставки. См.: *Баев О. Я., Баев М. О.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам. М., 2014.

[45] URL: http://pda.pravo.ru/court_report/view/112524/

Основным доводом оппонентов является то, что «в неумелых руках очная ставка в лучшем случае не даст никакого результата, а в худшем приведет к отрицательным последствиям, когда тот, кто ранее давал правдивые показания, откажется от них и подтвердит ложную версию недобросовестного допрашиваемого»[46]. А потому при вероятности для следователя такого исхода «отказ от проведения очной ставки абсолютно оправдан»[47].

Нет никаких сомнений в том, что очная ставка в тактическом отношении – действие повышенно рискованное: следователь должен скрупулезно планировать его производство, в том числе, в частности, и при определении места и времени проведения.

Однако, по нашему убеждению, и здесь мы переходим к непосредственной оценке очных ставок как средства защиты доказательств, а потому как элемента изучаемой нами тактической операции, изложенная выше позиция несколько напоминает поведение страуса, зарывающего от испуга голову в песок.

Если свидетель, потерпевший, другое лицо на очной ставке изменит свои, изобличающие подозреваемого, обвиняемого показания, следовательно, возможно, эти показания были недостоверны, либо на данное лицо перед очной ставкой было оказано неправомерное воздействие (подкуп или принуждение к изменению показаний, уголовно-правовая характеристика и средства специальной превенции которых были проанализированы нами выше).

И это не только с логической неизбежностью предопределит для следователя необходимость изыскивать и реализовывать направленные на проверку этих версий о причинах изменения данным лицом на очной ставке своих предыдущих показаний тактические приемы, предпринимать дополнительные меры по формированию доказательств по изобличению подозреваемого, обвиняемого, но и, как это на первый взгляд ни парадоксально, все эти дополнительные и трудоемкие усилия следователя будут убедительно свидетельствовать об объективности осуществляемого им расследования.

---

[46] *Новиков С. А.* Указ. соч. С. 145–146. См. также: *Скрибинский А. В.* Обоснованность применения очной ставки при расследовании уголовного дела // Уголовный процесс. 2005. № 11.

[47] *Боруленков Ю. П.* К вопросу об установлении истины в уголовном процессе // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2013. № 3 (8). С. 135.

Если свидетель, потерпевший, другое лицо на очной ставке подтвердит свои, по мнению следователя, достоверные, изобличающие подозреваемого, обвиняемого показания, это, несомненно, в высшей степени снизит вероятность их изменения «в пользу» подсудимого при судебном разбирательстве уголовного дела; во всяком случае, предоставит суду возможность объективной оценки такого поведения в суде данного допрашиваемого.

Иными словами, по нашему убеждению, даже с «чисто» тактико-прагматических позиций производство очных ставок между подозреваемым/обвиняемым и дающим изобличающие его показания человеком на предварительном следствии если не оптимально, то крайне рационально. Пусть лучше это лицо от них откажется на очной ставке, чем внезапно сделает это при судебном рассмотрении уголовного дела.

Мы убеждены, что проведение очных ставок (естественно, при наличии для того предусмотренных УПК оснований) – одно из действенных средств защиты доказательств, составляющих в этом качестве структурный элемент тактической операции «Защита доказательств».

Сформулированные выше тактические рекомендации всецело относятся (в соответствующей, разумеется, интерпретации) к проверке показаний свидетелей (главным образом, являвшихся очевидцами совершения расследуемого преступления) и потерпевших для объективизации их достоверности (либо, напротив, возникновения обоснованных сомнений в их достоверности).

И наконец, достаточно подробно приведем еще один пример из опубликованной следственной практики, в высшей степени убедительно иллюстрирующий необходимость и возможности объективизации признательных показаний подозреваемого/обвиняемого и последствия несоблюдения этого принципиального – и уголовно-процессуального, и собственно криминалистического – положения.

В 1982 г. была изнасилована и убита 11-летняя Лена М.

В 1988 г. за совершение ряда убийств по сексуальным мотивам был задержан Фефилов, который признал себя виновным и в убийстве Лены М., совершенном 6 лет тому назад.

Проверка объективности показаний Фефилова о совершении этого убийства именно им включила в себя следующее:

– проверка показаний подозреваемого на месте происшествия показала, что указанные им место сокрытия трупа М. и его поза полностью соответствовали тем параметрам, что отражены в протоколе осмотра, произведенного в 1982 г.;

– при осмотре туалета, куда он, по его словам, выбросил школьный портфель потерпевшей, портфель был обнаружен и опознан родителями девочки;

– пенал, который, по его показаниям, он вытащил из этого портфеля и принес домой для своих детей, шесть лет спустя был изъят при обыске квартиры Фефилова; внутри него на подкладке обнаружили написанную фамилию потерпевшей М. – владелицы пенала;

– жена и дочь Фефилова подтвердили, что он принес этот пенал домой в 1982 г. и отмывал его от имевшихся на нем записей;

– мать потерпевшей опознала данный пенал как принадлежащий ее погибшей дочери;

– почерковедческая экспертиза установила, что фамилия М. на подкладке пенала и некоторые другие имевшиеся на нем записи выполнены рукой потерпевшей Лены М.

Очевидно, что при таких обстоятельствах объективность показаний Фефилова о совершенном им убийстве М. сомнений вызвать не может.

Мы привели этот пример не только как успешный (можно сказать, классический) случай объективизации признательных показаний убийцы, полученных спустя столь длительное время после совершения преступления (в контексте нашего исследования, – защиты сформированного на их основе доказательства).

Дело в другом, трагическом факте.

В 1982 г., через несколько дней после убийства М., в результате принуждения к даче показаний со стороны сотрудников оперативно-розыскной службы в совершении этого преступления признал себя виновным некий Хабаров.

Несмотря на то что его объяснения по делу были крайне противоречивы, свидетельствовали об отсутствии у него виновной осведомленности о существенных обстоятельствах преступления, в 1983 г. за убийство Лены М. Свердловским областным судом Хабаров был приговорен к смертной казни.

В 1984 г. приговор приведен в исполнение…[48]

---

[48] См.: *Китаев Н. Н.* Неправосудные приговоры к смертной казни. Системный анализ допущенных ошибок. Иркутск, 2001. С. 31–44, 131–200.

В прямой связи со сказанным выше в очередной раз напомним: для того чтобы избежать психологически в общем-то понятной переоценки значения признательных показаний, необходимо постоянно анализировать собираемые по делу доказательства со следующих позиций: какие доказательства, изобличающие обвиняемого, останутся, если из материалов дела исключить эти показания? Результатами каких других следственных действий эти показания объективизированы (или могут быть объективно подтверждены в дальнейшем)?

Если в результате подобного анализа, после того, как следователь исчерпал все свои возможности по объективизации признательных показаний обвиняемого, окажется, что иных доказательств его вины нет или их совокупность недостаточна для однозначного обоснования обвинения, то должен быть сделан единственный логически и процессуально правильный вывод: вина обвиняемого не доказана, преступление не раскрыто.

Это положение, по сути своей, является принципом процессуальной и собственно криминалистической деятельности, направленной на защиту доказательств, сформированных (и формируемых) на основе признательных показаний допрошенного лица (лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, любого другого лица, попавшего в орбиту расследования преступления).

Данная проблема в настоящее время в высшей степени актуализировалась в связи с правовым оформлением возможности заключения с подозреваемым/обвиняемым досудебных соглашений о сотрудничестве (далее для краткости – ДСоС).

Опуская здесь описание всех предусмотренных уголовно-процессуальным и уголовным законом механизмов заключения и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве, лишь напомним его суть, а также его последствия для лица, с которым таковое соглашение заключено (в случае если судом дело в отношении этого лица будет рассматриваться в особом порядке).

– Подозреваемый или обвиняемый вправе заявить ходатайство о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве с момента начала уголовного преследования до объявления об окончании предварительного следствия. В этом ходатайстве подозреваемый или обвиняемый указывает, какие действия он обязуется совер-

шить в целях содействия следствию в раскрытии и расследовании преступления, изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, розыске имущества, добытого в результате преступления (ч. 2 ст. 317.1 УПК).

– В случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве при наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктом «и» ч. 1 ст. 61 настоящего Кодекса, и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания не могут превышать половины максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса.

В случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, если соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь, эти виды наказания не применяются. При этом срок или размер наказания не могут превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания в виде лишения свободы, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса (ч. 2, 4 ст. 62 УК).

Как видим, уголовно-правовые преференции лицу, в отношении которого в связи с заключенным с ним досудебным соглашением о сотрудничестве дело рассматривается в особом порядке, весьма впечатляющие.

К примеру, уже известен ряд дел, по которым подсудимым, совершившим по десять и более убийств, но заключившим ДСоС с органами уголовного преследования, назначалось, в полном соответствии с приведенными положениями УК, наказание, не превышающее 20 лет лишения свободы…

И в этой ситуации – будем реалистами – основным мотивом, «подвигающим» подозреваемого/обвиняемого на заявление ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, является расчет именно на назначение ему наказания в соответствии с ч. 2 и 4 ст. 62 УК. А с учетом этого возникает повышенная вероятность учинения такими лицами ложных оговоров непричастных к совершению преступления лиц и, следовательно, недостоверности формируемых на их основе доказательств.

Сразу скажем, что вряд ли можно признать сколь-либо эффективным для предупреждения учинения подобных ложных доносов

следующее положение УПК: «Если после назначения подсудимому наказания в соответствии с положениями настоящей главы будет обнаружено, что он умышленно сообщил ложные сведения или умышленно скрыл от следствия какие-либо существенные сведения, то приговор подлежит пересмотру в порядке, установленном разделом XV настоящего Кодекса» (ст. 317.8 УПК).

Ведь даже в случае пересмотра постановленного приговора в порядке надзора подозреваемый/обвиняемый, учинивший в «рамках сделки» ложный донос о причастности к совершению инкриминируемого ему преступления иных лиц, по большому счету, ничем не рискует. В самом худшем случае при пересмотре его дела по названным обстоятельствам в порядке надзора он получит то наказание, которое, видимо, и ранее заслуживал (правда, при этом к нему нельзя будет применить положения ст. 62 и 64 УК)[49].

Однако даже содержавшееся в одном из проектов этого закона предложение о дополнении ст. 63 УК таким отягчающим обстоятельством, как «сообщение ложных сведений по сути деятельного раскаяния или умышленное сокрытие от следствия существенных сведений при заключении со стороной обвинения соглашения о сотрудничестве»[50], поддержки у законодателя не нашло…

И такая опасность подобных сделок – а возможность их заключения содержится в уголовно-процессуальном законодательстве многих стран, для уголовного судопроизводства осознавалась издавна. «То, что принято называть «сделкой с правосудием», было известно еще в Средние века в Британии… Правда, в конце концов эта практика прекратилась – слишком многие оговаривали других безосновательно»[51].

«Главный недостаток так называемых следок с правосудием юристы многих стран, где этот институт имеет многолетний опыт (США, Италии, Франции, а также Англии, которая применяет этот

---

[49] «А вдруг – прокатит», – цинично, но единодушно объяснили свое отношение к этим новеллам несколько лиц, обвиняемых в совершении различных групповых преступлений, с которыми их обсуждал автор.

[50] Вносился депутатами Госдумы В. А. Васильевым, А. Е. Лебедевым, В. Н. Плигиным.

[51] *Козлова Н.* Сделка с правосудием // Рос. газета. 2009. 8 июля. «Где доносчики награждаются, – как-то заметил практически в этой же связи французский писатель и государственный деятель XVIII в. Кретьен Мальзерб, – там не будет недостатка в виновных».

институт без особого рвения), – отмечает судья Верховного Суда РФ Т. П. Хомицкая, – видят в том, что обвиняемый может оговорить кого угодно, чтобы избежать наказания». Поэтому, подчеркивает автор, «так важен взвешенный поход к определению субъекта такого соглашения и возможность критического отношения к его волеизъявлению»[52].

На повышенную опасность ложных доносов и в современных условиях при реализации досудебных соглашений о сотрудничестве со ссылкой на мнения юристов многих стран совершенно обоснованно обращает внимание и А. С. Шаталов[53] и многие другие авторы, в том числе и практические работники[54].

Заметим, что в действующем уголовно-процессуальном законодательстве США оговаривается, что действие ранее заключенной «сделки» прекращается, если лицо намеренно предоставило ложные, вводящие в заблуждение или неполные сведения или показания – в этих случаях его ложные показания являются отягчающим вину обстоятельством. Более того, оно может быть привлечено к уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний[55].

Нам представляется (с учетом того, что по изложенным выше основаниям мы не считаем ложный оговор подозреваемым/обвиняемым иных называемых им лиц в совершении преступления допустимым средством защиты), что *данное положение в соответствующей интерпретации заслуживает внимания при правотворческой работе над дальнейшим совершенствованием правовых механизмов заключения и реализации досудебных соглашений о сотрудничестве.*

---

[52] *Хомицкая Т. П.* Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ о применении судами норм главы 40.1 УПК РФ // Уголовный процесс. 2012. № 9. С. 49.

[53] См.: *Шаталов А. С.* Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве : правовая регламентация, достоинства и недостатки // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 36.

[54] См., например: *Родин В. В.* Криминалистическая операция по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве // Материалы III Криминалистических чтений. М., 2011.

[55] См.: *Халиулин А., Буланова Н., Конярова Ж.* Полномочия прокурора по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовное право. 2010. № 3.

В то же время очевидно, что, скорее всего, подозреваемый/обвиняемый, изъявивший желание заключить соглашение о сотрудничестве, будет давать правдивые показания о составе преступной группы и роли каждого из соучастников, в том числе своей собственной, в совершении преступления. И в таких случаях его объяснения всецело соответствуют обстоятельствам совершения преступления, роли в нем каждого соучастника указаны объективно.

При этом по многим делам, особенно экономической направленности, эти его показания могут быть объективизированы путем обнаружения похищенных ценностей, иного имущества, соответствующих документов, о наличии которых у определенных соучастников сообщит допрашиваемый.

Однако далеко не по всем преступлениям, в частности, «чисто» насильственным, такое возможно в принципе. Зачастую данное лицо, при всем своем желании заключить досудебное соглашение о сотрудничестве, может лишь назвать своих соучастников, рассказать о роли и действиях каждого при совершении преступления. Кроме того, оно может подтвердить свои показания на очных ставках с называемыми им лицами и в ходе производства других следственных действий (к примеру, при проверке показаний на месте)… не более этого.

Как видим, искус учинения в этих ситуациях заведомо ложного доноса о «других соучастниках» по названному выше мотиву для того крайне велик…

Если сделать попытку выстроить иерархию ценностей, которыми гипотетически может руководствоваться лицо при принятии решения об учинении в подобных ситуациях ложного оговора, она представляется нам такой (от наиболее значимой ценности до наименее значимой):

а) самое существеннейшее снижение наказания при условии заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, назначаемое с учетом ч. 2 и 4 ст. 62 УК, относительно того, которое бы в противном случае грозило за совершенное преступление;

б) реальность опасений негативных для себя последствий со стороны ложно оговоренных им лиц (и со стороны иных лиц, представляющих интересы последних) как в процессе судопроизводства по делу, так и после того, впоследствии – в том числе и во время отбывания оговорщиком наказания в местах лишения свободы.

Вряд ли такие опасения, их реальность могут в сознании доносчика нивелировать обещаемые ему (и действительно предпринимаемые) меры обеспечения безопасности, регламентации которых в соответствующих законодательных актах в настоящее время уделено значительное место;

в) нравственные устои данного лица, не позволяющие ему учинять ложные доносы, оговаривать непричастных к преступлению лиц или преувеличивать их роль и степень их в нем участия (в том числе, заметим, как ни парадоксально, соблюдение им «воровских» законов).

Нам, однако, представляется, что социально-психологические качества большинства лиц, на «сделку» с которыми, отстаивая общественные интересы в уголовном судопроизводстве, *вынуждены* идти сотрудники органов уголовного преследования, вряд ли будут служить серьезным препятствием для учинения ими ложных оговоров иных лиц в совершении преступления[56].

В этой связи очередное краткое отступление.

Не исключены ситуации, когда инициатива об оговоре в соучастии в групповом преступлении некоего непричастного к нему конкретного лица может исходить от следователя, по своим определенным причинам заинтересованного в его уголовном преследовании. Чаще всего в таких случаях следователями движут коррупционные и другие личные мотивы, однако, тут же оговоримся, мотивом такой инициативы следователя может явиться и искреннее его убеждение в причастности данного лица к совершению преступления.

В таких случаях обычно, и на это верно обращает внимание И. А. Насонова, интересы привлечь к уголовной ответственности невиновное лицо у подозреваемого или обвиняемого, с одной стороны, и следователя, выступающего с такой инициативой, с другой стороны, совпадают[57].

---

[56] Мы специально выделили слово «вынуждены». О том, что «сделка» следователя и прокурора с подозреваемым/обвиняемым носит таковой характер, что следует учитывать при решении вопроса о ее заключении, подробно будет говориться далее.

[57] См.: *Насонова И. А.* Проблемы реализации досудебного соглашения о сотрудничестве в качестве средства защиты обвиняемого // Общество и право. 2010. Вып. 1. (28). С. 219.

И в подобных ситуациях, без сомнения, подозреваемый (обвиняемый), желая заключения ДСоС, охотно будет в своих показаниях «подыгрывать» следователю.

Мы не располагаем какими-либо социологическими данными о количестве лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности за совершение группового преступления на основе ложного оговора их со стороны обвиняемых, чье личное участие в таковом сомнений не вызывает (вряд ли такие сведения подвергались обобщению; более того, возможность проведения такого обобщения представляется весьма сомнительной). Однако изучение конкретных уголовных дел, завершившихся обвинительными приговорами, по которым отдельные обвиняемые последовательно утверждали, что в отношении них учинен ложный донос об их участии в совершении группового преступления, и версия о котором, на наш взгляд, была проверена весьма поверхностно, показывает, что число их достаточно велико.

Лгать, как известно, можно двумя взаимосвязанными и взаимопроникающими способами: не говорить правды или/и говорить неправду.

Если с учетом этого постулата (не ставя здесь перед собой задачи освещения психологических предпосылок оговоров и дачи заведомо ложных показаний[58]) сделать попытку дать сколь-либо более развернутую классификацию содержания ложных объяснений лица, заинтересованного в заключении с ним досудебного соглашения о сотрудничестве, то в настоящее время она нам представляется такой:

1) в объяснении доносчик, называя действительных своих соучастников, преуменьшает свою роль в совершении преступления за счет преувеличения степени их участия в преступлении;

2) доносчик, называя действительных своих соучастников, большую степень участия в совершении преступления возлагает на себя, преуменьшая тем самым степень их участия и ответственности;

3) доносчик в объяснении, называя своих соучастников, отдельных из них скрывает, не сообщая о них вообще или сообщая о них вымышленные сведения;

[58] Они углубленно изучены в известных работах таких видных специалистов в области судебной психологии, как В. Л. Васильев, Г. Г. Доспулов, А. В. Дулов, А. А. Закатов, Н. И. Порубов, А. Р. Ратинов, Г. Г. Шиханцов и др.

4) доносчик скрывает действительных своих соучастников, называя в качестве таковых либо лиц, непричастных к совершению преступления, либо в принципе вымышленных персонажей;

5) донос всецело ложен; преступление не носило группового характера.

Иными словами, донос, учиняемый подозреваемым/обвиняемым с целью возможности заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, может быть как соответствующим действительно произошедшему криминальному событию, так и заведомо ложным.

Думается, что эти гипотетические предположения о возможном содержании доноса составляют типовые версии, которые должны лежать в основе его проверке по уголовным делам о преступлениях, совершенных группами лиц по предварительному сговору, организованными преступными группами и сообществами. Именно они обусловливают, формируют направления, тактику и методику всей связанной с показаниями лица, начавшего сотрудничать со следствием, деятельности органов уголовного преследования по расследованию этих преступлений, в том числе, следовательно, подлежат непременному учету при структурировании рассматриваемой подсистемы тактической операции «Защита доказательств».

