СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 2 • 2018

Свидетельство о регистрации Роскомнадзора ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Редакционный совет:

Д. В. Зотов,
кандидат юридических наук, доцент (отв. редактор)
(Воронежский гос. университет);

Ю. Н. Старилов,
доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

Г. В. Стародубова,
кандидат юридических наук, доцент (отв. секретарь)
(Воронежский гос. университет)

Редакционная коллегия:

В. А. Азаров, доктор юридических наук, профессор
(Омский гос. университет);

О. И. Андреева, доктор юридических наук, доцент
(Томский гос. университет);

М. Т. Аширбекова, доктор юридических наук, профессор
(Волгоградский гос. университет);

М. О. Баев, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

А. С. Барабаш, доктор юридических наук, профессор
(Сибирский федер. университет);

О. В. Баулин, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

П. Н. Бирюков, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

С. И. Давыдов, доктор юридических наук, доцент
(Алтайский гос. университет);

А. Ю. Епихин, доктор юридических наук, профессор
(Казанский (Приволжский) федер. университет);

Е. Р. Ергашев, доктор юридических наук, профессор
(Уральский гос. юрид. университет);

З. З. Зинатуллин, доктор юридических наук, профессор
(Удмуртский гос. университет);

Г. С. Казинян, доктор юридических наук, профессор
(Ереванский гос. университет, Армения);

А. П. Кругликов, кандидат юридических наук, профессор
(Волгоградский гос. университет);

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

З. В. Макарова, доктор юридических наук, профессор
(Южно-Уральский гос. университет);

О. А. Малышева, доктор юридических наук, профессор
(Академия права и управления ФСИН);

Е. В. Марковичева, доктор юридических наук, профессор
(Орловский гос. университет);

В. А. Мещеряков, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

Н. Г. Муратова, доктор юридических наук, профессор
(Казанский (Приволжский) федер. университет);

Е. И. Носырева, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

А. В. Победкин, доктор юридических наук, профессор
(Московский университет МВД России);

Т. Б. Рамазанов, доктор юридических наук, профессор
(Дагестанский гос. университет);

О. С. Рогачева, доктор юридических наук, доцент
(Воронежский гос. университет);

С. Б. Россинский, доктор юридических наук, доцент
(Московский гос. юрид. университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА));

А. В. Руденко, доктор юридических наук, профессор
(Кубанский гос. университет);

Т. К. Рябинина, кандидат юридических наук, профессор
(Юго-западный гос. университет);

М. К. Свиридов, доктор юридических наук, профессор
(Томский гос. университет);

И. В. Смолькова, доктор юридических наук, профессор
(Байкальский гос. университет);

В. В. Трухачев, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

Ю. В. Францифоров, доктор юридических наук, профессор
(Саратовская гос. юрид. академия);

О. Н. Шеменева, доктор юридических наук, доцент
(Воронежский гос. университет)

Адрес редакции:
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10а, к. 810
E-mail: sudvl@mail.ru

Сайт журнала:
www.law.vsu.ru/sudvl

Подписной индекс:
94235 Объединенного каталога «Пресса России»

Ведущий редактор издательской группы
Н. Н. Масленникова

Формат 70×108/16. Уч.-изд. л. 26,9. Усл. п. л. 14,7
Тираж 300 экз. Заказ 284
Дата выхода в свет 29.06.2018

Издательский дом ВГУ
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

© Воронежский государственный университет, 2018
© Оформление, оригинал-макет.
Издательский дом ВГУ, 2018

JUDICIAL AUTHORITY AND CRIMINAL PROCESS

JUDICIAL AUTHORITY AND CRIMINAL PROCESS

SCIENTIFIC JOURNAL

№ 2 • 2018

Registration certificate ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Editorial council:

D. V. Zotov,
candidate of legal sciences, associate professor, editor
(Voronezh State University);

Yu. N. Starilov,
doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

G. V. Starodubova,
candidate of legal sciences, associate professor,
executive secretary
(Voronezh State University)

Editorial board:

V. A. Azarov, doctor of legal sciences, professor
(Omsk State University);

O. I. Andreeva, doctor of legal sciences, professor
(Tomsk State University);

M. T. Ashirbekova, doctor of legal sciences, professor
(Vorlgograd State University);

M. O. Baev, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

A. S. Barabash, doctor of legal sciences, professor
(Siberian Federal University);

O. V. Baulin, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

P. N. Biriukov, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

S. I. Davidov, doctor of legal sciences, professor
(Altai State University);

A. Yu. Epihin, doctor of legal sciences, professor
(Kazan Federal University);

E. R. Ergashev, doctor of legal sciences, professor
(Ural State Law University);

Z. Z. Zinatullin, doctor of legal sciences, professor
(Udmurt State University);

G. S. Kazinian, doctor of legal sciences, professor
(Yerevan State University, Armenia);

A. P. Kruglikov, candidate of legal sciences, professor
(Volgograd State University);

Z. V. Makarova, doctor of legal sciences, professor
(South Ural State University);

O. A. Malysheva, doctor of legal sciences, professor
(Academy of law and management of the Federal
service of execution of punishments);

E. V. Markovicheva, doctor of legal sciences, professor
(Orel State University);

V. A. Meshcheryakov, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

N. G. Muratova, doctor of legal sciences, professor
(Kazan Federal University);

E. I. Nosyreva, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

A. V. Pobedkin, doctor of legal sciences, professor
(Moscow University of the Russian Ministry
of Internal Affairs);

T. B. Ramazanov, doctor of legal sciences, professor
(Dagestan State University);

O. S. Rogacheva, doctor of legal sciences, associate professor
(Voronezh State University);

S. B. Rossinskiy, doctor of legal sciences, associate professor
(Kutafin Moscow State Law University (MSAL));

A. V. Rudenko, doctor of legal sciences, professor
(Kuban State University);

T. K. Ryabinina, candidate of legal sciences, professor
(Southwest State University);

M. K. Sviridov, doctor of legal sciences, professor
(Tomsk State University);

I. V. Smolkova, doctor of legal sciences, professor
(Baikal State University);

V. V. Trukhachev, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

Yu. V. Franziforov, doctor of legal sciences, professor
(Saratov State Law Academy) ;

O. N. Shemeneva, doctor of legal sciences, associate
professor (Voronezh State University)

Editorial address:

394018 Russia, Voronezh,
Lenin Sg., 10a, r. 810
E-mail: sudvl@mail.ru

Official site:
www.law.vsu.ru/sudvl

© Voronezh State University, 2018
© Desin, original-model.
Publishing house of Voronezh State University, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

Светлой памяти заведующего кафедрой уголовного процесса юридического факультета ВГУ **Юрия Васильевича Астафьева** 11

Круглый стол «Уголовно-процессуальное доказывание: проблемы, специфика и взаимодействие с оперативно-розыскной деятельностью», посвященный светлой памяти Юрия Васильевича Астафьева (Воронеж, 30 марта 2018 г.) 14

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОКАЗЫВАНИЕ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ 24

Александров А. И. Оперативно-розыскная деятельность и нравственные начала: размышляя о главном 24

Брейтер М. А. О допустимости использования в уголовном процессе непроцессуальной информации, полученной сотрудниками УИС в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий 29

Вытовтов А. Е. Значение результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве по уголовным делам в сфере экономики 34

Галяшина Е. И. Проблемы использования в доказывании по уголовным делам фонограмм, получаемых по результатам оперативно-розыскных мероприятий 38

Григорьев В. Н. Некоторые суждения о результатах оперативно-розыскной деятельности 48

Казакова А. В. Использование в качестве доказательств показаний агентов, внедренных в террористические организации 53

Кривошеев С. И. Законность приговора суда первой инстанции, постановленного на основе результатов оперативно-розыскной деятельности 58

Купряшина Е. А., Хромова Е. А. О правомерности использования результатов провокации преступления при доказывании в уголовном судопроизводстве 64

Малахова Л. И. Оперативно-розыскное обеспечение процесса доказывания: проблемы правового регулирования 68

Моргачёва Л. А. Правомерно ли использовать объяснения, заявление о явке с повинной и результаты оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств? 74

Муравьев М. В. О некоторых проблемах взаимодействия уголовно-процессуального доказывания с оперативно-разыскной деятельностью 81