Исходя из этих посылов, нам представляется, что при ее планировании и реализации[59] следователь должен решить как минимум следующие взаимосвязанные и взаимообусловленные задачи:

1. *Необходимость заключения по делу досудебного соглашения о сотрудничестве.*

Говоря об этой составляющей алгоритма рассматриваемой тактической операции, следует сделать такую оговорку.

Речь в таких ситуациях идет о заключении соглашения с лицами, обоснованно подозреваемыми или обвиняемыми в совершении тяжких или особо тяжких преступлений, и в том признающими свою вину, единственным побудительным мотивом которых в этих случаях является надежда на сокращение грозящего им наказания. «Игра в поддавки» с ними путем заключения ДСоС, если она преследует цель простого облегчения для следователя его ра-

[59] Эту подсистему тактической операции по защите доказательств, как и другие ее подсистемы, можно (как о том говорилось выше) рассматривать как самостоятельную тактическую операцию, в данном случае, как тактическую операцию «Досудебное соглашение о сотрудничестве» по делам о групповых преступлениях.

боты по качественному расследованию таких преступлений, совершаемых лицами такого контингента, недопустима, по крайней мере, неуместна.

Решение о принципиальной необходимости заключения досудебного соглашения есть решение, принимаемое в условиях, можно сказать, крайней для того необходимости, обусловливаемое, в сущности, теми же причинами, которые вызвали «к жизни» существование самого этого правового института.

К ним в первую очередь следует отнести практическую невозможность (или как минимум крайнюю затруднительность) иным путем обеспечить изобличение всех участников расследуемого группового преступления, обеспечить оптимальное возмещение причиненного преступлением материального ущерба, разрешить другие проблемы, составляющие предмет самого назначения уголовного судопроизводства в целом, наконец, причины организационно-экономического характера (причины уголовно-процессуальной экономии).

Если ни одной из названных причин по конкретному уголовному делу нет, следователю (руководителю следственного органа, прокурору) в принципе нет оснований задумываться о необходимости заключения с кем-либо из фигурантов по делу (подозреваемым, обвиняемым) ДСоС.

2. *Возможность заключения по делу досудебного соглашения о сотрудничестве с конкретным подозреваемым, обвиняемым.*

Приняв принципиальное решение о самой необходимости заключения ДСоС, следователь переходит к обдумыванию и реализации следующего шага алгоритма данной тактической операции, преследующей цель защиты доказательств, – возможности заключения такого соглашения с тем или иным фигурантом (подозреваемым, обвиняемым) с учетом складывающейся по расследуемому делу ситуации.

Эта ситуация имеет как минимум два варианта:

а) на момент принятия данного решения при расследовании преступления, носящего групповой (различной организационной формы) характер, следователь «располагает» одним подозреваемым или обвиняемым в его совершении лицом, и потому у него нет какой-либо альтернативы, речь может идти о возможности заключения ДСоС лишь с ним;

б) по делу к моменту возникновения необходимости в заключении такого соглашения имеются несколько фигурантов, облеченных одним из названных процессуальных статусов. Этот вариант предоставляет возможность для следователя с той или иной степенью вероятности, основанной на значимости имеющейся против каждого из них доказательственной информации, изучении социально-психологической структуры их личностей, данных оперативно-розыскной работы, проводимой по расследуемому делу, определить, с кем из них наиболее рационально обсуждать вопрос о возможности заключения ДСоС.

Несомненно, что при этом также необходимо учитывать как криминальное, так и посткриминальное поведение каждого из этих лиц по делу, в том числе и при осуществлении в отношении них уголовного преследования. А потому при определении фигуранта по делу, с которым следователю наиболее целесообразно вести работу по заключению ДСоС (как сказано, при наличии для того альтернативы), предпочтение в первую очередь следует отдавать подозреваемому или обвиняемому, который:

а) не только обладает большим объемом, чем другие из них, искомой следователем информацией (это представляется очевидным), но такой, которую затем можно объективизировать, что позволит более рационально осуществить расследование по делу и как минимум снизит вероятность сообщения этим лицом заведомо ложных сведений по делу;

б) по имеющимся сведениям (прямым и/или косвенным доказательствам, оперативно-розыскным данным), обладает информацией, которая позволит не только рационализировать расследование по данному делу, но и выявить латентные преступления или успешно расследовать уголовные дела о ранее остававшихся нераскрытыми других преступлениях;

в) действительно, по мнению следователя, раскаялся в своем участии в совершении преступления, либо относительно которого, во всяком случае, нет предсказуемых оснований предполагать, что он в дальнейшем свою признательную позицию по делу изменит под влиянием изобличаемых им в своих показаниях соучастников и других лиц, заинтересованных в исходе дела;

г) степень участия которого в совершении расследуемого группового преступления менее значима, чем других его соучастников,

с которыми в принципе можно обсуждать вопрос о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

Нам также представляется, что следователь, как бы это, на первый взгляд, ни выглядело несколько парадоксальным, может привлечь к решению этой части данной тактической операции адвоката – защитника подозреваемого/обвиняемого. Для этого, думается нам, в первую очередь следователь должен не только разъяснить адвокату, что причастность его подзащитного к совершению инкриминируемого ему преступления полностью и объективно установлена, но и ознакомить адвоката с материалами уголовного дела, это его убеждение подтверждающими (естественно, в пределах, обеспечивающих соблюдение следственной тайны по всему делу).

Мы предполагаем, что после такого ознакомления адвокат, если предоставленные следователем материалы убедили его в доказанности виновности подзащитного, в том, что последний неминуемо будет признан судом виновным, может (очевидно, в беседе наедине) порекомендовать ему целесообразность в данной ситуации заключения ДСоС. При этом адвокату следует специально и подробно разъяснить клиенту, что окончательное решение вопроса об этом всецело принадлежит лишь ему – подзащитному. Не думаем, что такое поведение адвоката каким-либо образом может быть расценено как нарушение им требований адвокатской этики.

Более того, мы считаем целесообразным с этой же целью знакомить с названными материалами и само лицо, с которым предполагается заключение ДСоС.

Такая наша рекомендация основана на том, что, как показывает практика, нередко, особенно в самом начале взаимодействия подозреваемого/обвиняемого со своим адвокатом (тем более, когда он осуществляет защиту «по назначению»), у него существует некая психологическая настороженность по поводу поведения своего защитника. В связи с ней у такого лица зачастую возникает опасение, что адвокат «работает», по существу, на сторону обвинения; и не потому ли, рефлексивно думает подозреваемый/обвиняемый, не в этой ли связи адвокат и дает ему совет о необходимости заключения досудебного соглашения? Выполнение предлагаемой рекомендации во многом может нейтрализовать подобные сомнения этого лица в целесообразности для него заключения ДСоС, показать их необоснованность.

Факт ознакомления адвоката и его подзащитного с материалами дела, подтверждающими доказанность последнего к совершению расследуемого преступления, по нашему мнению, следует отражать в отдельном протоколе. Возможность его составления не только не противоречит требованиям уголовно-процессуального закона, но, напротив, явится свидетельством объективности и «открытости» уголовного преследования, осуществляемого в отношении этого лица.

Конечно же, в некоторых и, видимо, в не столь редких случаях инициатива подачи ходатайства о заключении ДСоС действительно исходит от самого подозреваемого/обвиняемого. Однако в таких ситуациях зачастую перед следователем возникают как минимум две проблемы, которые он должен для себя осмыслить до принятия решения по такому ходатайству.

Во-первых, есть ли у него, следователя, описанная чуть выше необходимость в «услугах» подозреваемого/обвиняемого (опять же напомним, что такое лицо к этому моменту обоснованно подозревается/обвиняется в совершении преступления, при этом, несомненно, чаще всего тяжкого или особо тяжкого, а потому считать его «белым и пушистым» в любом случае оснований нет).

Во-вторых, располагает ли это лицо информацией, необходимость рационального получения которой в принципе может обусловливать возможность заключения с ним досудебного соглашения о сотрудничестве.

Здесь возникает вопрос о целесообразности заключения в рамках данной подсистемы защиты доказательств (начиная, напомним, с момента их формирования) ДСоС с несколькими фигурантами по одному уголовному делу (разумеется, если таковая возможность по делу реально существует)[60].

Мы думаем, что возможность заключения досудебного соглашения о сотрудничестве параллельно с несколькими фигурантами по одному уголовному делу (если, разумеется, таковое по изложенным выше основаниям представляется реальным) целесообразно тогда, когда существенно различаются обязательства, выполнение которых может принять на себя каждый из них.

---

[60] Пленум Верховного Суда РФ в постановлении, посвященном проблемам досудебных соглашений о сотрудничестве, таковую возможность не отрицает.

Например, один из них обязуется оказать содействие следствию в изобличении своих соучастников в совершении инкриминируемого ему преступления.

Другой – обязуется оказать содействие в обнаружении уголовно-релевантных материальных объектов (ценностей, добытых в результате преступления), местонахождение которых другим соучастникам неизвестно.

Третий, наконец, – в выявлении и раскрытии иных преступлений, информацией, которой остальные проходящие по данному уголовному делу лица не располагают.

Наше изучение конкретных уголовных дел показывает, что ситуация, в которой обоснованно принималось решение о заключении ДСоС с несколькими лицами, проходящими по одному уголовному делу, в настоящее время наиболее характерна для расследования преступлений, связанных с незаконным обращением наркотиков и психотропных веществ, совершаемых организованными группами и сообществами.

Однако мы в принципе против складывающейся, по нашим наблюдениям, в настоящее время правоохранительной практики, когда досудебные соглашения о сотрудничестве заключаются практически *со всеми* обвиняемыми по уголовному делу, с каждым из соучастников расследуемого группового преступления. При этом обязательства, которые принимает на себя каждый соучастник, не только аналогичны, но, по существу, сводятся лишь к тому, что они в своих показаниях «грузят», изобличают в участии в преступлении других обвиняемых.

К примеру, по уголовному делу о сбыте организованной преступной группой поддельных банковских билетов Центрального банка РФ *с тремя из четырех обвиняемых* были заключены досудебные соглашения о сотрудничестве. В них каждый из обвиняемых принял на себя следующие обязательства:

1) полностью признать свою вину в совершении хранения, перевозки в целях сбыта и сбыта заведомо поддельных банковских билетов в составе организованной группы;

2) дать признательные, полные, правдивые показания по обстоятельствам сбыта поддельных банковских билетов достоинством 1000 рублей в г. Россошь и п.г.т. Подгоренский Воронежской области;

3) указать места сбыта поддельных банковских билетов достоинством 1000 рублей в г. Р. и п.г.т. П. Воронежской области;

4) указать свою роль в совершении инкриминируемых преступлений[61].

В таких случаях, по нашему убеждению, лица, профессионально представляющие сторону обвинения, руководствуются лишь желанием облегчить себе сам процесс досудебного производства по уголовному делу, не задумываясь о том, что в конечном счете данная ситуация приводит к нарушению такого элемента назначения уголовного судопроизводства, как назначение виновным справедливого наказания. Оно же будет заключаться в том, напомним, что этим лицам, причем совершившим, по убеждению следователя, как правило, тяжкое или особо тяжкое преступление, значительно ограничиваются (разумеется, если суд согласится с ранее заключенным с каждым из них ДСоС) пределы максимально возможного к назначению наказания[62].

3. Проверка показаний лица, с которым заключается досудебное соглашение о сотрудничестве.

Хотя правовой механизм заключения ДСоС текстуально не содержит в себе указания о том, что лицо, с которым оно заключается (или с которым предполагается его заключение), в первую очередь должно дать признательные показания обо всех известных ему обстоятельствах расследуемого дела, необходимость этого сама по себе предполагается логикой процесса заключения этого соглашения.

А потому их проверка, как в принципе показаний любого признавшего себя виновным в совершении преступления лица (о чем подробно говорилось выше как о непременном элементе любой тактической операции по защите доказательств), является одной из первоочередных задач при планировании и реализации заключения досудебного соглашения о сотрудничестве. Значимость этого элемента данной системы актуализируется тем, что и обусловило

[61] Уголовное дело № 08124337. СЧ при ГУ МВД России по Центральному федеральному округу. 2010.

[62] Разумеется, объективная оценка имевшейся необходимости и/или целесообразности заключения ДСоС с несколькими фигурантами по одному уголовному делу может быть осуществлена лишь в результате углубленного изучения его материалов с учетом всех обстоятельств ситуации расследования на каждом из этапов этого процесса.

его рассмотрение в данном месте нашей работы – крайне высокой вероятностью ложного оговора подозреваемым/обвиняемым, дающим в условиях ДСоС (либо в целях его последующего заключения) признательные показания, лиц, непричастных к совершению инкриминируемого ему преступления.

Проверка достоверности показаний лица, с которым обсуждается вопрос о возможности заключения с ним ДСоС (или с которым оно уже заключено), неразрывно связана с непосредственным оказанием ему содействия в изобличении своих соучастников в совершении расследуемого преступления.

В первую очередь, несомненно, достижение этой цели обусловливает необходимость максимально подробного допроса лица, дающего признательные показания о соучастниках инкриминируемого ему группового преступления.

Чаще всего, как показывает практика, по очевидным, в большинстве случаев психологическим, причинам такой допрос носит повторный характер, тактика производства которого также достаточно подробно изучена в многочисленной монографической и методической литературе, посвященной производству этого следственного действия (в том числе и при расследовании преступлений отдельных видов и категорий)[63].

А потому здесь лишь вкратце напомним наиболее принципиальное тактическое положение такого допроса в рассматриваемой следственной ситуации. Оно заключается в том, что он должен касаться всех обстоятельств и всех нюансов, начиная со стадии создания преступной группы и приготовления к совершению преступления (каждого из расследуемых преступлений, если они были совершены неоднократно). При этом основное внимание должно уделяться выяснению тех из них, которые в дальнейшем могут быть объективно подтверждены (или опровергнуты – в случае ложного доноса).

Безусловно, во многом таковая возможность предопределяется видом расследуемого преступления (в криминалистическом значении этой категории), обстановкой и способом совершения конкретного преступления.

---

[63] См., например: *Зорин Г. А.* Руководство по тактике допроса. М., 2001 ; *Порубов Н. И.* Допрос в советском уголовном судопроизводстве. Минск, 1973 ; и др.

К примеру, полученные от допрашиваемого показания, что в определенный момент (непосредственно перед совершением преступления или после того) тот или иной соучастник пользовался сотовым телефоном (звонил или отвечал на звонок), в современных условиях достаточно легко проверяются получением от телефонной компании сведений о месте нахождения в этот момент проверяемого телефона. (В принципе, возможна проверка этого обстоятельства техническими средствами и при невключенном телефоне, но когда телефон «на связи», эта работа значительно облегчается.)

Так же путем производства соответствующих известных следственных действий может быть осуществлена проверка показаний допрошенного о том, что некий документ при совершении группового преступления, носящего экономический и/или должностной характер, изготовлен и/или подписан называемым им соучастником.

Показания допрашиваемого о том, что определенные ценности, орудия преступления и т.п. находятся у некого называемого им своего соучастника, достаточно просто проверить путем производства обыска, других следственных действий и т.д.

Нет сомнений, что проверка достоверности сообщаемых в этой ситуации допрашиваемым фигурантом сведений, в том числе о структуре преступной группы, роли каждого ее участника в совершении расследуемого преступления (преступлений) обусловливает проведение комплекса соответствующих оперативно-розыскных мероприятий.

При всем нашем скептическом отношении к доказательственной сущности тестовых проверок на полиграфе[64], думается, что

[64] Мы присоединяемся к мнению, сформулированному в результате обсуждения «проблемы полиграфа» на круглом столе, проведенном уполномоченным по правам человека в Российской Федерации В. П. Лукиным. Оно же следующее: «Все известные науке психофизиологические закономерности являются вероятностными, при этом ни одна из теорий, обосновывающих эффективность применения полиграфа в работе с кадрами и расследовании преступлений, не может считаться универсальной и общепризнанной. Когда нет ответа на главный вопрос – насколько психофизиологические закономерности, явления и процессы, положенные в основу прикладных методов выявления, возможно, скрываемой человеком информации, предопределяют их валидность и надежность (гарантируя с этой точки зрения защиту прав граждан), идею принятия «Закона о полиграфе» (ином подобном отдельно взятом приборе или технологии) приходится признать откровенно популистской».

лицо, изъявившее желание оказать содействие следствию в изобличении своих соучастников «в обмен» на заключение с ним досудебного соглашения о сотрудничестве (при условии, что он сообщает достоверные сведения), даст свое согласие и на проведение таких испытаний. А потому проведение таких испытаний следует включать в план проведения ОРМ в отношении данного подозреваемого/обвиняемого.

Отказ от прохождения такой проверки или ее отрицательные, по мнению специалиста-полиграфолога, результаты могут быть расценены как дополнительное основание версии о недостоверности, если не о заведомой ложности в целом, сообщенных допрашиваемым лицом сведений.

Другим наиболее распространенным приемом проверки достоверности признательных показаний подозреваемого, обвиняемого является проведение очных ставок между ним и лицами, которых в них он называет в качестве своих соучастников по совершению преступления/преступлений.

Помимо, как сказано, проверки объективности показаний лица, оказывающего в этой ситуации содействие следствию, и «твердости» в этом его позиции, тактической целью проведения этих следственных действий является как устранение существенных противоречий в показаниях допрашиваемых на очной ставке лиц, так и «демонстрация» изобличаемому фигуранту по делу наличия обвиняющих его доказательств.

Как известно, данное следственное действие характеризуется повышенным тактическим риском. Он заключается в том, что допрашиваемый, ранее давший достоверные показания о проверяемом обстоятельстве, под психологическим воздействием второго участника очной ставки может их существенным образом изменить либо отказаться от ранее данных показаний в целом.

А потому – несколько замечаний тактического характера:

– во-первых, проведение таких очных ставок следует организовывать так, чтобы подобный их результат представлялся следователю минимальным;

– во-вторых, проведение очных ставок между названными лицами (об этом мы упоминали ранее) возможно лишь при условии,

---

Пресс-релиз от 03.11.2011 // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 1 (2). С. 371.

если это не может повлечь негативных последствий для предпринимаемых в отношении лица, содействующего изобличения соучастников, мер безопасности;

– в-третьих, наконец, такие очные ставки, в случае необходимости их проведения, могут производиться как до заключения с таким лицом досудебного соглашения о сотрудничестве – нам это представляется предпочтительным – так и после заключения ДСоС, выступая в этом случае в качестве выполнения подозреваемым/обвиняемым принятых на себя в соответствии с ним обязательств.

С учетом этих замечаний, принимая решение о проведении очной ставки, следователь должен тщательно готовить содействующее ему лицо к его участию в ее проведении. Может быть, даже составить и обсудить с ним некий сценарий его в нем участия, включающий в себя, к примеру, следующие параметры:

– какие и в какой последовательности вопросы будут выясняться на очной ставке, как на них отвечать;

– как отвечать на вопросы, которые могут быть заданы ему изобличаемым им лицом и его адвокатом (если таковой будет принимать участие в проводимой очной ставке);

– на какие их вопросы, и с какой мотивацией этого ему целесообразно отказываться отвечать.

При этом необходимо, и это представляется насущно и принципиально важным, вновь предупредить данное лицо о его обязанности во исполнение достигнутого (достигаемого) соглашения о сотрудничестве давать только правдивые показания, о возможности в противном случае расторжения достигнутого такого соглашения (с разъяснением последствий этого для его уголовной ответственности)[65].

2.3. Предвосхищающая проверка алиби подозреваемого, обвиняемого и других возможных версий стороны защиты

Наиболее точное из известных нам определений алиби принадлежит немецким криминалистам А. Форкеру и В. Грайхэну. По их

[65] В структуру собственно тактической операции «Досудебное соглашение о сотрудничестве», несомненно, входит и ряд других элементов, которые нами здесь, с учетом направленности данной работы, не рассматриваются. Об этой тактической операции подробнее см.: *Баев О. Я.* Досудебное соглашение о сотрудничестве. М., 2013.

мнению, «алиби – доказанное отсутствие уголовно-релевантного лица (свидетеля, подозреваемого, обвиняемого) на уголовно-релевантном месте (место происшествия в широком смысле слова) во время происшествия или в иной удостоверенный объективно промежуток времени»[66].

Совершенно очевидно, что алиби, заявленное подозреваемым/обвиняемым, может быть как истинным (достоверным), так и ложным.

В первом случае оно является вполне правомерным и необходимым способом (средством) защиты от необоснованного уголовного преследования; во втором – представляет собой способ противодействия осуществляемому уголовному преследованию, особо это подчеркнем, противодействия не противоправного, а потому – допустимого.

В любом, однако, случае нет сомнений в необходимости тщательной и объективной проверки алиби подозреваемого/обвиняемого в преступлении, механизм совершения которого требует его непосредственного нахождения в определенное время на определенном месте (месте преступления).

Поэтому далеко не случайно, что разработке тактики проверки алиби и ее методическим особенностям, в зависимости от вида преступления, при расследовании которого оно проверяется, в криминалистической литературе уделяется повышенное внимание. Более того, совершенно обоснованным нам представляется конструирование основ проверки алиби как самостоятельной тактической операции, систему которых составляют направленные на то следственные действия, оперативно-розыскные и другие мероприятия[67].

Рассмотрим – исключительно в границах, необходимых в контексте исследования проблемы защиты доказательств – возможные ситуации, актуализирующие необходимость углубленного изучения генезиса и сущности соответствующей системы криминалистических средств.

---

[66] Цит. по: *Аббасова И. С., Абраменкова В. С., Кручинина Н. В. и др*. Вопросы теории и практики проверки алиби (по материалам, опубликованным в зарубежной печати). Иркутск, 1982. С. 3.

[67] См., например: *Кручинина Н. В., Шиканов В. И.* Теоретические проблемы алиби и их прикладное значение в уголовном судопроизводстве. Иркутск, 1992.

1. Лицо, подвергающееся уголовному преследованию (подозреваемый/обвиняемый), виновным себя не признает, но при даче показаний до определенного времени не ссылается на наличие у него алиби.

Разновидностью этой ситуации следует счесть такую, когда данное лицо заявило себе алиби, которое в ходе следствия опровергнуто, что, однако, не исключает возможности повторного заявления им алиби, которое требует для своей проверки изучения новых с ним связанных обстоятельств.

2. Лицо признает себя виновным в совершении инкриминируемого ему преступления, а потому во время дачи им «признательных» показаний в них о наличии у него алиби речи не идет.

Однако, как уже неоднократно отмечалось выше, весьма часто обвиняемый, дававший в определенный момент (обычно на первоначальном этапе расследования) признательные показания, в дальнейшем, по также выше обозначенным причинам, от них отказывается и сообщает о наличии у него на время совершения преступления алиби.

Такая ситуация для следователя усугубляется в случаях, когда заявление о наличии алиби обвиняемый делает после того, как, ознакомившись с материалами завершенного расследования в порядке ст. 217 УПК, он приходит к выводу, что в них нет убедительных и достаточных изобличающих его доказательств.

3. Все чаще в практике встречаются ситуации, когда подозреваемый/обвиняемый на протяжении всего предварительного расследования отказывается от дачи каких-либо показаний по существу возникшего в отношении него подозрения, а затем обвинения в совершении инкриминируемого ему преступления. А затем, также ознакомившись в порядке ст. 217 УПК со всеми материалами завершенного расследования, с учетом их в суде заявляет себе алиби.

Некоторой ее разновидностью является та, когда обвиняемый, ранее отказывавшийся от дачи показаний, после того, как прокурором уголовное дело, поступившее к нему с обвинительным заключением, возвращается следователю для устранения препятствий для его утверждения[68], изъявляет желание дать показания и

[68] К примеру, для перепредъявления обвинения (уточнения его фабулы, изменения или дополнения квалификации инкриминированных обвиняемому

указывает в них на наличие у него алиби. Заметим, что при этом конструируемое алиби также учитывает знание обвиняемым материалов расследования. А как правило, в таких случаях следователь резко ограничен в сроках расследования, что делает для него невозможным (либо крайне затруднительным) провести объективную и полноценную проверку, приводит к поверхности и формальности таковой.

В ряде случаев в деятельность по установлению обстоятельств, подтверждающих факт наличия у подозреваемого/обвиняемого, по его объяснениям, алиби, вовлекаются адвокаты – защитники лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование. И это представляется нам вполне правомерным, всецело соответствующим уголовно-процессуальной функции защитника и профессиональному долгу адвоката.

Необходимые для того сведения могут быть получены им путем реализации своих полномочий на собирание доказательств, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК: истребованием подтверждающих эти обстоятельства справок от органов государственной власти и других организаций, опросом соответствующих лиц (которые, по предположению подзащитного, могут подтвердить его алиби) с их согласия. Подобные их действия, повторим, вполне правомерны, и их осуществление является профессиональным долгом адвоката, ибо, очевидно, что наличие у подзащитного объективно установленного алиби исключает его дальнейшее уголовное преследование в исполнительстве «контактного» (требующего присутствия в определенное время на месте совершения) преступления.

Краткое на эту тему отступление.

По информации Ю. А. Гончана, во многих странах существуют так называемые «алиби-агентства», и спектр оказываемых ими услуг широк. «Они могут сфальсифицировать билеты на самолет или поезд для предъявления их органам предварительного расследования, сфабриковать групповое фото с «научного симпозиума» и т. д. (среди инструментов, к которым прибегают такие специали-

---

действий и т. п.) по другим существенным материально-правовым и процессуальным основаниям, препятствующим направлению уголовного дела в суд для рассмотрения по существу.

сты, – монтаж фотографий и даже видео, которое “докажет”, что “клиент” был там, где необходимо)», – сообщает автор[69].

Мы не исключаем возможности существования (либо возникновения) подобных организаций и в нашей стране…

В описанных ситуациях проверка уже заявляемого таким лицом алиби, а следовательно, защита ранее сформированных доказательств, лежащих в основе его уголовного преследования, усложняется не только внезапностью подобного заявления, организационными проблемами ее осуществления (истечением зачастую, как отмечалось, процессуальных сроков расследования, специфическими особенностями судебного процесса и т.п.), но и следующим. К этому моменту, как правило, обвиняемый/подсудимый, называя свидетелей своего алиби либо другие его подтверждающие обстоятельства (о них речь пойдет далее), с очень большой вероятностью не сомневается, что таким образом (допросом названных им лиц, приобщением соответствующих документов) факт наличия у него алиби подтвердится, даже, заметим, если оно объективно ложно.

Мы полагаем, что следователь всегда рефлексивно должен предвидеть возможность такого поведения лица, привлекаемого им к уголовной ответственности, даже в тех случаях, когда, на первый взгляд, для такого предположения нет оснований (скажем, обвиняемый в данный момент дает признательные показания, которые в той или иной мере подтверждаются показаниями потерпевшего и/или свидетелей).

А потому предвосхищающая проверка алиби подозреваемого, обвиняемого, по нашему убеждению, должна составлять непременный элемент (самостоятельную подсистему) тактической операции «Защита доказательств».

Очевидно, что то, какое именно алиби в каждом конкретном случае может быть заявлено обвиняемым (чем он может обосновать невозможность своего нахождения в определенный момент на месте совершения преступления), предвидеть невозможно.

---

[69] *Гончан Ю. А.* Некоторые предложения, направленные на изменение действующего УПК РФ, а также на толкование отдельных статей с позиций доказывания // Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы расследования преступлений в сфере экономики : материалы Междунар. науч.-практ. интернет-конференции. Нижний Новгород, 2013. С. 85.

Но тем не менее, на наш взгляд, в настоящее время структурировать эту подсистему рассматриваемой тактической операции должны два следующих элемента:

а) типичные объяснения об обстоятельствах, выдвигаемых обвиняемыми для подтверждения своего алиби;

б) углубленное изучение личности конкретного подозреваемого/обвиняемого, другого уголовно-релевантного лица.

Как показывает практика, для подтверждения наличия алиби лица, о том заявляющие, чаще всего ссылаются:

– на свидетелей из числа своих родственников, близких и друзей, с которыми он (подозреваемый, обвиняемый), по его утверждению, находился в момент совершения инкриминируемого ему деяния;

– на документы, свидетельствующие о нахождении обвиняемого во время совершения преступления в другом месте, в том числе документы цифровые, о специфике проверки которых будет говориться несколько позднее.

Из сказанного следует, что для «прогностической» проверки возможного алиби обвиняемого необходимо допросить самый широкий круг его родственников, друзей, других близких к нему лиц. Очевидно, что предметом таких допросов является установление того, не находился ли допрашиваемый по этим вопросам человек во время совершения преступления совместно с обвиняемым.

А потому (что не менее очевидно) о круге родственников, близких, сослуживцев и знакомых, специфики его профессиональной и любительской деятельности, взаимодействующих в этой связи с ним лицах и т. д. в рамках рассматриваемой тактической операции должен быть подробно, но «ненавязчиво» (без раскрытия тактической цели выяснения этих обстоятельств) допрошен подозреваемый/обвиняемый. Кроме того, для установления связей подозреваемого/обвиняемого, установления характера их взаимоотношений с ним целесообразно использовать оперативно-розыскные возможности органов дознания, взаимодействующих со следователем по данному уголовному делу в порядке п. 4 ч. 1. ст. 38 УПК.

После чего, разумеется, эти лица, также тактически грамотно, подлежат допросу на предмет выяснения того, не находился ли кто-либо из них с подозреваемым/обвиняемым в исследуемый следователем момент (во время инкриминируемого тому преступления).

Подчеркнем вновь, допросы этих лиц должны быть проведены «опережающе», безотносительно к тому, заявит ли обвиняемый в дальнейшем о наличии у него алиби, как сказано, в предположение, что такое может последовать.

Очевидно, что эти допросы должны быть максимально детализированы: у допрашиваемого следует выяснить не только сам факт присутствия/отсутствия подозреваемого (обвиняемого) в его обществе в интересующее следствие время (время совершения преступления), но и то, где он, свидетель, сам находился в это время, чем занимался, с кем общался и т.п.

Выяснение этих обстоятельств обусловливается необходимостью соблюдения принципа «двойной» проверки алиби, о котором речь пойдет вкратце ниже.

Также «опережающе» из соответствующих источников необходимо истребовать сведения как минимум о том:

а) не находился ли обвиняемый на работе (либо в служебной командировке) во время, исключающее его причастность к совершению преступления;

б) не приобретался ли обвиняемым проездной билет (автобусный, железнодорожный, авиационный) на время, также объективно исключающее возможность исполнительства преступления, требующего его нахождения на месте его совершения;

в) о возможном пересечении государственной границы в то же время.

Следует также иметь в виду, что в последнее время лица все чаще заявляют (или внезапно в указанных рассматриваемых нами ситуациях – могут заявить) так называемое «цифровое алиби».

Сущность его сводится к объяснениям обвиняемого о том, что в момент совершения инкриминируемого ему преступления он, например, работал на персональном компьютере, расположенном в отдаленном от места происшествия помещении, что в искомый момент он, также находясь в отдаленном от него месте, вел переговоры по сотовому телефону[70] и т.п.

---

[70] В этом случае установление базовой станции, обслуживающей эти телефонные переговоры, может подтвердить имеющееся у данного лица алиби как минимум, о чем скажем подробнее позже, в отношении места нахождения в изучаемое следователем время принадлежащего этому лицу телефона мобильной сотовой связи.

Проверка такого выдвинутого алиби (либо, тем более, которое, как то предполагает следователь, может быть обвиняемым выдвинуто в дальнейшем) весьма специфична, требует не только использования для того специальных познаний, но – что в рассматриваемом отношении, несомненно, значимо – длительного для ее осуществления времени.

К примеру, в первом случае она обусловливает необходимость предвосхищающего осмотра с названной целью «содержимого» стационарного ПК, находящегося во владении (пользовании) подозреваемого/обвиняемого (его выемки для предупреждения фальсификаций имеющейся в нем информации и времени ее создания). Во втором случае – как минимум истребования тарификации переговоров, осуществлявшихся в интересующее следователя (суд) время, с привязкой ее к базовым станциям обслуживания соответствующей компании сотовой связи[71].

Обратим особое внимание – и проиллюстрируем нижеследующее положение примером из следственной практики, что в последнем случае объективно устанавливается местонахождение не человека, а находящегося в его пользовании аппарата мобильной сотовой связи (так сказать, «алиби телефона»). Задача установления того, кто им в исследуемый момент пользовался, – также часть рассматриваемой тактической операции.

Ж., обвиняемый в совершении тяжкого преступления в городе Воронеже, на одном из этапов расследования заявил себе алиби, пояснив, что в исследуемый момент он находился в Москве, откуда по своему сотовому телефону звонил своему сослуживцу Ю., но сотовый телефон последнего был вне зоны связи.

Ю. подтвердил поступление ему в названное время звонка с сотового телефона Ж., на который по определенным обстоятельствам он не имел возможности ответить. Данные факты были подтверждены и сведениями оператора связи о нахождении телефона Ж. в искомое время в Москве.

---

[71] См. об этом: *Иванова Н. А.* Применение специальных познаний при проверке «цифрового алиби» // Инф. Ресурс Интернета ; *Пономарев И. П.* Цифровое алиби // Воронежские криминалистические чтения. Воронеж, 2010. Вып. 12 ; *Его же*. Тактика допроса лица, ссылающегося на «цифровое алиби» // Теория и практика судебной экспертизы и криминалистики. Харьков, 2010. Вып. 10.

Дальнейшим расследованием было установлено, что Ж., подготавливая задуманное им преступление, направил водителя своей персональной машины с неким заданием в Москву, выдал ему свой сотовый телефон, дав указание в назначенное им время позвонить Ю., однако (если тот ответит на звонок) беседы с ним не вести и тут же телефон отключить.

Тут же заметим – и это чуть позже также будет проиллюстрировано примером из следственной практики – что особенности цифровых технологий могут быть использованы и для проверки алиби других уголовно-релевантных лиц, в частности, свидетелей.

При «предвосхищающей» проверке возможного алиби следует неукоснительно соблюдать одну из «заповедей», касающихся проверки алиби в целом, составляющую, по существу, основной принцип его проверки.

Любое алиби нуждается как минимум в двойной проверке.

А это означает, что и в рассматриваемых ситуациях следует (в зависимости от обозначенных выше способов возможного обоснования лицом наличия у него алиби):

а) проверять алиби лиц, которые в дальнейшем могут подтверждать алиби подозреваемого/обвиняемого, другого уголовно-релевантного лица (иными словами, могли ли они сами в исследуемое следователем/судом время находиться с ним вместе в определенном месте)[72].

Для иллюстрации важности установления и их алиби приведем пример из опубликованной следственной практики.

Сотрудник ППС Гринев обратился в дежурную часть УВД с заявлением, что несколько минут назад ему угрожал расправой и пытался задушить Шахов, которого, а также его друга Кошелькова, «голосовавших» на обочине, он согласился подвезти на своей машине, в которой ехал вместе с Цебровской.

Цебровская подтвердила, что в автомобиле Гринева Шахов высказывал угрозы убийством в ее адрес и в адрес Гринева.

Шахов и Кошельков в показаниях и на очных ставках с Гриневым не только отрицали факт своих противоправных действий

[72] Как упоминают Н. В. Кручинина и В. И. Шиканов, о необходимости проверки показаний свидетелей-очевидцев путем установления их алиби говорилось еще в Фарисейской галахе – систематизированном изложении законодательного материала древних евреев с комментариями. См.: *Кручинина Н. В., Шиканов В. И.* Указ. соч. С. 26–27.

в отношении последнего, но и поясняли, что никакой девушки в автомашине не было.

С целью проверки показаний Цебровской, – пишет следователь, расследовавший уголовное дело, возбужденное в отношении Шахова по признакам преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 105 УК, были запрошены сведения о соединениях ее мобильного телефона в день происшествия.

Оказалось, что в период, когда, по словам Гринева, в отношении него было совершено преступление, он и Цебровская отправляли друг другу SMS-сообщения и неоднократно созванивались. Под давлением этих доказательств девушка призналась, что не была свидетелем происходивших в автомобиле событий. Сообщить следствию ложные сведения ее попросил Гринев (в дальнейшем привлеченный к уголовной ответственности за заведомо ложный донос, учиненный по личным причинам)[73];

б) подлинность и достоверность документов, которыми подтверждается алиби (либо которые могут быть использованы для его подтверждения);

в) при проверке возможного заявления подозреваемым/обвиняемым «цифрового» алиби следует выяснять, кто работал или мог работать на его стационарном ПК в исследуемое следователем (судом) время; кто использовал или мог использовать в то же время телефон сотовой мобильной связи подозреваемого/обвиняемого (как в приведенном выше примере).

Очевидно, что такой проверке должно предшествовать выяснение этих же обстоятельств у лица, в отношении которого есть основания полагать, что оно в дальнейшем может себе заявить алиби, подтверждая его одним из названных выше способов (вспомним приведенное выше, сформулированное немецкими криминалистами широкое понятие алиби).

В заключение рассмотрения поставленной проблемы, из чувства научной корректности полагаем необходимым сказать следующее: многие из числа следователей и судей, с которыми автор ее обсуждал, весьма скептически относятся к необходимости предвосхищающей проверки возможного алиби лица, подвергающегося уголовному преследованию. Основной их довод при этом состо-

[73] См: *Атоян Г. Л.* Заведомо ложный донос // Предварительное следствие. 2012. Вып. 3–4 (17–18). С. 167.

ит в том, что это необоснованно усложняет процесс расследования (а вдруг алиби не будет заявлено, к чему тогда вся эта работа, считают они).

Однако мы убеждены в том, что вся сложность и несомненная трудоемкость планирования и осуществления предлагаемой «предвосхищающей проверки возможного алиби» есть действенное средство защиты доказательств, а потому, как сказано выше, является непременным элементом (подсистемой) рассматриваемой тактической операции.

Ее осуществление всецело окупится как качеством всего предварительного расследования преступлений, так, в частности, хотя это утверждение, на первый взгляд, несколько парадоксально, и сокращением их сроков. А они же, что совершенно очевидно, непомерно увеличиваются в случае необходимости полной и объективной проверки алиби, внезапно заявляемого лицом, подвергающимся уголовному преследованию, в рассмотренных выше ситуациях.

Об актуальности этих проблем и, думается, правомерности предлагаемого нами их решения убедительно свидетельствует следующее.

Видимо, исключительно желанием в некоей мере нивелировать возможность возникновения описанных выше ситуаций, решительно «разрубить» возникающий в связи с ними «гордиев узел» в сплетении доказывания, можно объяснить первоначальную редакцию ст. 234 УПК. В соответствии с ее ч. 6 ходатайство стороны защиты о вызове свидетеля для установления алиби подсудимого подлежало удовлетворению лишь в случае, если оно заявлялось в ходе предварительного расследования и лицами, осуществляющими уголовное преследование, было отклонено; кроме того, оно могло быть (а следовательно, могло и не быть) удовлетворено в случае, если о наличии такого свидетеля становилось известно после окончания предварительного расследования.

Как известно, в 2004 г. Конституционный Суд РФ признал, что эта норма не только приводит к отказу от гарантированного Конституцией РФ права обвиняемого/подсудимого не доказывать свою невиновность. Она фактически вводит процессуальную санкцию за использование этого права[74]. Во исполнение данного

[74] Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П // Рос. газета. 2004. 7 июля. № 143.