Новикова Е. А., Шумилин С. Ф. Следственная и оперативно-розыскная деятельность: интеграция или взаимодействие? 86

Панько Н. К. Проблема использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве 96

Победкин А. В. Тайное проникновение оперативно-розыскной деятельности в открытую дверь уголовного судопроизводства 104

Россинский С. Б. Результаты оперативно-розыскной деятельности нужно признать доказательствами по уголовному делу 111

Савонюк Р. Е. Актуальные проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании по уголовным делам 120

Чупилкин Ю. Б. Независимый контроль за проведением оперативно-розыскных мероприятий, допускающих симуляцию противоправного поведения 125

130 .....ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Александров А. С. Проблемы теории уголовно-процессуального доказывания, которые надо решать в связи с переходом в эпоху цифровых технологий 130
Брянская Е. В. Уважение личности несовершеннолетнего в процессе доказывания по уголовному делу.....140
Комаров И. М. Юридическое лицо как потерпевшее от преступления в российском уголовном процессе 146
Костенко Р. В. Соотношение предмета и пределов доказывания в уголовном процессе 152
Стародубова Г. В. Истина в уголовном процессе: когда «двойные стандарты» уместны 158

162 .....ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Аспидов А. В. Об использовании данных дистанционного мониторинга лесов для сбора доказательств по уголовному делу о незаконной рубке лесных насаждений на примере Пермского края 162
Багаутдинов К. Ф. Особенности доказывания по уголовным делам, по которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве 167
Баев М. О. Тактико-криминалистические особенности участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам.....171
Баева К. М. «Собирание» доказательств адвокатом-защитником: основные проблемы и пути их разрешения 178
Гамбарян А. С. Судебное депонирование показаний: старый процессуальный институт под новым названием 184
Грикевич О. А. Применение части 3 статьи 115 УПК РФ в конкретном деле ООО «Аврора МС».....199
Калюжный А. Н. Уголовно-процессуальные средства изобличения преступной деятельности, посягающей на свободу личности, на стадии возбуждения уголовного дела.....210
Кузнецов А. Н. Незаконное изъятие и удержание денежных средств в качестве вещественных доказательств: вопросы возмещения убытков 216
Лифанова Л. Г. К проблеме реализации права следователя на производство следственных действий до возбуждения уголовного дела 222
Лукомская А. С. Установление потерпевшего по уголовным делам о незаконной добыче (вылове) водных биологических ресурсов 227
Мельникова Е. Ф. Проблемы обеспечения безопасности обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве.....233
Морозова Т. А. О внутренних факторах, ограничивающих свободу оценки доказательств на предварительном следствии.....238
Передерий В. А. Некоторые особенности выявления и доказывания признаков преступления, предусмотренного статьей 145.1 УК РФ.....240
Хайдаров А. А. Нарушение установленного порядка допроса адвоката должно приводить к признанию протокола его допроса недопустимым доказательством 246
Хмелева А. В. Отдельные проблемные вопросы доказывания, связанные с несовершенством уголовно-процессуального закона.....249

254 ..... СУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Осипян Б. А. Роль правосознания и совести российских судей при выявлении истинной и полной картины рассматриваемых дел и вынесении правомерных и целесообразных решений и приговоров.....254

Синельникова В. С. Реализация принципа свободы оценки доказательств при прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям судом первой инстанции 264
Конин В. В. Производство следственных действий в постсудебной стадии 269

УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ 274

Трефилов А. А. Особенности доказывания в уголовном процессе Швейцарии 274

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИИ: ИЗБРАННЫЕ ДОКЛАДЫ УЧАСТНИКОВ ВСЕРОССИЙСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ СТУДЕНТОВ, МАГИСТРАНТОВ И АСПИРАНТОВ (21–22 АПРЕЛЯ 2017 Г.) 281

Бобылев С. Р. Проблемы института задержания в уголовном процессе 281
Дорошева А. А. Некоторые проблемы участия адвоката-защитника по уголовным делам 285
Шульгина Л. В. Некоторые вопросы обеспечения безопасности подозреваемого или обвиняемого, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве 290