постановления КС РФ в 2006 г. это положение из ст. 234 УПК было исключено.

Иными словами, право лица, подвергающегося уголовному преследованию, на заявление своего алиби в любой момент предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовного дела обрело в настоящее время характер и значимость правовой презумпции.

Именно эти соображения лежат в основе предлагаемого нами структурирования предвосхищающей проверки алиби как непременного компонента рассматриваемой тактической операции.

Мы также полагаем, что предвосхищающей проверке с целью защиты доказательств подлежат и другие типовые версии, которые, по дедуктивным предположениям следователя, может выдвинуть в свою защиту подозреваемый/обвиняемый, дающий показания по расследуемому факту (либо даже после дачи по нему при первоначальном или очередном его допросе признательных показаний).

И здесь сразу же необходимо достаточно обширное отступление, посвященное значению «фактов» и «обстоятельств» в структуре показаний допрашиваемого лица.

Эти понятия – «факты» и «обстоятельства» – этимологически различны, далеко не равнозначны.

«Словарь синонимов русского языка» определяет значение слова «факт» как «быль, событие, реальность». «Обстоятельство» же есть «положение, ситуация, конъюнктура, обстановка, состояние, картина»[75].

Один и тот же факт может произойти при различных обстоятельствах, не меняющих его существа – события объективной действительности.

Факт однозначен. Он есть или его нет. Событие преступления имело место или его не было. Лицо виновно в совершении преступления или невиновно, называемые допрашиваемым лица в том или ином качестве участвовали в совершении преступления или к совершению преступления непричастны… Иного не дано.

И с этих позиций «факт» и «обстоятельство» – явления не только неоднопорядковые, но и в существе своем принципиально различные.

[75] Словарь синонимов русского языка. М., 1975. С. 300, 382, 574.

В полном соответствии с этим посылом, с точки зрения системного подхода, факт – событие (явление) неделимое, под которым в теории систем признается такое событие, которое не представляется в виде отдельных компонентов, имеющих независимые исходы. Неделимое событие имеет единственный исход[76]. В свете изучаемой нами проблемы это означает, что, овладев достоверными знаниями о лице, учинившем факт расследуемого события, следователь тем самым установил событие неделимое, составляющее стержень всей его деятельности по данному уголовному делу.

Однако передача знаний подозреваемым/обвиняемым следователю о самом факте совершения объективно противоправного деяния – о событии, как сказано, неделимом, непосредственно расследование, предметом которого этот факт является, чаще всего, не завершает. Для того следователю необходимы достаточные и также достоверные знания об обстоятельствах, объясняющих совершившийся факт, отношение последнего к совершенному факту, его последствиям и т.д.

И здесь для следователя, с точки зрения необходимости защиты им формируемых доказательств, тактическая ситуация складывается достаточно своеобразно. Названные чуть выше обстоятельства в рассматриваемом нами узком смысле этого понятия во многом представляются событиями (явлениями) делимыми. Овладение знаниями о них, или, как пишет Джеймс С. Коулмен, контроль над ними, означает полный контроль лишь над некоторой частью их (обстоятельств) последствий[77].

А поскольку, повторим, факт может быть совершен при различных обстоятельствах, имеющих различную уголовно-правовую и доказательственную значимость, то на определенных этапах процесса установления следователем всех элементов предмета доказывания противодействующие стороны могут владеть знаниями об обстоятельствах совместно. Из сказанного вытекает следующая тактическая рекомендация, имеющая непосредственное значение для защиты доказательств.

Следователь, желая получить от подозреваемого, обвиняемого достоверные показания о совершении им преступления, может

---

[76] См.: *Коулмен Дж. С.* Системы социального обмена // Математика в социологии. М., 1977. С. 419.

[77] См.: Там же. С. 419–420.

в этот момент допускать «вольную» интерпретацию допрашиваемым обстоятельств, которыми это лицо объясняет как сам факт совершения расследуемого деяния, так и степень своего в нем участия.

Даже полагая, что подобное объяснение подозреваемого истине не соответствует, следователь на данном этапе расследования может не акцентировать внимание подозреваемого на данных, ставящих под сомнение обстоятельства совершения факта, пока объективно не закрепит и не проверит факт неделимый. Им же в рассматриваемом отношении, повторим, является сам факт совершения расследуемого деяния именно этим лицом[78]. Лишь после объективного овладения следователем знаниями о факте целесообразна проверка показаний давшего по нему показания подозреваемого/обвиняемого об обстоятельствах совершения им факта этого преступления[79].

Однако, представляя себе, каким образом подозреваемый/обвиняемый может в интересах своей защиты интерпретировать обстоятельства совершения им преступления, следователь может эти версии проверить еще до того, как одна из них (или – несколько из таковых последовательно) будет этим лицом по расследуемому факту выдвинута. Иными словами, осознавая типичные в данном отношении защитные версии, осуществить их предвосхищающую проверку.

Примерами подобной проверки могут явиться ситуации, сложившиеся по следующим конкретным уголовным делам.

– Совершив наезд на пешехода, повлекший смерть потерпевшего, Ч. с места происшествия скрылся. Будучи задержанным через несколько дней, он сначала отрицал сам факт управления им в момент происшествия своей автомашиной. Затем в результате такти-

---

[78] Как известно, в следственной тактике этот тактический прием именуется «допущением легенды».

[79] Думается, при этом есть возможность достаточно широкого варьирования «обстоятельствами», связанными как с криминальными, так и посткриминальными условиями и ситуациями совершения и расследования преступлений, и в рамках реализации ряда известных тактических приемов допроса: «смещение акцентов», «использование свойств личности» и др. См. о них: *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика. М., 2003. С. 216–244 ; *Его же*. Тактика следственных действий. М., 2013.

чески грамотного его допроса следователем (с использованием им при этом оперативно-розыскных сведений) этот факт признал, но заявил, что в силу сложившейся транспортной ситуации в тот момент не имел технической возможности предотвратить наезд на пешехода.

«С пониманием» относясь к этим объяснениям Ч., следователь на данном этапе расследования уделил основное внимание объективизации его показаний о «неделимом факте» – о том, что именно он управлял в момент происшествия данной автомашиной. Для того им были допрошены названные Ч. лица (его жена, несколько друзей), подтвердившие, что именно Ч. за несколько минут до происшествия выехал из дома на своей машине, была проведена проверка показаний Ч. на месте происшествия и ряд других направленных на то следственных действий.

Лишь после этого следователем была назначена судебная автотехническая экспертиза, установившая, что у Ч. имелась техническая возможность предотвратить наезд на пешехода.

Ознакомившись совместно со своим защитником с выводами эксперта, Ч. признал себя виновным в нарушении правил ППД, повлекших тяжкие последствия, т.е. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 264 УК.

– Ф. совершил убийство К., произведя в него выстрел из охотничьего ружья.

Изъяв при обыске в доме Ф. ружье такого типа, следователь, назначая судебно-баллистическую экспертизу, помимо вопросов идентификационного характера, поставил перед экспертами и вопрос диагностический: «Возможно ли из данного экземпляра оружия производство выстрела без нажатия на спусковой крючок?» – и получил на него категорический отрицательный ответ[80].

Используя результаты идентификации – в результате судебно-баллистической экспертизы было установлено, что выстрел в потерпевшего был произведен из предоставленного на исследование оружия, следователь получил от Ф. признательные показания, давая которые подозреваемый, как то и предвидел следователь, объяснил, что умышленно убивать К. он не хотел, направил на него ствол ружья, «чтобы попугать; выстрел произошел самопроизвольно».

[80] Экспертиза назначалась и проводилась до того, как Ч. был задержан, т. е. до облечения его процессуальным статусом подозреваемого.

После того, как показания Ф. по самому факту его причастности к смерти К. были объективно проверены и подтверждены, т.е. было объективно установлено событие неделимое, подозреваемому было предъявлено заключение судебно-баллистической экспертизы. Ознакомившись с выводами эксперта по приведенному вопросу, Ф. признал себя виновным в умышленном убийстве потерпевшего по мотивам имевшихся между ними экономических разногласий.

– Расследуя дело о контрабандном вывозе заграницу произведений искусства, следователь предположил, что заподозренный в том В. (ранее занимавший ответственное служебное положение) может сделать попытку объяснить произошедшее самоуправством лиц, которым он поручил организовать и осуществить перевозку своих вещей в страну, в которую он переезжал на постоянное местожительство.

Для проверки этой возможной версии В. об обстоятельствах самого факта контрабанды следователь незамедлительно после возбуждения уголовного дела и еще до допроса В. подробно допросил всех лиц из его окружения, которые могли по поручению В. осуществить действия по транспортировке его вещей через таможенную границу страны. При этом у ряда из них имелось документально подтвержденное алиби на время перемещения указанных предметов через таможенную границу (факт наличия которого следователь тут же объективно проверил).

Неотложность их допросов обусловливалась тем, что следователь полагал, что в дальнейшем на данных лиц может быть оказано воздействие в целях дачи ими показаний в подтверждение этой версии.

Действительно, при допросе В. выдвинул предполагаемую следователем версию об обстоятельствах выявленного факта попытки незаконного перемещения указанных ценностей через таможенную границу страны. Однако его объяснения были тут же опровергнуты путем проведения очных ставок между В. и ранее допрошенными следователями лицами. На них, как затем было установлено, после вызова В. к следователю действительно оказывалось массированное воздействие с указанной выше целью.

Конечно же, защите подлежат лишь те сформированные на основе этих показаний доказательства, которые, во-первых, не вызы-

вают никаких сомнений в своей допустимости (критерии которой достаточно подробно проанализированы нами выше). Во-вторых, которые, по глубокому внутреннему убеждению следователя, являются достоверными, несмотря на возможный последующий отказ от них давшего такие показания допрошенного лица (для предупреждения которого и нейтрализации его последствий, в сущности, данная подсистема тактической операции по защите доказательств и разрабатывается).

Не менее значимой в практическом отношении, чем рассмотренные выше, подсистемой рассматриваемой тактической операции является защита доказательств от посягательств на них после завершения предварительного расследования и направления уголовного дела для рассмотрения в суд.

2.4. Защита доказательств в суде

Особенности деятельности по защите доказательств в условиях судебного разбирательства уголовных дел, как нам это представляется, состоят в следующем:

– во-первых, она представляет собой логическое продолжение защиты доказательств, осуществленной в досудебной стадии производства по уголовному делу;

– во-вторых, вполне понятно и естественно, субъектом направленной на то деятельности является не следователь, а сотрудник органов прокуратуры, поддерживающий по данному уголовному делу государственное обвинение;

– в-третьих, к началу судебного разбирательства по делу все представители стороны защиты в полном объеме ознакомлены с материалами предварительного по нему расследования, в первую очередь с доказательствами, лежащими в основе выдвинутого в отношении подсудимого обвинения, сконцентрированными и проанализированными следователем в обвинительном заключении, копия которого обвиняемому вручена. Как о том неоднократно говорилось выше, эта ситуация предоставляет стороне защиты возможность более целенаправленно осуществлять воздействие, в том числе и воздействие противоправное, на таковые доказательства;

– в-четвертых, наконец, сама по себе известная специфика судебного рассмотрения уголовного дела (его, как правило, публичность, динамичность и т.д.) усложняет, если зачастую не делает

невозможным, использование государственным обвинителем большинства тактических приемов разоблачения лжи, других видов противоправного воздействия на доказательства из арсенала криминалистической тактики, разработанных применительно к стадии предварительного расследования преступлений.

В то же время в целом направленность такового воздействия, его виды и формы в условиях судебного разбирательства уголовного дела (как и в производстве предварительного расследования) учитывает ряд положений, которые мы постулировали ранее, рассматривая сущность доказательства, его свойства и качество. Напомним их, экстраполируя данные тезисы применительно к проблеме защиты доказательств на этой стадии уголовного судопроизводства.

А) Для того чтобы исключить возможность использования сформированного доказательства в процессе доказывания по уголовному делу, достаточно лишить его одного из его атрибутивных признаков – относимости или допустимости.

Как показывает правоприменительная практика, «штатной» линией поведения стороны защиты в суде в первую очередь как раз и является обоснование отсутствия в отдельном сформированном следователем обвиняющем подсудимого доказательстве одного из названных его обязательных свойств.

«Поэтому, – верно в этой связи пишут И. М. Комаров и Е. И. Комарова, – отстаивая целостность системы следственных доказательств уголовного дела от заявленного стороной защиты ходатайства, государственный обвинитель должен привести такие контрдоводы их уголовно-процессуальной и (или) криминалистической допустимости, которые в полной мере соответствовали бы требованиям, относящимся к правомочности субъекта, их собравшего, законности источника, на основе которого они получены, использования при этом предусмотренного законом следственного действия и соблюдения установленных уголовно-процессуальным законом и криминалистическими рекомендациями требований»[81].

Тут же заметим, что оценка допустимости предоставляемого государственным обвинителем доказательства, сформированного на предварительном расследовании, зачастую усложняется использованием в уголовно-процессуальном законе в ряде случаев

[81] *Комаров И. М., Комарова Е. И.* Следственные ошибки и тактика их устранения в суде. М., 2014. С. 162.

формулировок, касающихся доказывания, сущность которых в нем либо вообще не раскрывается, либо излагается весьма неопределенно, что допускает их различную интерпретацию.

В частности, в настоящее время суд сталкивается с необходимостью оценки сложившейся в досудебном производстве по рассматриваемому им делу как исключительной (допускавшей некие отступления от общих правил производства следственных действий), а потому – допустимостью сформированных в этой ситуации доказательств.

Приведем пример по конкретному уголовному делу.

Будучи накануне доставленным в РОВД, 15 октября 2008 г. У. написал явку с повинной о своем участии в убийстве, совершенном 5 мая того же года, и был допрошен по ее существу в качестве подозреваемого.

В тот день, с 17 ч 45 мин до 2 ч 10 мин следующего дня с У. была проведена проверка его показаний на месте.

В судебном заседании У. отказался от своих признательных показаний, объяснив, что давал их под влиянием физического и психического воздействия со стороны следователя и оперативных сотрудников, и заявил ходатайство о признании протокола проверки его показаний на месте происшествия недопустимым доказательством. По его мнению, условий, позволявших следователю нарушить п. 3 ст. 164 УПК и провести это следственное действие в ночное время, в данном случае не было.

Любому сколь-либо представляющему практику расследования преступлений лицу, думается, очевидна причина этой «неотложности» данного следственного действия. Так же, как, заметим, и ее проблематичность с позиции закона, связанная в данном случае с тем, что со времени совершения преступления до проведения этого следственного действия прошло более 5 месяцев. Установление новых обстоятельств, имеющих значение для дела, на что это действие направлено (ст. 194 УПК), вряд ли обусловливало необходимость его производства в ночное время как в ситуации, «не терпящей отлагательств».

Суд, поддержав позицию прокурора, отказывая в удовлетворении этого ходатайства, пришел к весьма спорному с учетом описанной выше следственной ситуации процессуальному выводу о том, что «после того, как У. при допросе в качестве подозреваемого

дал показания об обстоятельствах убийства потерпевших, проверка показаний У. на месте происшествия явилась случаем, не терпящим отлагательства».

На последующую после оглашения данного постановления просьбу подсудимого разъяснить ему, почему все же эта ситуация является случаем, не терпящим отлагательств, судья… предупредил его о недопустимости проявлять неуважение к суду и нарушать порядок ведения судебного заседания[82].

Б) Для того чтобы придать искаженной или полностью вымышленной заинтересованными в исходе уголовного дела лицами информации значимость уголовно-процессуального доказательства, достаточно обосновать ее относимость к исследуемому факту и облечь ее (обусловить необходимость для субъекта доказывания такового облечения) в форму, предусмотренную уголовно-процессуальным законом для формирования соответствующего доказательства.

Противоправные способы реализации подобной мотивации со стороны лиц, заинтересованных в исходе судебного рассмотрения уголовного дела, как и правовые и тактические средства предупреждения направленных на то посягательств на доказательственную информацию и доказательства, нейтрализации их последствий подробно рассмотрены нами выше.

В условиях судебного разбирательства эти тактические приемы воплощаются в умении государственного обвинителя производить перекрестные и шахматные допросы вызванных в заседание лиц[83].

Тактика этих основных судебных действий следственного характера, в том числе направленных на нейтрализацию последствий посягательств на доказательства, подробно изучена в соответствующей криминалистической литературе[84] (что позволяет нам здесь

---

[82] См.: Архив Воронежского областного суда. 2011 г., Уголовное дело № 2-2/11.

[83] Как по списку обвинительного заключения, так и вызываемых дополнительно для допроса их в суде по инициативе стороны обвинения и (что чаще) стороны защиты.

[84] См.: *Александров А. С., Гришин С. П.* Перекрестный допрос в уголовном процессе. Н. Новгород, 2007 ; *Гавло В. К., Воронин С. Э.* Актуальные проблемы поисково-познавательной деятельности в суде. Барнаул, 2000 ; *Кисленко С. Л., Комиссаров В. И.* Судебное следствие : состояние и перспективы. М., 2003 ; *Кисленко С. Л.* Деятельность по поддержанию государственного

ее не излагать). Оговорим лишь, что при этом прокурору следует учитывать и оперативную информацию, которую ему должны предоставлять соответствующие службы, обязанные, как то нам представляется и о чем говорилось выше, осуществлять оперативное сопровождение рассмотрения уголовного дела в суде.

Более подробно, думается нам, следует остановиться в контексте изучаемой тактической операции по защите доказательств при судебном рассмотрении уголовных дел на двух следующих проблемах.

Сущность первой из них мы считаем уместным раскрыть на следующем примере из опубликованной судебной практики.

Верховный Суд Республики Саха (Якутия), рассматривая конкретное уголовное дело, принял постановление об отводе государственного обвинителя Федорова по мотиву его необъективности, удовлетворив тем самым ходатайства подсудимых. В них же указывалось, что он «обрабатывает» свидетелей до начала их допроса, т.е. оказывает на них давление в нарушение процедуры, предусмотренной уголовно-процессуальным законом, знакомит свидетелей с их показаниями, данными во время предварительного следствия.

Верховный суд РФ данное решение суда первой инстанции оставил без изменения, указав в кассационном определении следующее:

«…Принимая решение об отводе государственного обвинителя Федорова Е. В., судья обоснованно руководствовался требованиями ст. 61 ч. 2 УПК РФ, согласно которой лица, указанные в части первой настоящей статьи, в том числе и прокурор, не могут участвовать в производстве по уголовному делу также в случаях, если имеются иные обстоятельства, дающие основание полагать, что они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в исходе данного уголовного дела».

Как установлено судьей, и это не оспаривается в кассационном представлении, в результате допроса в суде свидетелей Афонской Н. П. и Эверстова Ф. Д. выяснилось, что по прибытии свидетелей

обвинения в судебном разбирательстве уголовных дел как объект криминалистического исследования, М., 2015 ; *Корчагин А. Ю.* Основы криминалистического обеспечения судебного разбирательства уголовных дел. М., 2009 ; *Питерцев С. К., Степанов А. А.* Тактика допроса на предварительном следствии и в суде. СПб., 2001 ; *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002.

29 января 2007 г. в здание Верховного суда РС (Я) по судебной повестке, до начала их допроса в судебном заседании они были приглашены прокурором Федоровым Е. В. к нему в кабинет, где он дал им прочитать их показания, которые они давали во время предварительного следствия, чтобы они вспомнили свои показания. Афонская прочитала, а Эверстов читать показания не стал.

Такое поведение государственного обвинителя Федорова вызвало обоснованные сомнения у стороны защиты в его объективности и беспристрастности.

Судья, удовлетворяя ходатайство стороны защиты об отводе государственного обвинителя, обоснованно исходил из того, что общение прокурора Федорова Е. В. со свидетелями во внепроцессуальной форме при указанных обстоятельствах является достаточным основанием полагать о проявлении необъективности с его стороны, а также о личной заинтересованности в исходе дела.