ИСКУССТВО И ПРАВОСУДИЕ 296

Зотов Д. Замкнутый круг 296

CONTENTS

Blessed memory of Yury V. Astafiev, the Yead of the Criminal Process Department of Law Faculty of Voronezh State University 11
Round Table «Criminal procedure proof: problems, specifics and interaction with operational investigations ». Blessed memory of Yury V. Astafiev (Voronezh, 30 Merch 2018).....14

24 .....CRIMINAL PROCEDURE PROOF AND OPERATIONAL INVESTIGATIONS

Aleksandrov A. I. Operational investigations and moral principles: reflecting on the main 24
Breiter M. A. The question of the permissibility of the use of non-procedural information obtained by staff of penitentiary service as a result of operational search activities 29
Vitovtov A. E. The Relevance of the Results of Operational Investigations in Criminal Proceedings in Economic Criminal Cases.....34
Galyashina E. I. Problems of evidence assessment in criminal cases of phonograms acquiesced by law enforcement officers 38
Grigoryev V. N. Some judgments of results of operational search activity 48
Kazakova A. V. Using as evidence of indications of agents introduced in terrorist organizations 53
Krivosheev S. I. Legitimacy of sentence based on results of investigative activities 58
Kupryashina E. A., Khromova E. A. On the issue of the legitimacy of using the results of provocation of a crime in proving in criminal proceedings 64
Malakhova L. I. Operatively-search process evidence: issues of legal regulation.....68
Morgacheva L. A. Whether it is lawful to use explanations, the statement for surrender and results of investigation and search operations as proofs? 74
Muraviev M. V. On some problems of interaction of criminal procedural evidence with operational-investigative activities 81
Novikova E. A., Shumilin S. F. Investigative and operational search activity: integration or interaction? 86
Panko N. K. Problem of use of results of operational search activity in criminal legal proceedings 96
Pobedkin A. V. Secret penetration of operative-search activity in the open door of criminal proceedings.....104
Rossinskiy S. B. The results of operational and investigative activities should be recognized as evidence in a criminal case.....111
Savonyuk R. E. Actual problems of use the results of operative-investigative activity in criminal procedural proof in criminal cases 120
Cupilkin Yu. B. Independent control of conducting the investigation and search operations allowing simulation of illegal behavior.....125

130 ..... GENERAL PROVISIONS OF CRIMINALPROCESS

Aleksandrov A. S. The problems of the theory of criminal procedural proof, which must be solved in connection with the transition to the digital age 130
Bryanskaya E. V. Respect of the identity of the minor in the course of proof on criminal case 140

Komarov I. M. Legal entity as a victim from crime in the Russian criminal process 146
Kostenko R. V. The ratio of the subject and limits of proving in the criminal process 152
Starodubova G. V. The truth in criminal process: when "double standards" are appropriate 158

162 ..... PRETRIAL

Aspidov A. V. To a question of use of data of remote monitoring of the woods for collecting proofs on criminal case about the illegal cabin of forest plantings on the example of Perm region 162
Bagautdinov K. F. Features of evidence in criminal cases, which concluded a pre-trial agreement on cooperation 167
Baev M. O. Tactical and forensic features of the participation of a defense lawyer in proving criminal cases 171
Baeva K. M. «Collecting» Evidence by a Defense Counsel: Major Problems and Ways to Resolve them 178
Ghambaryan A. S. Judicial deposition of indications: old procedural institute under the new name 184
Grikevich O. A. Application of the p. 3 of Art. 115 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation in concrete business of LLC Aurora MS 199
Kalyuzhnyi A. N. Criminal procedural means of exploitation of criminal activities infringing to freedom of personality at the stage of exception of the criminal case 210
Kuznetsov A. N. Illegal withdrawal and deduction of money as material evidences: indemnification questions 216
Lifanova L. G. To the problem of realization of the investigator's right to conduct investigative actions before the institution of criminal proceedings 222
Lukomskaya A. S. Establishment of the victim in criminal cases on illegal production (catch) of aquatic biological resources 227
Melnikova E. F. Problems of security of the accused, with which the sole agreement on cooperation is concluded 233
Morozova T. A. To a question of the internal factors limiting freedom of assessment of proofs on preliminary investigation 238
Peredery V. A. Some peculiarities of revealing and proving the signs of a crime, stipulated by Article 145.1 of the Criminal Code of the Russian Federation 240
Khaidarov A. A. Violation of the established procedure for questioning a lawyer should lead to the recognition of the protocol of his interrogation inadmissible evidence 246
Khmeleva A. V. Selected problematic issues of proof related with the imperfection of the criminal procedure law 249