Доводы кассационного представления о том, что государственный обвинитель Федоров Е. В. действовал в рамках закона, не нарушая его, неосновательны.

Порядок исследования показаний свидетеля, данных им на предварительном следствии, в том числе и оглашение его показаний, предусмотрен Уголовно-процессуальным кодексом РФ, в частности, ст. 281 УПК РФ.

В установленной уголовно-процессуальным законом процедуре допроса свидетеля стороны обвинения или защиты непосредственно в судебном заседании реализуется принцип состязательности сторон, предусмотренный ст. 15 УПК РФ, а также обеспечивается участникам судебного разбирательства равное право на допрос свидетеля в суде.

Иная форма общения участников процесса с вызванными в суд для дачи показаний свидетелями, тем более одной из сторон (в данном случае стороны обвинения в кабинете прокурора) вызывает обоснованное сомнение в беспристрастности и объективности таких лиц.

Согласно ст. 246 ч. 7 УПК РФ, государственный обвинитель правомочен не только поддерживать обвинение в суде, но и отказаться от обвинения, если в ходе судебного разбирательства придет к убеждению, что представленные доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение.

Как указано в части 2 ст. 6 УПК РФ, уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечает назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания.

Таким образом, по смыслу уголовно-процессуального закона прокурор в ходе судебного разбирательства дела не вправе совершать действий, не предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом, которые могут поставить под сомнение его объективность как должностного лица, уполномоченного в пределах его компетенции, установленной законом, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также поддерживать в суде государственное обвинение, обеспечивая его законность и обоснованность…»[85].

Из этого примера очевидно, что данная проблема, в сущности, сводится к следующей дилемме: *имеет ли государственный обвинитель право для предотвращения изменения показаний лицами, допрошенными на предварительном следствии, обсуждать с ними эти проблемы до их допроса в суде?*

Как то видно из приведенного примера, Верховный Суд РФ разрешает ее в отрицательном ключе: нет, государственный обвинитель такого права не имеет.

В то же время многие специалисты в области уголовного процесса и криминалистики не видят в таком поведении государственного обвинителя какого-либо «криминала», не считают его злоупотреблением им своим служебным положением, иными словами, полагают его допустимым средством, направленным на защиту доказательств.

«Достаточно эффективным такое поведение, – пишут, например, И. М. Комаров и Е. И. Комарова, – может быть в процессе судебного рассмотрения уголовных дел, в основе которых лежит острый межличностный конфликт подсудимого и потерпевшего. В этой ситуации государственный обвинитель должен быть уверен в том, что потерпевший не откажется от своих обвинительных показаний, данных на предварительном расследовании.

Чтобы убедиться в этом, государственный обвинитель до начала судебного разбирательства может побеседовать с потерпевшим,

[85] Кассационное определение Верховного Суда РФ от 3 июня 2007 г. № 74-о07-23.

предварительно выяснив его позицию относительно предстоящего рассмотрения уголовного дела в суде первой инстанции. Разумеется, эта беседа должна быть основана на правилах юридической этики и исключать всякое давление на потерпевшего. В процессе беседы следует обратить внимание на эмоциональный настрой потерпевшего относительно предстоящего ему выступления в суде. Анализ такой информации позволит государственному обвинителю правильно распорядиться ее результатами в начале судебного следствия».

Свой вывод эти авторы иллюстрируют материалами следующего конкретного уголовного дела.

Федорцов А. С. органами предварительного расследования обвинялся в изнасиловании гражданки К., преступлении, предусмотренном ч. 1 ст. 131 УК РФ. На протяжении всего расследования, несмотря на обвинительные показания К. и косвенные обвинительные доказательства преступления, Федорцов А. С. отказывался давать показания и свою вину не признавал. С учетом этой криминалистической ситуации государственный обвинитель перед началом судебного следствия выяснил у потерпевшей ее позицию и, убедившись в твердости ее намерения изобличить насильника, предложил судье исследование доказательств начать с допроса К. Такая тактика имела положительное действие на Федорцова А. С., который частично признал свою вину и дал суду показания о совершенном преступлении[86].

Более сложными, также направленными на защиту доказательств, являются действия государственного обвинителя в следующем случае из судебной практики.

После отмены оправдательного приговора и направления в суд для повторного рассмотрения уголовного дела об убийстве, совершенном группой лиц, по которому лишь один из подсудимых – Д. ранее давал признательные показания, государственным обвинителем была запланирована и осуществлена следующая тактическая операция, обусловленная сложившейся криминалистической ситуацией.

Она включала в себя следующие взаимосвязанные и взаимообусловленные оперативные мероприятия, судебные (в данном случае) действия следственного характера и тактические приемы их осуществления.

[86] См.: *Комаров И. М., Комарова Е. И.* Указ. соч. С. 173.

1. До начала рассмотрения дела в следственном изоляторе с Д. была проведена подготовительная работа. Его допрос отрепетировали: был обыгран каждый вопрос и каждый ответ. Никаких сомнений и предположений и никаких подробностей, ведь преступление было совершено пять лет назад.

2. С Д. было обусловлено, что он будет допрошен первым, сразу после вступительного слова прокурора (дело рассматривалось с участием присяжных заседателей) и определения порядка исследования доказательств.

3. В судебном заседании Д. после свободного рассказа (в сути своей, содержащего ранее отрепетированные ответы), в соответствии с обговоренным с государственным обвинителем планом, от дачи дальнейших показаний отказался. Более не давал показаний до конца судебного следствия, не отвечая ни на вопросы прокурора, ни на вопросы защиты.

4. Только в конце судебного следствия Д., согласно плану, ответил на вопросы своего адвоката (у нас нет сомнений, что государственным обвинителем линия поведения Д. была согласована не только с ним, но и с его защитником).

«Остальные доказательства стороны обвинения, – отмечает в статье с символическим названием «На ошибках учимся» описавший эту тактическую операцию Ю. Гершевский, – “нанизывались” в строгой последовательности на показания Д. – одно за другим, от общего к частному. Каждое следующее доказательство подтверждало правдивость показаний Д.».

В итоге проведения этой операции, добавляет автор, «если при первом рассмотрении этого уголовного дела в 2007 г. был вынесен оправдательный вердикт, причем с разгромным для государственного обвинения счетом 11 : 1, то при повторном его рассмотрении в 2009 г. вынесен обвинительный вердикт с совершенно обратным результатом: 1 : 11»[87].

Тут же оговоримся: приводя этот пример, мы условно абстрагируемся от очевидной дискуссионности самого проведения этой тактической операции, возможной неоднозначности в оценке ее допустимости.

Для обоснования своего мнения по этому вопросу, непосредственно связанного с теми или иными посягательствами на дока-

[87] *Гершевский Ю*. На ошибках учимся // Законность. 2010. № 3. С. 29–30.

зательства на стадии судебного производства по уголовному делу, нам представляется уместным сформулировать такие постулаты, теоретическая и практическая состоятельность которых, думается, сомнений вызвать не может:

–- государственный обвинитель вступает в судебный процесс *для поддержания от имени государства обвинения,* сформулированного в отношении подсудимого в утвержденном прокурором обвинительном заключении;

– с этих позиций и для достижения этой цели государственный обвинитель осуществляет в суде исследование доказательств, активно используя для этого все предоставленные ему процессуальные возможности и средства криминалистики, разработанные применительно к судебному производству по уголовному делу, обеспечивая тем самым (что подчеркивается в приведенном определении Верховного Суда РФ) законность и обоснованность обвинения;

– в то же время нет никаких сомнений в том, что адвокат непременно готовит своего подзащитного к допросу в суде с целью оптимального выявления при нем оправдывающих его или смягчающих его ответственность обстоятельств, при этом правомерность такой подготовки подсудимого к допросу с его стороны также сомнений не вызывает.

Это зачастую относится и к подготовке адвокатом к допросу свидетелей со стороны защиты, список которых для включения их в этом качестве в обвинительное заключение он, в соответствии с ч. 4 ст. 217 УПК, может предложить следователю.

Нет также никаких сомнений, что любое ходатайство адвоката о допросе в суде ранее не допрошенных свидетелей, особенно, явившихся в суд по инициативе адвоката (суд, как известно, не вправе отказать в допросе таких лиц), предопределено результатами проведенных им бесед с этими лицами.

И здесь логично возникает вопрос о паритете прав и возможностей состязающихся в суде сторон: если право и возможности адвоката на такую подготовку к допросам в суде сомнений не вызывает, то почему их должен быть лишен государственный обвинитель? Тем более если в его распоряжении имеются данные о воздействии на лиц, еще подлежащих допросам в суде с целью изменения ими ранее данных показаний (как уже выявившиеся в судебном заседа-

нии, так и предоставленные ему сотрудниками, осуществляющими упомянутое выше оперативное сопровождение судебного разбирательства по делу).

А потому, учитывая реалии криминальной, посткриминальной и криминалистической практики, мы не сомневаемся *в принципиальной допустимости подготовки государственным обвинителем потерпевших, свидетелей, вызванных в суд со стороны обвинения, к их участию в судебном рассмотрении уголовного дела.*

Проблема состоит в ином.

Реальная опасность такой подготовки, и мы ее всецело осознаем, состоит в том, что она может представлять собой принуждение этих лиц к подтверждению ими в суде ранее данных, по тем или иным причинам ложных показаний (мы не исключаем, что таковое могло иметь место в приведенном выше примере из судебной практики).

Нам представляется, что существование этих проблем игнорировать не следует, так же, как нельзя признать позитивным с точки зрения достижения назначения уголовного судопроизводства принципиальное отрицательное их решение.

Более разумным, по нашему убеждению, явится создание некоего правового механизма, обеспечиваемого научно обоснованными тактическими на этот счет рекомендациями, подготовки государственным обвинителем потерпевших, свидетелей со стороны обвинения к их участию в судебном разбирательстве уголовного дела (мы отдаем себе отчет в крайней дискуссионности нашего предложения, на продолжение обсуждения которого в литературе надеемся).

В частности, он, думается, должен содержать положения о том, что о факте таких бесед государственного обвинителя с лицами, которых предполагается допросить в судебном заседании, должна быть уведомлена сторона защиты и суд, который в этом случае будет иметь возможность учитывать это обстоятельство при оценке достоверности данных затем этими лицами показаний.

Тут же особо подчеркнем следующее.

Все сказанное о направленности деятельности государственного обвинителя, в том числе и предлагаемые возможности разрешения рассмотренной выше проблемы, совершенно не означает, что в

результате судебного следствия он не может прийти к необходимости полного или частичного отказа от обвинения, если убедится, что исследованные в суде доказательства не подтверждают предъявленного подсудимому обвинения.

В этой связи мы в принципе не может согласиться с В. Г. Ульяновым, который в своей докторской диссертации и одноименной с ней монографии совершенно недвусмысленно и, по нашему убеждению, совершенно ошибочно пишет: «Очевидно, что отказ прокурора от обвинения противоречит требованию установления истины»[88].

Разве истина пострадает, а не укрепится, если прокурор откажется от противоречащего ей обвинения и не будет продолжать его отстаивать, посягая тем самым, по нашему убеждению, на доказательства?

Вот что писал в начале XX в. по вопросу об отказе прокурора в суде от обвинения А. Ф. Кони: «Обвинительный акт, опирающийся на различные доказательства, между которыми главное место занимают свидетельские показания, может оказаться лишенным всякой силы, когда эти доказательства при разработке их судом на перекрестном допросе, при обозрении их или при экспертизе предстанут совсем в другом свете, чем тот, который они имели в глазах обвинителя, составлявшего акт. Данные обвинительного акта могут остаться и нетронутыми, но то, что будет приведено защитой подсудимого или им самим в свое оправдание, может до такой степени правдиво изменить житейский облик подлежащего суду поступка, установив на него иную точку зрения, что *поддержание обвинения во что бы то ни стало являлось бы действием не только бесцельным, но и нравственно недостойным»* (выделено нами. – О. Б.)[89].

Вторая проблема, непосредственно связанная с защитой доказательств в суде, касается «зеркала» осуществленного правосудия по уголовному делу – протокола судебного заседания.

Сразу скажем, что протокол судебного заседания (обязательность ведения которого в суде первой инстанции за всю историю кодифицированного уголовно-процессуального законодательства под сомнения не ставилось) занимает особое и своеобразное ме-

[88] *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 14.

[89] *Кони А. Ф.* Собр. соч. : в 8 т. М., 1967. Т. 4. С. 139.

сто среди всех видов протоколов, в форме которых отражается сущность всех произведенных по делу действий, само содержание осуществленного доказывания по уголовному делу.

Главная «ипостась» протокола судебного заседания – и этому, к сожалению, в литературе уделяется, на наш взгляд, недостаточное внимание – состоит в том, что именно в нем опосредуются все доказательства, судом исследуемые. Иными словами, как протоколы следственных действий служат формой создания большинства доказательств, собираемых и исследуемых на предварительном расследовании, так и протокол судебного заседания выступает формой – единственной, в которую облекаются судебные доказательства в узком значении этого понятия.

Если некие исследованные судом сведения не нашли своего отражения в протоколе судебного заседания, то они в принципе не могут быть использованы судом для установления (как того требует ст. 74 УПК) наличия или отсутствия обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Более того, лишь на основе тщательнейшего анализа протокола судебного заседания вышестоящие (апелляционная, кассационная и надзорная) инстанции делают вывод о законности и обоснованности судебного решения, постановленного судом при рассмотрении им уголовного дела по существу.

УПК, в целом сохранив преемственность с тем, как рассматривались вопросы составления протокола судебного заседания и рассмотрения замечаний на него по УПК РСФСР 1960 г., в то же время, дополнив его рядом весьма важных новаций, изложил требования, предъявляемые к этому процессуальному акту, в следующем виде[90].

Статья 259. Протокол судебного заседания

1. В ходе судебного заседания ведется протокол.

2. Протокол может быть написан от руки, или напечатан на машинке, или изготовлен с использованием компьютера. Для обеспечения полноты протокола при его ведении могут быть использованы стенографирование, а также технические средства.

3. В протоколе судебного заседания обязательно указываются: <…>.

---

[90] Далее воспроизводятся лишь положения этой правовой нормы, которые имеют прямое отношение к проблеме защиты доказательств.

5) действия суда в том порядке, в каком они имели место в ходе судебного заседания;

6) заявления, возражения и ходатайства участвующих в уголовном деле лиц;

7) определения или постановления, вынесенные судом без удаления в совещательную комнату;

8) определения или постановления, вынесенные судом с удалением в совещательную комнату;

9) сведения о разъяснении участникам уголовного судопроизводства их прав, обязанностей и ответственности;

10) подробное содержание показаний;

11) вопросы, заданные допрашиваемым, и их ответы;

12) результаты произведенных в судебном заседании осмотров и других действий по исследованию доказательств;

13) обстоятельства, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол;

14) основное содержание выступлений сторон в судебных прениях и последнего слова подсудимого;

15) сведения об оглашении приговора и о разъяснении порядка ознакомления с протоколом судебного заседания и принесения замечаний на него; <…>.

5. Если в ходе судебного разбирательства проводились фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка допросов, то об этом делается отметка в протоколе судебного заседания. В этом случае материалы фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки прилагаются к материалам уголовного дела.

6. Протокол должен быть изготовлен и подписан председательствующим и секретарем судебного заседания в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Протокол в ходе судебного заседания может изготавливаться по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их изготовления.

7. Ходатайство об ознакомлении с протоколом судебного заседания подается сторонами в письменном виде в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Указанный срок может быть восстановлен, если ходатайство не было подано по уважительным причинам. <…> Председательствующий обеспечивает сторонам

возможность ознакомления с протоколом судебного заседания в течение 3 суток со дня получения ходатайства. Председательствующий вправе предоставить возможность ознакомления с протоколом и иным участникам судебного разбирательства по их ходатайству и в части, касающейся их показаний. Если протокол судебного заседания в силу объективных обстоятельств изготовлен по истечении 3 суток со дня окончания судебного заседания, то участники судебного разбирательства, подавшие ходатайства, должны быть извещены о дате подписания протокола и времени, когда они могут с ним ознакомиться. Время ознакомления с протоколом судебного заседания устанавливается председательствующим в зависимости от объема указанного протокола, однако оно не может быть менее 5 суток с момента начала ознакомления. В исключительных случаях председательствующий по ходатайству лица, знакомящегося с протоколом, может продлить установленное время. В случае если участник судебного разбирательства явно затягивает время ознакомления с протоколом, председательствующий вправе своим постановлением установить определенный срок для ознакомления с ним (ч. 7 в ред. Федерального закона от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ).

8. Копия протокола изготавливается по письменному ходатайству участника судебного разбирательства и за его счет.

Первым из приведенных нормативных положений, на наш взгляд, требующим себе углубленного критического анализа в контексте проблемы защиты доказательств, сформированных в судебном разбирательстве уголовного дела, является заимствованное из УПК РСФСР 1960 г. указание об изготовлении этого процессуального акта «*в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания*».

Таким образом, это положение проверено временем и, казалось бы, вполне логично: протокол судебного заседания – документ сложный и, чаще всего (даже исходя из тех параметров, которые он должен содержать в соответствии со ст. 259 УПК), весьма объемный. На первый взгляд, изготовить его к самому моменту окончания судебного заседания практически невозможно, да и, по мнению законодателя, видимо, нецелесообразно. Достаточно, чтобы он был изготовлен и подписан председательствующим и секретарем судебного заседания после окончания самого судебного заседания в указанный в данной статье УПК срок.

И тем не менее это положение нам представляется методологически и гносеологически ущербным как минимум по следующим взаимосвязанным причинам.

Главная из них заключается в том, что суд, удаляясь в совещательную комнату для постановления приговора, *не имеет при себе* протокола проведенного судебного заседания, и это, как видим, не противоречит действующему УПК[91].

Иными словами, удалившись для постановления итогового решения в совещательную комнату, судья вынужден оценивать исследованные в ходе судебного следствия доказательства на основе того, как они сохранились в его памяти. Иногда некой объективности этой оценки способствуют краткие записи о существе доказательств, которые, как правило, судьи ведут на протяжении всего судебного процесса.

А если судебное разбирательство по делу длилось даже не дни, а месяцы, если дело состоит не из одного, а многих эпизодов, если дело рассматривается в отношении не одного, а нескольких подсудимых (как это зачастую бывает в последнее время)? Вряд ли все нюансы в исследованных доказательствах в необходимом объеме для вынесения правосудного приговора (в полном смысле этого понятия) сохранятся в памяти судей или отражены в их кратких записях, выполненных по ходу процесса.

Не будем скрывать, что в том числе и по этой причине судьи, постановляя приговор, часто ориентируются на состав доказательств и его анализ, проведенные следователем в обвинительном заключении, упуская в ряде случаев их видоизменения в ходе судебного разбирательства.

Более того, в этой же связи, и в том в приватных беседах признавалось большинство судей, с которыми автор обсуждал данную проблему, в ряде случаев впоследствии протокол судебного заседания корректируется (мягко скажем) под уже оглашенный судом приговор…

---

[91] Обратим внимание, что в Уставе уголовного судопроизводства России 1864 г. срок изготовления протокола судебного заседания специально не оговаривался. Однако ст. 842 указывала, что «при объявлении приговора протокол судебного заседания предъявляется для рассмотрения участвующим в деле, а неграмотным из них прочитывается, если они того пожелают». Это, как мы понимаем, означало, что к моменту объявления приговора протокол судебного заседания уже должен был быть изготовлен.

А если подсудимый или потерпевший (их представители), свидетель, на показания которого как на доказательство сослался суд в постановленном приговоре, ознакомившись затем с протоколом судебного заседания, принесет на него замечания (об этой проблеме будет говориться ниже), указывая, что в нем искажен смысл данных им показаний?

Нет, думается, никаких сомнений в результате рассмотрения судом этих замечаний, ибо их удовлетворение будет свидетельствовать о неправосудности постановленного приговора.

Вторая причина. Постановляя приговор, суд в нем анализирует исследованные в судебном заседании доказательства, приведшие его к соответствующим выводам по существу рассмотренного им уголовного дела.

Однако процессуальной аксиомой является то, что любые сведения, в первую очередь содержащиеся в показаниях допрошенных по делу лиц и в других предусмотренных ст. 74 УПК источниках, выступают в качестве судебных доказательств лишь в тех случаях, если они сформированы (получены) с соблюдением требований уголовно-процессуального закона, в частности, если они опосредованы в протоколах следственных и судебных действий (п. 5 ч. 2 ст. 74 УПК); этим-то, по существу, отличается судебное доказывание от познания во всех других областях и сферах действительности.

«*Суд*, – совершенно верно пишет по этому поводу С. А. Шейфер, – *фиксируя в протоколе результаты познавательных действий, формирует новые доказательства,* которые по своему содержанию могут совпадать с доказательствами, полученными органом расследования, но могут и отличаться от них… *Суд обязан* мотивировать свой приговор, т. е. *привести доказательства*, на которых основан его вывод» (выделено нами. – *О. Б.*)[92].

А любое доказательство можно считать окончательно сформированным с момента «объективизации субъектом доказывания воспринятых им сведений, т. е. их закрепления с помощью предусмотренных законом средств фиксации» (С. А. Шейфер). Напом-

[92] *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2008, С. 30, 31. Исключения из этого положения составляют приговоры, постанавливаемые на основании вердиктов присяжных заседателей, которые они «не мотивируют, и мотивировать не могут». Там же. С. 39.

ним, что это мнение разделяется большинством других специалистов в области теории и практики доказывания в уголовном судопроизводстве[93].

Единственным же предусмотренным законом средством фиксации воспринятых сведений при судебном разбирательстве уголовного дела, единственным средством формирования в уголовном суде доказательств является, что очевидно, протокол судебного заседания.

Таким образом, как это на первый взгляд ни парадоксально, в отсутствии подписанного протокола судебного заседания эти доказательства еще не существуют, они еще не сформированы в установленном уголовно-процессуальным законом порядке. Иными словами, и на это и ранее обращалось внимание в литературе, «суд, находясь в совещательной комнате, не имеет перед собой основного и единственного источника доказательства, опираясь на который он сможет вынести законный и справедливый приговор»[94].

В то же время, как известно, «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением Федерального закона» (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ).

Таким образом, по нашему убеждению, ссылки в приговоре, постановленном в отсутствие изготовленного и подписанного протокола судебного заседания, на исследованные в суде уголовно-релевантные сведения неконституционны; эти сведения, повторим, еще не доказательства, они в этом качестве еще не сформированы, а потому их использование как таковых при осуществлении правосудия недопустимо[95].

---

[93] Подобное мнение о формировании доказательств в уголовном процессе неоднократно обосновывалось в работах Р. С. Белкина, Н. П. Кузнецова, Н. Н. Лысова, А. И. Трусова и многих других авторов. Только фиксация фактических данных в установленном законом порядке, пишет, например, А. Р. Белкин, «и позволяет после этого считать их доказательствами по делу». *Белкин А. Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 189.

[94] *Дулов А. В., Печерский В. В.* Принцип непосредственности в уголовном процессе России : URL: http://russian–lawyers.ru//npsr.Shtml

[95] Мы не исключаем того, что эта проблема в ближайшее время может стать предметом обсуждения Конституционного Суда РФ.

Единственным теоретически и практически корректным выходом из этой ситуации нам видится то, чтобы суд, удаляясь в совещательную комнату для постановления приговора, располагал изготовленным и подписанным протоколом судебного заседания по рассматриваемому уголовному делу. Такое предложение и ранее высказывалось в литературе[96].

Однако мы полагаем, что речь в данном случае должна идти не об окончательном изготовлении протокола судебного заседания, а лишь в части проведенного по делу судебного следствия. С этой частью протокола судебного заседания должны быть ознакомлены стороны и другие лица, имеющие в соответствии с законом на то право (как и право на принесение замечаний на протокол судебного заседания; об одном из аспектов этого будет сказано ниже).

Лишь после рассмотрения судом поступивших замечаний на эту часть протокола судебного заседания суд должен переходить к прениям сторон, заслушивать последнее слово подсудимого, а затем удаляться в совещательную комнату для вынесения решения по делу[97].

Только при соблюдении предлагаемого регламента оно будет обоснованно, как того и требует уголовно-процессуальное право, в полном соответствии со сформированными по результатам судебного следствия доказательствами.

Кроме приведенного наиболее принципиального довода о необходимости предлагаемого порядка изготовления протокола судебного заседания, мы полагаем и следующее. Ознакомление представителей сторон с протоколом судебного заседания в части проведенного по делу судебного следствия перед началом прений если не исключит полностью, то существенно снизит вероятность «вольного» изложения в них сущности исследованных в судебном заседании уголовно-релевантных сведений. А это (что с очевидностью показывает судебная практика) нередко встречается в речах и государственного обвинителя, и защитника подсудимого, и других участников судебных прений.

---

[96] См., например: *Львова Е., Паршутин В*. Недостоверный протокол судебного заседания – не доказательство // Рос. юстиция. 2003. № 9. С. 12.

[97] Подобного мнения придерживаются и другие исследователи этих проблем. См.: *Львова Е., Паршуткин В*. Указ. соч. ; *Исаков А. В*. Протокол судебного заседания и некоторые проблемы его использования адвокатом-защитником // Юридический мир. 2006. № 2.

Несомненно, что затем протокол судебного заседания должен быть дополнен информацией, содержащей сведения, необходимость отражения которых в этом процессуальном документе перечислена в п. 14–16 ч. 2 ст. 259 УПК, в связи с чем и эта часть его также должна быть подписана председательствующим и секретарем судебного заседания.

В тоже время – и это также убедительно показывает вся опубликованная и неопубликованная судебная практика – практически все приносимые на протоколы судебных заседаний замечания касаются не этой части протоколов, а именно судебного следствия: изложения в нем порядка и сущности исследования судом доказательственной информации, соблюдения притом прав участников судебного разбирательства по делу.

Мы убеждены, что необходимость суда знакомить впоследствии стороны с окончательно изготовленным протоколом судебного заседания, включающего, помимо части судебного следствия, с которой (как это предлагается) они уже будут ознакомлены, и вторую описанную выше его часть, деятельность суда по завершению рассмотрения уголовного дела не усложнит.

Еще несколько замечаний по поводу действующей редакции ст. 259 УПК с точки зрения защиты доказательств в судебном разбирательстве уголовных дел.

У нас вызывает определенные возражения формулировка, содержащаяся в анализируемой статье УПК, указывающая на то, что протокол судебного заседания *может* изготовляться по частям и что по ходатайству сторон им *может быть* предоставлена возможность ознакомиться с этими частями протокола по мере их изготовления.

Нет сомнений, что закрепление в законе возможности изготовления протокола судебного заседания по частям отражает и учитывает объективные реалии современной судебной практики, то, что судебное разбирательство по уголовному делу зачастую продолжается весьма длительное время. Знакомясь с протоколом судебного заседания после провозглашения по нему судом приговора, постановленного, как отмечалось выше, в ряде случаев через месяцы (а иногда и годы!) после начала судебного разбирательства, вряд ли кто сможет при необходимости убедительно обосновать свои замечания к его содержанию. Как в таком случае воспроизвести в

памяти (даже пользуясь своими черновыми записями) и убедить суд, что именно и во всех необходимых для доказывания позиции той или иной стороны нюансах, прозвучало в судебном заседании два или три года тому назад?

На первый взгляд, решением этой проблемы могла бы стать фиксация сторонами хода судебного заседания техническим средствами, например, его аудиозаписью, которую они могли при необходимости прилагать в обоснование своих замечаний. Но реализация этого предложения сопряжена с многочисленными организационными и техническими сложностями, в частности, необходимостью в каждом таком случае решения вопроса о наличии или отсутствии монтажа в предоставленных сторонами суду аудиозаписях, и т. п.[98]

Однако нам совершенно непонятно, почему законодатель решение об изготовлении протокола судебного заседания по частям, как и ознакомление с ними сторон, связал исключительно с волеизъявлением на то суда. Суд может это делать, а может, как о том свидетельствует судебная практика, без объяснения причин отказать ходатайствующей о том стороне и в изготовлении протокола судебного заседания по частям, и в ознакомлении с изготовленными частями протокола[99].

Не ставя под сомнение руководящую роль суда в состязательном уголовном судопроизводстве, мы все же убеждены, что комментируемое положение УПК подлежит изменениям. Решение вопроса об изготовлении протокола судебного заседания по частям должно зависеть не только от инициативы или волеизъявления («доброй воли») самого суда, но напрямую – от ходатайства в этом отношении стороны.

Весьма принципиальной и, несомненно, позитивной нам представляется новелла анализируемой статьи, предоставившая право председательствующему возможность ознакомления с протоколом судебного заседания не только сторонам, но и иным участникам судебного разбирательства «по их ходатайству и в части, касающейся их показаний» (во всем предыдущем российском уголовно-процессуальном законодательстве такое положение отсутство-

---

[98] Эта проблема, думается, составляет предмет отдельных исследований и потому более детально здесь нами рассматриваться не будет.

[99] Автор в качестве практикующего адвоката неоднократно сталкивался и с теми и с другими решениями суда по этому вопросу.

вало). Но тем не менее она также вызывает у нас определенные критические замечания.

Во-первых, нам совершенно непонятно, почему возможность ознакомления этих лиц поставлена (так же, как и относительно выше рассмотренного положения) в зависимость от волеизъявления на то председательствующего в судебном разбирательстве судьи. Он может ознакомить свидетеля (а именно эти лица из категории «иных участников» судебного заседания наиболее «кровно» заинтересованы в том, чтобы их показания были адекватно отражены в протоколе судебного заседания) с касающимися его показаний в суде частями данного документа. А может в таком его ходатайстве отказать. Более того, данная статья не предусматривает необходимости для председательствующего такой отказ мотивировать.

Мы убеждены, что это должно быть не правом, а обязанностью председательствующего судьи (разумеется, при поступлении от допрошенного «иного участника» ходатайства). В противном случае, как это верно отмечается в литературе, «получается правовой нонсенс: лицо (свидетель, эксперт, специалист и т.д.), выступая в судебном следствии, не может реально контролировать содержание данных им показаний»[100].

А если представить себе, что на основании того, как показания данного лица отражены в протоколе судебного заседания и на ознакомление с чем суд не дал своего согласия, затем будет решаться вопрос о привлечении его к уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний (заключения), то ситуация вообще приобретает экстремальный характер…

В то же время, на наш взгляд, встречающиеся в литературе предложения о необходимости удостоверения лицом сущности данных в суде показаний тут же, в самом протоколе судебного заседания, при всей своей внешней респектабельности и обоснованности представляются излишне радикальными и вряд ли в настоящее время осуществимыми на практике.

В отличие от показаний, даваемых на предварительном следствии, такие показания отражаются не в виде монолога допрашиваемого при допросе его предоставляющей доказательства стороной. Они даются и при перекрестном допросе, и в ответах допрашиваемого на вопросы суда; более того, лицо может быть в течение судеб-

[100] *Дулов А. В., Печерский В. В.* Указ. соч. С. 46.

ного следствия допрашиваемо неоднократно как по мере возникновения в том у суда и сторон необходимости, так и их собственному на то волеизъявлению (напомним, в частности, что подсудимый вправе давать показания в любой момент судебного следствия – ч. 3 ст. 274 УПК; на наш взгляд, процессуальный статус потерпевшего также предполагает наличие и у него такого права).

Во-вторых, ст. 260 УПК предоставляет возможность внесения замечаний на протокол судебного заседания только сторонам. Свидетели, эксперты, специалисты, не стороны – «иные участники» судебного разбирательства». И потому логически возникает следующий вопрос: ознакомившись (по «доброй», как сказано, воле председательствующего) с тем, как отражены их показания в протоколе судебного заседания, имеют ли «иные участники» право на принесение замечаний на этот протокол в этой части.

Казалось бы, ответ очевиден – имеют; в противном случае, какова же цель ознакомления их с этим документом?

Однако судебная практика показывает, что в отдельных случаях эту несогласованность в рассматриваемых положениях ст. 259 и 260 УПК судьи используют для лишения возможности данных лиц принести замечания на протокол судебного заседания в части, касающейся фиксации в нем их показаний. На нелогичность такого подхода обратил внимание Верховный Суд РФ по следующему уголовному делу.

Суд на основании ч. 7 ст. 259 УПК удовлетворил ходатайство свидетелей об ознакомлении с протоколом судебного заседания. В то же время он отказал им в рассмотрении принесенных ими замечаний на данный протокол, сославшись на то, что в соответствии со ст. 260 УПК, им не предоставлено право принесения замечаний на протокол судебного заседания.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ с таким выводом суда совершенно обоснованно не согласилась, указав в своем определении: «Поскольку свидетелям была предоставлена такая возможность (ознакомления с протоколом судебного заседания. – *О. Б.*) и они были ознакомлены с протоколом, то, по смыслу ст. 260 и ч. 7 ст. 259 УПК РФ в их единстве, свидетели, реализовавшие возможность ознакомления с протоколом, также имеют право принесения замечаний на протокол»[101].

[101] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2008. № 8. С. 20–21.

Завершая рассмотрение проблем, связанных с протоколом судебного заседания, заметим, что содержащееся в ч. 8 ст. 259 УПК положение об изготовлении копии протокола судебного заседания за счет ходатайствующего о таковом изготовлении участника судебного разбирательства нам представляется некорректным и не учитывающим реалии экономических условий жизни многих участников судебного процесса, их различия.

Протокол судебного заседания по уголовному делу зачастую представляет собой не только многостраничный, но и многотомный документ. И вряд ли каждый подсудимый (осужденный, оправданный) и потерпевший имеет финансовую возможность оплатить изготовление его копии. Мы убеждены, что названным участникам судебного разбирательства по их ходатайствам копии этого документа должны выдаваться судом, не ставя то в зависимость от оплаты ими ее изготовления.

Обобщая все изложенное выше, мы в настоящее время предлагаем:

а) *ч. 6 ст. 259 УПК изложить примерно в следующей редакции:*

«6. По выполнении требований, указанных в части первой ст. 291 Настоящего кодекса, в срок не более суток изготовляется протокол судебного заседания в части проведенного судебного следствия, подписываемый председательствующим и секретарем судебного заседания.

После ознакомления ходатайствующих о том сторон с протоколом судебного заседания в части проведенного судебного следствия, а ходатайствующих о том иных участников судебного разбирательства – в части, касающейся их показаний, суд опрашивает стороны об имеющихся у них замечаниях на эту часть протокола судебного заседания.

По результатам их рассмотрения суд выносит постановление об удостоверении их правильности либо об их отклонении.

Срок ознакомления с протоколом судебного заседания не может быть менее суток с момента начала ознакомления. В исключительных случаях председательствующий по ходатайству лица, знакомящегося с протоколом, может продлить установленное время. В случае если участник судебного разбирательства явно затягивает время ознакомления с протоколом, председательствующий вправе своим постановлением установить определенный срок для ознакомления с ним.

После выполнения требований, предусмотренных ст. 292, 293 Настоящего кодекса, протокол судебного заседания дополняется сведениями, содержащимися в п. 14 ч. 2 настоящей статьи, а после провозглашения приговора – сведениями, содержащимися в п. 15, 16 ч. 2 настоящей статьи. Эти части протокола судебного заседания также подписываются председательствующим и секретарем судебного заседания.

Протокол в ходе судебного заседания по инициативе суда или по ходатайству стороны может изготавливаться по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их изготовления.

Председательствующий вправе предоставить возможность ознакомления с протоколом и иным участникам судебного разбирательства по их ходатайству и в части, касающейся их показаний»;

б) *ч. 7 ст. 259 исключить;*

в) *ч. 8 ст. 259 считать частью 7, изложив ее в следующей редакции:* «По письменному ходатайству участника судебного разбирательства ему предоставляется возможность изготовить заверенную копию протокола судебного заседания или отдельных его частей; по ходатайству подсудимого, осужденного (оправданного) и потерпевшего заверенная копия протокола судебного заседания или отдельных его частей выдаются ему судом».

Мы предвидим, что возможные оппоненты предлагаемых нами изменений в ст. 259 УПК в первую очередь будут апеллировать к тому, что их принятие усложнят судебное разбирательство уголовных дел, в частности, приведет к увеличению его сроков.

Помимо приведенных выше аргументов о насущной процессуальной и гносеологической необходимости внесения этих изменений в УПК, их несомненного позитивного влияния на качество отправления правосудия по уголовным делам, заметим следующее. По нашему мнению, они не скажутся на сроках поступления уголовного дела на апелляционное рассмотрение по протесту прокурора и жалобам осужденного и/или потерпевшего за счет практического отсутствия необходимости у этих лиц знакомиться с протоколом судебного заседания после постановления по делу приговора. Иными словами, предлагаемые нами поправки в ст. 259

УПК никоим образом не повлияют на сроки вступления постановленного приговора в законную силу, его, в необходимых случаях, отмену или изменения.

И еще одна весьма актуальная, но в то же время дискуссионная проблема изготовления протоколов судебных заседаний как зеркала судебного процесса, лишь по которому можно более или менее объективно оценивать качество правосудия по уголовным делам.

Несколько лет тому назад в Государственную Думу внесен законопроект о дополнении письменного, «бумажного» протокола судебного заседания видеопротоколом. По мнению его авторов (депутатов Госдумы Д. В. Еремина и П. В. Крашенинникова), видеопротокол не только сократит сроки рассмотрения дел и исключит возможные ошибки, но и «окажет дисциплинирующее влияние на всех участников судебного разбирательства»[102].

Есть и более радикальные в этом отношении предложения. Так, например, Н. А. Колоколов, критикуя названный выше законопроект, на основании изучения опыта судопроизводства ряда зарубежных стран ставит вопрос о необходимости полной замены и в нашем уголовном процессе письменного протокола судебного заседания аудио- или видеопротоколом[103].

Мы не думаем, что это предложение как минимум в настоящее время является приемлемым хотя бы по двум взаимосвязанным сугубо прагматическим причинам.

Во-первых, вспомним все сказанное выше об информационной ценности показаний допрашиваемых лиц (а судебное следствие в первую очередь и чаще всего, главным образом – допросы): сколько в них так называемого «информационного шума», не имеюще-

---

[102] Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[103] См.: *Колоколов Н. А*. Есть ли альтернатива бумажному протоколу? // Мировой судья. 2006. № 12. С. 12. Это мнение поддерживают и другие ученые и практики. См., например: *Кудрявцева Е*. Аудиозапись судебного заседания // Рос. юстиция. 2002. № 1 ; *Подольный Н.* Аудиозапись исключит фальсификацию протокола судебного заседания // Рос. юстиция. 2002. № 2 ; *Устимова М. А., Васяев А. А*. Может ли протокол судебного заседания являться надлежащим средством контроля деятельности судом вышестоящей инстанции (по результатам обобщения судебной практики Республики Мордовия) // Рос. судья. 2007. № 10.

го непосредственного отношения к исследуемым обстоятельствам уголовного дела! И этот «шум» в полном объеме будет содержаться в аудио- (видео-) протоколе судебного заседания! А если учитывать еще и необходимость фиксации в протоколе судебного заседания всей сопровождающей судебное разбирательство «процессуальной обрядности», значимость которой мы отнюдь ни в коей мере не преуменьшаем...