254 ..... TRIAL

Osipian B. A. Role of sense of justice and conscience of the Russian judges at identification of a true and full picture of the considered cases and pronouncement of lawful and expedient decisions and sentences 254
Sinelnikova V. S. Realization of the principle of free evaluation of evidence in terminates criminal proceedings on non-exculpatory grounds by the first instance court 264
Konin V. V. The investigation in the post-trial stage 269

274 ..... CRIMINAL PROCESS: FOREIGN EXPERIENCE

Trefilov A. A. Specific features of evidence in the Swiss criminal process 274

281 ..... THE PROSPECTS OF DEVELOPMENT OF CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS IN RUSSIA

Bobylev S. R. The problems of the institution of detention in criminal proceedings 281
Dorosheva A. A. Certain issues of participation of the defense lawyer in criminal cases.....285
Shulgina L. V. Some questions of safety of the suspect or the accused, which has concluded a pre-trial agreement on cooperation.....290

296 .....ARTS AND JUSTICE

Zotov D. Vicious circle 296

СВЕТЛОЙ ПАМЯТИ ЗАВЕДУЮЩЕГО КАФЕДРОЙ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА ВГУ ЮРИЯ ВАСИЛЬЕВИЧА АСТАФЬЕВА

14 апреля 2017 г. скоропостижно скончался заведующий кафедрой уголовного процесса юридического факультета Воронежского государственного университета Юрий Васильевич Астафьев. Юрий Васильевич ушел безвременно, на пятьдесят третьем году жизни. Его смерть – огромное потрясение для коллектива юридического факультета Воронежского государственного университета, сотен выпускников и студентов. Утрата невосполнима. Не стало не просто сотрудника университета и коллеги; не стало друга, учителя, «родного сердца».

Во время прощания с Юрием Васильевичем «красной нитью» через всё сказанное прошло общее мнение о том, что Юрий Васильевич был хорошим человеком. Звание «хорошего человека» Юрий Васильевич заслужил всей своей жизнью. Он родился 28 октября 1964 г. в г. Воронеже. Его мама – Римма Дмитриевна – была педагогом, преподавала литературу, принимала участие в образовательных и учебных проектах областного и республиканского масштаба. Отец – Василий Иванович – инженер по образованию, руководил одним из отделов завода «Электроника». Любящие родители научили сына твердости в отстаивании своих убеждений, великодушию и милосердию; мудро показали истинные жизненные ценности. Честность и справедливость не были для Юрия Васильевича пустыми словами, что в наши дни становится всё большей редкостью. Тем, кому довелось познакомиться с Юрием Васильевичем, очевидно, что доброе отношение к людям, терпимость и педагогический талант его мамы в нем самом проявились никак не в меньшей степени, сохранялись и совершенствовались до последнего дня жизни.

Вся сознательная жизнь Юрия Васильевича связана с Воронежским государственным университетом. В 1981 г. вчерашний школьник был зачислен на первый курс юридического факультета ВГУ, который стал для него вторым домом.

Уже в студенческие годы появился интерес к правовой науке. На третьем курсе начались занятия по «Уголовному процессу». Сложность, многогранность судопроизводства по уголовным делам, ярко продемонстрированные в лекциях профессора Льва Дмитриевича Кокорева, вызвали живой интерес у тогдашнего студента Юрия Астафьева. И этот интерес определил его путь в науке, а Л. Д. Кокорев стал Учителем и Наставником, который советовал, помогал, направлял и искренне переживал за своего ученика.