А потому, и это во-вторых, при отсутствии письменного протокола, в котором зафиксированы узловые моменты в показаниях допрошенных в суде лиц и всего судебного следствия в целом, ознакомление с аудио- (видео-) протоколом судебного заседания потребует такого же времени, которое ушло на само судебное разбирательство уголовного дела. И это не то время, которое занимает ознакомление с аудиозаписью одного допроса, проведенного на предварительном следствии (о чем мы говорили также выше); оно на порядки больше. Судебное рассмотрение уголовного дела зачастую длится даже не дни – месяцы и годы, в течение которых проводятся десятки судебных заседаний!

Конечно же, аудио- (видео-) запись судебного заседания можно снабдить так называемыми «закладками» – гиперссылками, по сути своей, представляющими некое оглавление судебного разбирательства по делу. Тем не менее, думается нам, и при их наличии (а создание таких «закладок» в организационном и техническом отношении достаточно сложно, должно осуществляться специалистами) ознакомление с аудио- (видео-) протоколом будет занимать, вновь напомним, на порядки большее время, чем то, которое требуется для ознакомления с протоколом судебного заседания в его традиционном исполнении.

Видимо, такой подход – не замена, а дополнение письменного протокола судебного заседания видеопротоколом – в принципе наиболее рационален для обеспечения полноты фиксации всего хода судебного процесса.

К нему, в частности, можно будет обращаться, как о том уже говорилось, для восполнения неточностей и упущений в письменном протоколе, а также в случае необходимости учета судом (по собственной инициативе либо после обращения на то внимание суда сторонами) неких особенностей невербального поведения лица в процессе дачи им показаний.

Очевидно, что в связи с таким их характером эти особенности не могут быть отражены в письменном протоколе, на них нельзя, видимо, ссылаться в постанавливаемом затем приговоре, но они, несомненно, психологически важны для формирования внутреннего убеждения суда в достоверности (недостоверности) данных допрошенным показаний.

Давая изобличающие подсудимого показания «в обычном темпе», свидетель, опознавший в нем на предварительном следствии лицо, совершившее преступление, сделал весьма длительную паузу перед тем, как дать отрицательный ответ на вопрос защитника, показывали ли ему до предъявления для опознания фотографию затем опознанного им подсудимого.

Думаем, что и эта деталь, на которую в судебных прениях обратил внимание суда адвокат, наряду с тем, что и другие обстоятельства дела вызывали сомнения в объективности показаний данного свидетеля, были учтены судом, в своем решении признавшим их недостоверными.

Однако будем реалистами: реализация этого предложения, увы, дело не самого ближайшего будущего, несмотря на «звонкие», ригористические утверждения отдельных теоретиков и практиков о том, что «в правовом государстве нельзя экономить на правах человека не только быть услышанным в суде, но и услышанным без искажений»[104].

---

[104] Колоколов Н. А. Указ. соч.

ЕЩЕ РАЗ ОБ ОБЪЕКТИВНОЙ ИСТИНЕ И СЛЕДОВАТЕЛЕ КАК ЕЕ «УСТАНОВИТЕЛЕ» ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ*

Научная дискуссия по обозначенной в названии данной статьи проблеме в настоящее время в высшей степени актуализировалась в связи с внесенным в Государственную Думу законопроектом о введении в уголовно-процессуальное законодательство института установления объективной истины (далее – Законопроект)[1]. Совершенно естественно, что в ходе его обсуждения были высказаны не только различные, но зачастую и прямо противоположные суждения даже о самой правомерности постановки вопроса об объективной истине в уголовном судопроизводстве. К примеру, только лишь в одном номере научного журнала «Библиотека криминалиста» (2012. № 4 (5)) этой проблеме было посвящено более 30 статей. При этом работа Ю. П. Боруленкова имеет название «Стремление к истине – высший закон правосудия», статья Л. А. Воскобитовой – «Некоторые особенности познания в уголовном судопроизводстве, противоречащие мифу об истине», Р. В. Костенко – «Объективная истина – цель уголовно-процессуального познания», В. А. Лазаревой – «Объективна ли “объективная истина”?»…

В данном Законопроекте под объективной истиной бесхитростно – к чему какие-то там тысячелетние философские попытки осознания этого феномена! – предлагается понимать «соответствие действительности установленных по уголовному делу обстоятельств, имеющих значение для его разрешения».

Могут ли иметься какие-либо возражения против необходимости установления «соответствия действительности обстоятельств

---

* Впервые опубликовано: Воронежские криминалистические чтения. Вып. 1 (18). Воронеж, 2016 (в соавт. с М. О. Баевым).

[1] Последняя его редакция внесена в Государственную Думу 19 марта 2015 г. депутатом А. А. Ремезковым.

уголовного дела»? Их нет, и быть не может у каждого разумного человека, тем более профессионала в области уголовной юстиции.

Далее в Законопроекте лица, осуществляющие уголовное преследование (прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также начальник подразделения дознания и дознаватель), строго предупреждаются, что они обязаны принять все предусмотренные УПК РФ меры к всестороннему, полному и объективному выяснению обстоятельств, подлежащих доказыванию для установления объективной истины. При этом от них требуется сохранять объективность и беспристрастность и не допускать обвинительного уклона в доказывании, а потому «обстоятельства, оправдывающие обвиняемого (подозреваемого)… подлежат тщательному и всестороннему исследованию и оцениваются наравне с обстоятельствами, изобличающими обвиняемого (подозреваемого)…».

Опять же, справедливость и ригористическая правовая обоснованность этих положений ни у кого сомнений вызвать не может. Они содержались в уголовно-процессуальном законодательстве России и ранее, но (обратим на это особое внимание) без предлагаемого Законопроектом амбициозного утверждения, что установленные в уголовном судопроизводстве факты и обстоятельства преступления есть истина объективная.

При этом, однако, нельзя не учитывать реалии деятельности лиц и органов уголовного преследования, прямо обусловленные возложенной на них процессуальной обязанностью в каждом случае обнаружения признаков преступления принимать предусмотренные УПК РФ меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления (ч. 2 ст. 21 УПК РФ).

В то же время – и в этом нет никаких сомнений – обвинение должно быть объективным и обоснованным, что с логической неизбежностью предполагает необходимость исследования лицами и органами уголовного преследования как отягчающих, так и смягчающих ответственность обвиняемого обстоятельств.

Тут же оговоримся: если следователь (другие лица, осуществляющие уголовное преследование) прекращает уголовное преследование по реабилитирующим основаниям, это отнюдь не означает, что он не выполнил своей процессуальной функции (либо выполнил функцию стороны защиты), он просто в данном случае по ре-

зультатам расследования не нашел оснований для продолжения уголовного преследования. Если уголовное дело прекращается им по нереабилитирующим основаниям, это свидетельствует лишь о том, что по тем или иным причинам (связанным с личностью обвиняемого, его ролью в совершении или расследовании преступления и т.п.) в установленном законом порядке государство в лице следователя, другого компетентного на принятия такового решения должностного субъекта отказывается от дальнейшего уголовного преследования данного человека.

Достаточно четко определенное в ст. 6 УПК назначение уголовного судопроизводства достигается в результате диалектического процесса реализации ее участниками соответствующих уголовно-процессуальных функций. Основные из них (по мнению ряда исследователей, единственные), как известно, – это функции уголовного преследования (обвинения), защиты от уголовного преследования, разрешения уголовного дела (осуществления правосудия, если речь идет о разрешении уголовного дела в результате его судебного разбирательства). Очевидно, что структурирующей все уголовное судопроизводство является первая из них: нет уголовного преследования – нет необходимости в защите от него, нет нужды в осуществлении правосудия.

Иными словами, по нашему убеждению, конечная цель деятельности субъектов, осуществляющих уголовное преследование, заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешении в пределах своей уголовно-процессуальной функции. Это предполагает обоснованное и законное формулирование следователем, прокурором при возбуждении им государственного обвинения на основе обвинения следственного, государственным обвинителем в суде обвинительного тезиса в отношении конкретного лица либо констатацию факта отсутствия для того оснований или необходимости (либо возможности) разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами.

Конечная цель деятельности адвоката-защитника в обосновании того, что его подзащитный (воспользуемся словами А. Ф. Кони) не виноват вовсе либо виноват не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования.

Конечная и единственная цель суда очевидна – осуществление правосудия по уголовным (в нашем случае) делам.

Сказанное позволяет сделать вывод, что конечная цель всего уголовного судопроизводства заключается в установлении факта (отсутствия факта) существования уголовно-правового конфликта и его разрешении профессиональными участниками уголовного процесса, каждым в пределах своей уголовно-процессуальной функции, а непрофессиональными его участниками – в пределах предоставленных каждому из них процессуальных прав.

Совместить их выполнение одним участником уголовного судопроизводства в правовом цивилизованном обществе в принципе невозможно. Можно: а) обвинять; б) защищаться от обвинения; в) осуществлять правосудие. В то же время нет никаких сомнений, что выполнение лицом возложенной на него уголовно-процессуальной функции – во всяком случае, стороной обвинения и судом – должно осуществляться объективно[2].

Необходимость достижения самого назначения уголовного судопроизводства с логической неизбежностью обусловливает как цель и направления (можно сказать, стратегию) и средства этой деятельности, так и цели и средства (уголовно-процессуальные, криминалистические) реализации каждым профессиональным участником судопроизводства возложенной на него уголовно-процессуальной функции.

Считать следователя субъектом установления объективной истины, возлагать на него обязанность ее установления есть гносеологический, психологический и, как следствие того, просто уголовно-процессуальный нонсенс.

Полагаем, что сама постановка вопроса об объективной истине в уголовном судопроизводстве, возможностях познания в нем объективной истины гносеологически и исторически крайне не корректна.

В Средневековье святая инквизиция казнила тысячи женщин, объективно установив, что они являются ведьмами. В том, что они знают объективную истину о месте Земли в круговращении звезд, нисколько не сомневались судьи, пославшие на костер Д. Бруно и гнобившие многие годы Г. Галилея, реабилитированных, заметим, многие столетия спустя Ватиканом.

---

[2] «Выполнять *одну* из нескольких процессуальных функций и выполнять ее *односторонне* – вещи разные», – верно заметил по этому поводу В. Г. Ульянов. См.: *Ульянов В. Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве. М., 2002. С. 21.

Примеры подобного установления не только органами уголовного преследования, но и судами объективной истины бытуют в судопроизводстве всех государств до сих пор. Так, в 1986 г. суд – установив по делу объективную истину! – приговорил американца Энтони Хинтона к смертной казни за убийство двух человек. Основным доказательством его вины являлось заключение баллистической экспертизы о том, что убийства были совершены из пистолета, обнаруженного у Хинтона дома.

Так для чего, как это нам представляется, авторы Законопроекта считают необходимым закрепление в уголовно-процессуальном законе «института объективной истины», необходимости установления объективной истины как безусловной конечной цели судопроизводства по каждому уголовному делу? По нашему мнению, лишь для прикрытия загадочным, но внешне безупречным флером этой философской категории нескольких сугубо прагматических взаимосвязанных и взаимообусловленных законодательных предложений, а именно:

1) возрождения и расширения возможности активности суда как субъекта доказывания в судебном разбирательстве уголовных дел;

2) воссоздания института возвращения судом уголовных дел для производства дополнительного расследования, в том числе и для возможности «поворота к худшему» в объеме ранее предъявленного подсудимому обвинения и уголовно-правовой квалификации его действий.

Это «мы проходили» – новое, увы, чаще всего повторение, и далеко не всегда удачное, старого.

Вспомним, что еще в ст. 2 УПК РСФСР 1960 г. задачами всего советского уголовного судопроизводства, а потому, следовательно, и суда как такового, признавались «быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных…».

По сути, будем реалистами, эти же задачи ставятся перед судами авторами обсуждаемого Законопроекта. Обоснованность этого предположения с очевидностью, на наш взгляд, следует из такого содержащегося в нем положения: «Суд не связан мнением сторон. При наличии сомнений в истинности мнения сторон суд принимает все необходимые меры к установлению действительных фактических обстоятельств уголовного дела в целях обеспечения отправления справедливого правосудия».

Ригористическое же указание в Законопроекте, что при этом суд обязан сохранять объективность и беспристрастность и не выступать на стороне обвинения или стороне защиты, носит исключительно декларативный характер, выполнение которого судом и гносеологически, и психологически невозможно.

Обязанность суда на основе осуществленной состязующимися в суде сторонами для подтверждения своей гипотезы (версии) – обвинительной или защитной деятельности, – соответственно, оценивать обоснованность каждой из них с точки зрения достаточности предоставленных каждой из сторон допустимых и достоверных доказательств, и по результатам этого вершить правосудие.

Иным образом цель обеспечения отправления справедливого правосудия в уголовном судопроизводстве цивилизованного демократического государства недостижима. К счастью, из последней редакции Законопроекта исключено вызвавшее резкое и принципиальное несогласие и чувство глубочайшего беспокойства практически у всех обсуждавших его ученых – опять же вуалируемое покровом установления в уголовном судопроизводстве объективной истины – предложение авторов Законопроекта о трансформации принципа презумпции невиновности. Его предлагалось изложить в следующем виде: «юридическая фикция презумпции невиновности, предполагающая толкование неустранимых сомнений в пользу обвиняемого, может быть применена лишь в случае невозможности достижения по делу объективной истины и только после принятия исчерпывающих мер к ее отысканию»[3].

К нашему (как, полагаем, и большинства других специалистов в области уголовного судопроизводства) удовлетворению, в начале августа 2015 г. Правительство РФ (вслед за Верховным Судом РФ) не поддержало указанный Законопроект в целом. В его отзыве указано, что «…предлагаемая норма об обязанности суда восполнять неполноту следствия и возвращать дело прокурору в случае неполноты расследования по ходатайству сторон возлагают на суд не свойственные ему функции обвинения или защиты и не учитывают позицию КС».

Говоря о возможностях установления истины, тем более истины объективной в уголовном судопроизводстве, нельзя не учиты-

[3] URL: http://www.sledcom.ru/discussions/?SID=3551; http://pda.pravo.ru/news/view/120771/

вать и особенностей осуществления уголовно-процессуального познания. Они же, если здесь говорить о том вкратце, заключаются в следующем:

1) составляющее ядро этой деятельности доказывание осуществляется лишь уполномоченными на то субъектами – следователем, прокурором, судом (другими должностными лицами, круг которых четко определен уголовно-процессуальным законом) и в строго также определенные данным законом формах и сроки;

2) доказывание осуществляется преимущественно посредством формирования допустимых и относимых доказательств, их проверки и оценки; проверка доказательств производится путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ); каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела (ст. 88 УПК РФ);

3) уголовно-процессуальное познание, в первую очередь доказывание, как правило, и чаще всего, осуществляется в условиях скрытого и открытого, опосредованного и непосредственного противодействия со стороны лиц, сообществ, организаций и т.д., имеющих иные, чем у субъекта познания, интересы в досудебном производстве по уголовному делу[4].

По нашему разумению, уголовно-процессуальный закон вообще не должен пользоваться понятием «истина» – как истины объективной, так и истин материальной или судебной (как то предлагается в юридической литературе) в силу различных, и зачастую в высшей степени субъективных, подходов к содержанию, вкладываемому авторами в эти понятия. Совершенно естественным является то, что понимается под истиной практически всегда – лишь субъективные убеждения, в том числе и специалистов в области уголовного процесса.

Одновременно мы полагаем необходимым дополнить статью УПК РФ (с которой начинается декларация принципов уголовного судопроизводства) частью примерно следующего содержания:

---

[4] Подробнее об этом см.: *Баев О. Я.* Защита доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 2015. Об особенностях уголовно-процессуального познания см. также: *Воскобитова Л. А.* Указ. соч.

Реализация назначения уголовного судопроизводства обеспечивается полным, всесторонним и объективным установлением всех подлежащих доказыванию по уголовному делу фактов и обстоятельств в условиях состязательного уголовного процесса.

Высказанные выше положения мы ранее неоднократно обосновывали в ряде своих работ[5].

Вновь обратиться к ним нас побудила статья А. М. Багмета, как понимаем, недавно совершенно серьезно сформулировавшего буквально следующее: «На сегодняшний день в уголовном процессе сложилась логичная, выработанная длительной практикой схема осуществления уголовного судопроизводства, когда есть сторона обвинения, сторона защиты и являющийся между ними независимым арбитром – суд. *Следователь, не поддерживающий ни одну из сторон, является в этой схеме установителем истины по уголовному делу»* (курсив наш. – *О. Б.*)[6].

Позвольте, разве следователь «в сложившейся логичной… схеме осуществления судопроизводства» не отнесен законодателем однозначно к стороне обвинения? Разве уголовно-процессуальный закон наделяет следователя предлагаемой данным автором загадочной для любой правовой уголовно-процессуальной системы функцией «установителя истины»?

Мы уже не говорим о том, что, «если, – как обоснованно замечает А. С. Александров, – мы признаем следователя субъектом, удостоверяющим объективную истину, причем в ходе досудебного производства, то делается ненужным ни адвокат, ни собственно суд»[7]. Действительно, если следователь уже установил по делу объективную истину, то в чем тогда функция суда? Лишь и исключительно в назначении подсудимому наказания (мы уже не гово-

---

[5] См.: *Баев О. Я.* Законопроект «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве» и возможные последствия его принятия // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012 Вып. 4 (5) ; *Его же*. Под флером объективной истины (о Законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве») // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2012. Вып 2 (13).

[6] *Багмет А. М.* Анализ целесообразности введения института следственного судьи в уголовное судопроизводство // Рос. следователь. 2005. № 11. С. 6–7.

[7] *Александров А. С.* Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2012. Вып. 3 (4). С. 148.

рим о том, зачем в таком случае нужен прокурорский надзор за предварительным следствием)?

И наконец: вывод следователя (прокурора) о доказанности совершения преступления конкретным лицом – это не объективная истина, обязанность установления которой пытаются возложить на органы уголовного преследования авторы Законопроекта; *этот вывод – лишь версия* обвинения, которую должен проверить «на прочность» – поддержать или опровергнуть, суд в состязательном уголовном процессе. Она должна быть равновеликой для суда наравне с версией адвоката-защитника о том, что его подзащитный (вновь воспользуемся словами А. Ф. Кони) не виноват вовсе либо виноват не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования.

И в этой же связи следует заметить, что обосновываемый А. М. Багметом статус следователя как некого уникального «установителя» истины, в сущности, опровергнут не так давно внесенными в ст. 90 УПК РФ изменениями.

В соответствии с ними приговоры, постановленные судом согласно ст. 226.9, 316 или 317.7 УПК РФ (а как известно, они постановляются на основе материалов предварительного расследования) лишены преюдиционной значимости, обстоятельства, ими установленные, не могут признаваться по другому делу судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки.

Иными словами, речи об истинности проведенного следователем расследования, результатов такого (без исследования их материалов в условиях состязательного процесса в суде) идти в принципе не может. По сути, эти материалы свидетельствуют лишь об одном – о согласии с ними обвиняемого ввиду различных субъективных и/или объективных обстоятельств.

Мы уже не говорим об особенностях доказывания при производстве дознания в сокращенной форме. В соответствии с ними «доказательства по уголовному делу собираются в объеме, достаточном для установления события преступления, характера и размера причиненного им вреда, а также виновности лица в совершении преступления. При этом дознаватель обязан произвести только те следственные и иные процессуальные действия, непроизводство которых может повлечь за собой невосполнимую утра-

ту следов преступления или иных доказательств. Более того, «с учетом конкретных обстоятельств уголовного дела дознаватель вправе не проверять доказательства, если они не были оспорены подозреваемым, его защитником, потерпевшим или его представителем» (ст. 226.5 УПК РФ).

Но А. М. Багмет, наделив следователя несвойственной для уголовно-процессуального законодательства и судопроизводства любой сколь-либо цивилизованной страны функцией «установителя» истины, на том в своих рассуждениях не останавливается.

Сокрушаясь об отсутствии благоприятных условий для следователя, «при которых он бы мог в кратчайшие сроки установить истину по уголовному делу, проводить расследование, *не обремененное тотальным контролем»*[8] (здесь и далее выделено нами. – *М. Б., О. Б.*), он полагает необходимым, в частности, следующее:

«Для оптимизации работы следственных подразделений, исключения волокиты, перенаправления уголовных дел от одного органа к другому назрела необходимость передачи права утверждения обвинительного заключения от прокурора руководителю следственного органа в соответствии с подследственностью и подсудностью. А именно: *руководитель следственного органа, согласившись с объемом собранных доказательств, утверждает обвинительное заключение и направляет уголовное дело в суд*. Одновременно он направляет прокурору надзорное производство с копией обвинительного заключения и основных процессуальных документов по принятым решениям»[9].

Итак, предлагается совершеннейшая бесконтрольность следственных органов с объективно присущим (и ставшим «притчей во языцах») обвинительным уклоном «установителям», по мнению этого автора, истины по уголовным делам!

И хотелось бы представить положение прокурора, который в этой ситуации – не видя раньше уголовного дела, не осуществляя надзора за его расследованием, не возбуждая по делу обвинения от имени государства (государственного обвинения), будет вынужден его – от имени государства! – поддерживать, участвуя в судебном разбирательстве этого дела.

---

[8] *Багмет А. М.* Указ. соч. С. 8.

[9] Там же. С. 7.

А может быть – в логическое развитие концепции А. М. Багмета – прокурорский надзор за предварительным расследованием вообще не нужен (чтобы не обременять, по его выражению, следователя «тотальным контролем»), как и не нужно участие прокурора в суде?

Мы бы не стали столь подробно останавливаться на этих, по нашему убеждению, методологически ущербных и с правовой точки зрения крайне необоснованных утверждениях и предложениях, если бы их автор не являлся руководителем Академии Следственного комитета РФ, и содержащая их статья не была бы опубликована в журнале, рассчитанном преимущественно на следователей.

«Внушение» следователям подобных идей крайне опасно, очевидно, чревато усилением (если это еще возможно) обвинительного уклона в их деятельности.

И в то же время нас озадачивает озабоченность С. И. Захарцева и В. П. Сальникова тем, что «…в России готовятся юристы, имеющие одинаковые дипломы, но диаметрально противоположно толкующие один из принципиальнейших вопросов УПК (речь здесь идет об институте объективной истины. – *М. Б.*, *О. Б.*). Затем они приходят на практическую работу и сталкиваются с теми же противоречиями уже в среде судей, прокуроров, следователей, защитников»[10].

Теория и практика уголовного судопроизводства не есть таблица умножения, усвоение и навыки использования которой не могут быть различными в зависимости от учебного заведения.

К судопроизводству таблица умножения не применима. И потому вполне естественным является то, что представители различных уголовно-процессуальных научных школ, обучая студентов, высказывают свои субъективные мнения по тем или иным, в том числе и принципиальным вопросам, к которым, несомненно, относится вопрос об истине. *Здесь основное – чтобы их позиции были обоснованными и конструктивными с точки зрения права, повышения эффективности уголовного судопроизводства при строжайшем соблюдении прав и свобод вовлекаемых в него лиц.* (Выше проанализированные рассуждения А. М. Багмета этими свойствами, по нашему убеждению, не обладают.)

---

[10] *Захарцев С. И., Сальников В. П.* О конвергенции уголовно-процессуального права России и зарубежных стран // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2015. № 2 (19). С. 31.

Методологическая задача преподавания уголовного процесса, как нам представляется, состоит в том, чтобы обучающие не просто поняли, но впитали в себя убеждение о том, что при всем очевидном несовершенстве, лакунах и противоречиях действующего уголовно-процессуального закона (на которые преподавателю, несомненно, следует обращать внимание обучающихся), он (извините за пафос) – Его Величество Закон. И потому в этом своем качестве подлежит неукоснительному выполнению и неукоснительному соблюдению всеми профессиональными участниками уголовного судопроизводства.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Список публикаций О. Я. Баева за 2011–2016 гг.

Монографии, научно-практические и учебные пособия

1. Криминалистика. Сборник задач и заданий : учеб. пособие. – М. : Проспект, 2012. – 17 п. л. (с грифом УМО; в соавт. с В. В. Горским и др.).

2. Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 14,5 п. л.

3. Криминалистика : ситуационные модели и задания : учеб. пособие / под ред. О. Я. Баева и В. Ю. Шепитько. – Харьков, 2012. – 16,5 п. л. (на украинском языке; в соавторстве).

4. Тактика следственных действий : учеб. пособие. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2012. – 27,5 п. л.

5. Тактика следственных действий. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 28,5 п. л.

6. Досудебное соглашение о сотрудничестве : правовые и криминалистические проблемы, возможные направления их разрешения. – М. : Норма, 2013. – 11 п. л.

7. Методические основы и типовые программы расследования принуждения к даче показаний. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 12,5 п. л.

8. Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам. – М. : Проспект, 2014. – 13,5 п. л. (в соавт. с М. О. Баевым).

9. Методика расследования принуждения к даче показаний, подкупа или принуждения к даче ложных показаний, уклонению от дачи показаний : науч.-практ. пособие. – М. : Юрлитинформ, 2014. – 15,5 п. л.

10. Защита доказательств в уголовном судопроизводстве : монография. – М. : Проспект, 2016. – 13,5 п. л.

11. Тактические операции в досудебном производстве по уголовным делам : научно-практическое издание. – М. : Юрлитинформ, 2016. – 16,5 п. л. (в соавт. с И. М. Комаровым; авт. 12 п. л.).

Статьи, тезисы

12. «Поворот к худшему» в судебном уголовном преследовании // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2011. – Вып. 1 (10). – 0,9 п. л.

13. Разумный срок уголовного судопроизводства // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 13. – Воронеж, 2011. – 0,7 п. л.

14. Прокурор как субъект досудебного соглашения о сотрудничестве // Правовое и криминалистическое обеспечение управления органами расследования преступлений. Ч. 1. – М. : Изд-во Академии Управления МВД РФ, 2011. – 0,3 п. л.

15. Заключение и расторжение досудебного соглашения о сотрудничестве // Современные проблемы юридической науки и правоприменительной деятельности. – Краснодар, 2011. – 0,3 п. л.

16. К проблеме формирования криминалистической стратегии // Актуальные проблемы уголовного процесса, криминалистики, судебной экспертизы и оперативно-розыскной деятельности. – Одесса, 2011. – 0,3 п. л.

17. О конечных целях деятельности участников уголовного судопроизводства и стратегиях их достижения (к проблеме криминалистической стратегии) // Криминалистъ первопечатный : международный научно-практический журнал. – Харьков, 2012. – Вып. 4. – 0,6 п. л. (в соавтор. с М. О. Баевым).

18. Криминалисты и процессуалисты : соседи по коммунальной квартире или игроки одной команды? // Библиотека криминалиста : научный журнал. – М., 2012. – Вып. 1 (2). – 1,4 п. л.

19. Предвосхищающая проверка возможного алиби // Воронежские криминалистические чтения. – Воронеж, 2012. – Вып. 14. – 0,6 п. л.

20. Обеспечение прав и законных интересов потерпевшего в условиях досудебного соглашения о сотрудничестве // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – № 3 (4). – 0,9 п. л.

21. О суде как субъекте выделения уголовных дел // Судебная власть и правосудие в сфере уголовного судопроизводства : проблемы и перспективы. Ч. 1. – Екатеринбург, 2012. – 0,3 п. л.

22. Уголовный процесс – криминалистика как система наук, учебных дисциплин и специальностей // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2012. – Вып. 1 (12). – 0,7 п. л.

23. О соотношении уголовного процесса и криминалистики как наук, учебных дисциплин и специальностей // Криминалистъ перво-

печатный : международный научно-практический журнал. – Харьков, 2012. – Вып. 50. – 0,7 п. л.

24. О предмете современной криминалистики // Современная криминалистика : проблемы, тенденции, имена (к 90-летию профессора Р. С. Белкина). Ч. 1. – М., 2012. – 0,2 п. л.

25. Законопроект «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве» и возможные последствия его принятия // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – Вып. 4 (5). – 1,3 п. л.

26. Самоидентификация современной криминалистики (объект, предмет, субъектная система современной науки криминалистики) // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2012. – Вып. 4 (5). – 1,2 п. л.

27. Под флером объективной истины (о Законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве») // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2012. – Вып. 2 (13). – 1,0 п. л.

28. Проблема компромиссов и конфликтов в судебных соглашениях о сотрудничестве // Криминалистические чтения на Байкале – 2012. – Иркутск, 2012. – 0,25 п. л.

29. К дискуссии об объекте, предмете и субъектной системе современной криминалистики // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 15. – Воронеж, 2013. – 1,3 п. л.

30. Принуждение к даче показаний : криминалистический анализ состава преступления // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2013. – Вып. 3 (8). – 1,0 п. л.

31. Категория «злоупотребление правом» применительно к уголовному судопроизводству // Криминалистъ первопечатный : международный научно-практический журнал. – 2013. – № 7. – 0,8 п. л.

32. «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2013. – № 2. – 0,9. п. л.

33. Заметки об очередных изменениях Уголовно-процессуального кодекса РФ (о новеллах Федерального закона № 23-ФЗ от 4 марта 2013 г.) // Судебная власть и уголовный процесс. – Воронеж, 2013. – № 2. – 0,5 п. л. (в соавт. с М. О. Баевым).

34. Об одной проблеме назначения и производства судебной экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела // Судебная экспертиза в парадигме российской науки. Ч. 1. – М., 2013. – 0,3 п. л.

35. О некоторых новеллах УПК РФ в свете ФЗ № 23 от 04.03.2013 // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2014. – Вып. 1 (12). – 0,7 п. л. (в соавт. с М. О. Баевым).

36. Тактические основы проверки «признательных» показаний по уголовным делам // Криминалистика и судебно-экспертная деятельность в условиях современности : материалы Междунар. конф. Т. 1. – Краснодар, 2013. – 0,4 п. л.

37. «Соучастие после факта» как социально-правовой и криминалистический феномен (постановка проблемы) // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 16. – Воронеж, 2014. – 0,5 п. л.

38. О злоупотреблении правом при квалификации преступлений в досудебном производстве по уголовному делу // Уголовный процесс : от прошлого к будущему : материалы Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 1. – М., 2014. – 0,3 п. л.

39. Диалектика предмета криминалистики : от И. Н. Якимова до наших дней // Влияние идей И. Н. Якимова на развитие современной криминалистики : материалы Междунар. науч.-практ. конф. в МГУ 16 мая 2014 г. – 0,3 п. л.

40. Предупреждение злоупотреблений следователя в праве на производство следственных действий (на примере допроса и очной ставки) // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2014. – Вып. 2 (17). – 0,6 п. л.

41. Процессуальные средства предупреждения злоупотреблений следователя в праве на производство следственных действий и при их осуществлении (на примере очной ставки и допроса) // Lex Russica (Научные труды МГЮА. Т. XC II, № 7, 2014). – 0,6 п. л.

42. Особенности расследования получения взяток за законные действия в ретроспективной следственной ситуации // Материалы науч.-практ. конф., посвящ. 100-летию со дня рождения Н. С. Алексеева. – М., 2014. – 0,3 п. л.

43. Принуждение к даче показаний, подкуп и принуждение к даче ложных показаний или отказу от дачи показаний как объект частной криминалистической методики // Криминалистика и судебно-экспертная деятельность в условиях современности : материалы Всерос. науч-практ. конф. – Краснодар : Изд-во КрУ МВД РФ, 2014. – 0,4. п. л.

44. К методологии следственной тактики (причины следственных ошибок) // Законы России : опыт – анализ – практика. – 0,6 п. л.

45. Атрибутивные признаки и качество уголовно-процессуального доказательства // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2014. – Вып. 4 (19). – 1 п. л.

46. «Поворот к худшему» в судебном уголовном преследовании // Вестник Самар. гос. ун-та. Гуманитарная серия. – 2014. – Вып. 11/2 (122). – 0,8 п. л. (в соавт. с М. О. Баевым).

47. Уголовно-процессуальное доказательство : атрибутивные признаки и качество // Российский журнал правовых исследований. – 2015. – Вып. 1 (2). – 1,2 п. л.

48. Специальная превенция подкупа и/или принуждения к даче ложных показаний // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 17. – Воронеж, 2015. – 0,5 п. л.

49. О протоколе судебного заседания (критический анализ ст. 259 УПК РФ; предложения по ее совершенствованию) // Судебная власть и уголовный процесс. Вып. 4. – Воронеж, 2015. – 0,6 п. л.

50. О принципе реализации назначения уголовного судопроизводства // Вестник Нижегород. правовой академии МВД РФ. – 2015. – № 3. – 0,4 п. л.

51. Протокол судебного заседания по уголовному делу // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2015. – Вып. 4 (21). – 1,5 п. л. (в соавт. с М. О. Баевым).

52. О путях разрешения некоторых «конвергенционных» проблем отечественного уголовно-процессуального права // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2015. – Вып. 5 (22). – 1,0 п. л.

53. Предвосхищающая проверка возможных версий стороны защиты по уголовным делам о «контактных» преступлениях (на примере проверки алиби) // Криминалистические чтения на Байкале – 2015.– Иркутск, 2015. – 0,4 п. л.

54. Тактическая диагностика в системе криминалистического распознавания // Криминалистическая тактика : современное состояние и перспективы развития. Академия управления МВД РФ. – 2015. – Ч. 1. – 0,3 п. л.

55. Место следователя и прокурора в системе досудебного производства по уголовному делу // Современная криминалистика : проблемы, тенденции, перспективы. – М., 2015. – 0,4 п. л.

56. О правовой корректности аргументов в научных дискуссиях последнего времени // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2015. – Вып. 6 (23). – 0,4 п. л.

57. Еще раз об объективной истине и следователе как ее «установителе» по уголовному делу // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 1 (18). – Воронеж, 2016 (в соавт. с М. О. Баевым). – 0,6 п. л.

58. Методические основы расследования преступлений. Часть 1. Механизм следообразования как структурирующее начало методики расследования преступлений // Библиотека криминалиста : научный журнал. – 2016. – Вып. 2 (25). – 1,2 п. л.

59. Функция следователя и прокурора – уголовное преследование // Судебная власть и уголовный процесс. – 2016. – Вып. 1. – 0,6 п. л.

60. От отражения к следам (в криминалистическом их значении) // Материалы Международной научно-практической конференции «Криминалистическое сопровождение расследования преступлений : проблемы и пути их решения». Академия СК РФ. – М., 2016. – 0,25 п.л.

61. О правовом механизме нейтрализации обвинительного уклона в досудебном уголовном преследовании // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. – 2016. – Вып. 1 (24) (в соавт. с М. О. Баевым). – 0,6 п. л.[1]

Кандидатские диссертации, выполненные под руководством О. Я. Баева в 2011–2016 гг.

1. *Пучнин А. В.* Особенности расследования экономических преступлений, связанных со служебной деятельностью. – 2012.

2. *Коростелев И. А*. Выявление и изобличение интеллектуальных соучастников преступлений, связанных с терроризмом. – 2013[2].

---

[1] Всего проф. О. Я. Баевым по состоянию на 1 июня 2016 г. опубликовано 278 научных работ, в том числе 56 монографий, учебников, учебных пособий, глав в коллективных монографиях и учебных пособиях.

[2] Всего под руководством проф. О. Я. Баева по состоянию на 1 июня 2016 г. подготовлено и защищено 35 диссертаций, из них 4 докторских, 31 кандидатская.

СОДЕРЖАНИЕ

…**Плюс пять** (Вместо предисловия) 3

Криминалисты и процессуалисты: соседи по коммунальной квартире или игроки одной команды? 8

Самоидентификация современной криминалистики (объект, предмет и субъектная система современной науки криминалистики) 34

О конечных целях деятельности участников уголовного судопроизводства и стратегиях их достижения (к проблеме криминалистической стратегии) 60

Под флером объективной истины (о Законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве») 73

ПРАВОВЫЕ И ТАКТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ УСМОТРЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ *(Извлечения)* 94

Глава 1. Усмотрение в уголовном преследовании 94

§ 1. Уголовное преследование как «поле» усмотрения правоприменителя 94

§ 2. Теоретические основы феномена усмотрения в уголовном преследовании 109

§ 3. Предмет усмотрения в уголовном преследовании, его структура и информационные основы 138

ДОСУДЕБНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ: ПРАВОВЫЕ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ, ВОЗМОЖНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ *(Извлечения)* 151

Глава 3. Криминалистическое обеспечение досудебного соглашения о сотрудничестве 151

§ 1. Тактико-этические основы привлечения потерпевшего к заключению и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве 151

§ 2. «Дилемма заключенного» в досудебном соглашении о сотрудничестве 177

§ 3. Тактическая операция «Досудебное соглашение о сотрудничестве» 192

Основные направления специальной превенции принуждения к даче показаний 234

«Поворот к худшему» в судебном уголовном преследовании 250

МЕТОДИКА РАССЛЕДОВАНИЯ ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ПОКАЗАНИЙ, ПОДКУПА И ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ЛОЖНЫХ ПОКАЗАНИЙ, УКЛОНЕНИЮ ОТ ДАЧИ ПОКАЗАНИЙ *(Извлечения)* 261

Глава 3. Специальная превенция посягательств на доказательственную информацию и доказательства, формируемые на основе идеальных следов 261

§ 2. Специальная превенция подкупа и/или принуждения к даче ложных показаний 261

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ *(Извлечения)* 274

Глава 1. Методологические основы феномена злоупотребления правом в производстве по уголовному делу 274

§ 1. Злоупотребление правом как уголовно-процессуальная категория 274

§ 2. Усмотрение в уголовном судопроизводстве – поле возможного злоупотребления правом 299

§ 3. Критерии допустимости тактической деятельности профессиональных участников досудебного производства по уголовному делу 322

Процессуальные средства предупреждения злоупотреблений следователя в праве на производство следственных действий и при их осуществлении (на примере очной ставки и допроса) 357

К методологии следственной тактики (причины следственных ошибок) 370

О путях разрешения некоторых «конвергенционных» проблем отечественного уголовно-процессуального права 386

Уголовно-процессуальное доказательство: атрибутивные признаки и качество 406

ЗАЩИТА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ *(Извлечения)* 428

Глава 4. Тактическая операция «Защита доказательств» 428

§ 1. Тактическая операция в системе криминалистических средств 428

§ 2. Содержание основных структурных элементов тактической операции «Защита доказательств»; правовые и криминалистические проблемы, с ними связанные 436

2.1. Обеспечение следственной тайны; сокрытие сведений о лице, участвующем в следственных действиях 436

2.2. Проверка и объективизация признательных показаний подозреваемого, обвиняемого, показаний других лиц; проблемы защиты доказательств в условиях заключения досудебного соглашения о сотрудничестве 465

2.3. Предвосхищающая проверка алиби подозреваемого, обвиняемого и других возможных версий стороны защиты 498

2.4. Защита доказательств в суде 514

Еще раз об объективной истине и следователе как ее «установителе» по уголовному делу 542

Приложения

Список публикаций О. Я. Баева за 2011–2016 гг. 554

Кандидатские диссертации, выполненные под руководством О. Я. Баева в 2011–2016 гг. 559

Научное издание

Баев Олег Яковлевич

ИЗБРАННЫЕ РАБОТЫ

(2012–2016 гг.)

Ведущий редактор *А. Ю. Игнатова*
Компьютерная верстка *Е. Н. Попуга*
Корректоры *М. С. Исаева, Г. И. Старухина*

Подписано в печать 30.05.2016. Формат 60×90/16.
Уч.-изд. л. 36,6. Усл. п. л. 35,3. Тираж 500. Заказ 904

Издательский дом ВГУ
394000 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394000 Воронеж, ул. Пушкинская, 3