Благодаря стремлению к знаниям, настойчивости и природным способностям Юрий Васильевич в 1986 г. окончил юрфак с «красным» дипломом и поступил в целевую аспирантуру родного факультета, по итогам обучения в которой под руководством своего Учителя Л. Д. Кокорева в 1989 г. своевременно защитил диссертацию на тему «Право на защиту в стадии предания обвиняемого суду» с присвоением ученой степени кандидата юридических наук. Защита диссертации прошла в Харьковском университете имени Ярослава Мудрого. В том же 1989 г. Юрий Ва-

сильевич был принят на должность преподавателя кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета ВГУ. Молодой преподаватель уверенно шел в аудиторию, талантливо рассказывал о сложном порядке производства по уголовным делам и абсолютно заслуженно снискал уважение и любовь студентов, что, бесспорно, является одним из главных показателей признания в высшей школе. Помимо базового «Уголовного процесса» Юрий Васильевич обучал студентов этическим аспектам судопроизводства, юридической психологии, увлеченно рассказывал о тонкостях ораторского искусства; в рамках своих занятий применял, как ныне популярно говорить, интерактивные методы обучения – игровые уголовные процессы, выступления студентов с речами обвинителей и защитников по архивным уголовным делам.

В 1991–1993 гг. Юрий Васильевич Астафьев стажировался в Германии, в баварском университете г. Пассау. Полученные знания нашли применение как в педагогической, так и в научной деятельности. В 1990-е гг. началась карьера Юрия Васильевича как адвоката. Получив соответствующий статус, он открыл собственное адвокатское бюро. В кабинетах следователей и прокуроров, в залах судебных заседаний Юрий Васильевич оставил немало времени и нервов, однако это компенсировалось искренней благодарностью тех, кому он помог в трудной жизненной ситуации. Адвокатская работа успешно сочеталась с преподаванием на юридическом факультете ВГУ и научным поиском.

В 1997 г. Юрий Васильевич был переведен на должность доцента кафедры уголовного процесса, чуть позже получив соответствующее ей звание доцента, а в 2004 г. возглавил эту кафедру. Под его демократическим руководством сформировался коллектив, который стал в определенной мере отражением заведующего – коллектив с интеллигентной, дружеской и по-семейному теплой атмосферой.

С 2015 г. Юрий Васильевич начал исполнять обязанности помощника проректора по контрольно-аналитической и административной деятельности ВГУ. Новая должность предполагала контакты с государственными органами, довольно часто сопряженные со сложными, щекотливыми вопросами жизни университета и его сотрудников. Юрий Васильевич старался предложить оптимальное решение, всегда задумывался над тем, каким образом оно отразится на жизни и судьбе конкретного человека.

На протяжении многих лет Юрий Васильевич входил в состав квалификационной комиссию при адвокатской палате Воронежской области, был членом экзаменационной комиссии при квалификационной коллегии судей Воронежской области, являлся независимым экспертом Министерства юстиции в сфере коррупциогенности нормативных правовых актов.

Ю. В. Астафьев являлся автором более 120 научных и учебных трудов: монографий, статей, учебных и методических работ. Заметный вклад он внес в разработку теоретических проблем уголовного судопроизводства. Наибольшее внимание Юрий Васильевич уделял соотношению доказательственной и оперативно-розыскной деятельности, чему была посвящена монография «Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия» (Курск, 2001), всегда указывал на нравственные аспекты производства по уголовным делам, с должным уважением относился к историческому опыту, результатом чего стали работы «Теория судебных доказательств в уголовном процессе: конец XIX – начало XX века» (Воронеж, 2016) и «Теоретические основы доказывания в уголовном судопроизводстве России: середина XIX – начало XX века» (М., 2017).

Его работы активно используются в научной, педагогической и практической деятельности.

Юрий Васильевич был одним из авторов идеи создать научный журнал, посвященный вопросам уголовного судопроизводства – «Судебная власть и уголовный процесс», являлся его ответственным редактором, входил в состав редколлегий четырех других периодических факультетских изданий.

Под руководством Ю. В. Астафьева защищены шесть кандидатских диссертаций. В жизни и судьбе своих учеников Юрий Васильевич принимал активное участие, искренне переживал за них, всегда помогал, чем полностью оправдал надежды, некогда возложенные на него его Учителем – Львом Дмитриевичем Кокоревым.

Профессионализм, широкий научный кругозор, яркие способности педагога и ученого сочетались в этом уникальном человеке с высокими морально-нравственными качествами. Скромность и честность, человечность и доброта – это черты характера, благодаря которым Юрий Васильевич пользовался заслуженно высоким авторитетом и большим уважением у коллег, студентов и всех тех, с кем довелось встретиться в течение жизни.

13 апреля 2017 г. вечером Юрий Васильевич председательствовал на заседании научного студенческого кружка. Обсуждалась проблема истины в уголовно-процессуальном доказывании – тема, которая интересовала его на протяжении многих лет, относительно которой Юрий Васильевич занимал принципиальную позицию: «осужденный не может быть вероятно виновен». Эта встреча была наполнена радостью общения, надеждами и планами на будущее совсем еще юных, но пытливых и искренне заинтересованных в научном поиске студентов при одобрении и поддержке талантливого педагога и ученого. Юрий Васильевич с энтузиазмом поддерживал высказываемые идеи, ярко и убедительно говорил о нравственных основах уголовного судопроизводства. Таким он и остался в нашей памяти.

Утром следующего дня Юрия Васильевича Астафьева не стало…

КРУГЛЫЙ СТОЛ «УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОКАЗЫВАНИЕ:

ПРОБЛЕМЫ, СПЕЦИФИКА И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ», ПОСВЯЩЕННЫЙ СВЕТЛОЙ ПАМЯТИ ЮРИЯ ВАСИЛЬЕВИЧА АСТАФЬЕВА (Воронеж, 30 марта 2018 г.)

30 марта 2018 г. состоялся Всероссийский научно-практический круглый стол «Уголовно-процессуальное доказывание: проблемы, специфика и взаимодействие с оперативно-розыскной деятельностью», посвященный светлой памяти Юрия Васильевича Астафьева (28.10.1964–14.04.2017), в числе научных мероприятий к 100-летию юридического факультета Воронежского госуниверситета.

С приветственным словом выступил декан юридического факультета профессор Ю. Н. Старилов, который указал на важность сохранения памяти об ушедших учителях и коллегах и пожелал плодотворной работы в рамках научного мероприятия.

Заседание круглого стола открыла и.о. заведующего кафедрой уголовного процесса Г. В. Стародубова, которая подчеркнула важное значение вопросов уголовно-процессуального доказывания, включая проблему его взаимодействия и с оперативно-розыскной деятельностью, чему большое внимание в своем научном поиске уделял кандидат юридических наук, доцент Ю. В. Астафьев, более 10 лет возглавлявший кафедру уголовного процесса.

Участникам круглого стола была представлена презентация, посвященная Ю. В. Астафьеву.

В заседании круглого стола приняли участие представители ведущих вузов России: Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, Московского государственного университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Белгородского государственного национального исследовательского университета и др. Проблемы уголовно-процессуального доказывания и его соотношения с оперативно-розыскной деятельностью традиционно вызвали живую дискуссию.

Доцент кафедры уголовного процесса А. Ю. Астафьев предложил начать выступления

Выступление профессора кафедры управления органами расследования преступлений Академии управления МВД России, доктора юридических наук А. В. Победкина

Выступление профессора кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), доктора юридических наук С. Б. Россинского

Выступление доцента кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, кандидата юридических наук Н. В. Ильютченко

Выступление заведующего кафедрой теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения Воронежского государственного университета, доктора юридических наук, профессора П. Н. Бирюкова

Выступление судьи Воронежского областного суда А. Н. Новосельцева

Выступление профессора кафедры уголовного процесса Белгородского юридического института МВД России имени И. Д. Путилина, доктора юридических наук С. Ф. Шумилина

Выступление старшего научного сотрудника Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, кандидата юридических наук А. А. Трефилова

Научное мероприятие было проведено в формате веб-конференции с Восточно-Сибирским институтом Министерства внутренних дел России (г. Иркутск) и Казанским федеральным университетом (г. Казань, Республика Татарстан).

Стародубова
Галина Викторовна

УДК 343

А. И. Александров

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И НРАВСТВЕННЫЕ НАЧАЛА: РАЗМЫШЛЯЯ О ГЛАВНОМ

В статье затронуты актуальные нравственные проблемы, касающиеся ОРД: низкий уровень правосознания оперативных работников, их профессиональная деформация; недоверие граждан правоприменителям и недостаточная помощь в раскрытии преступлений; допустимый оперативный эксперимент и его отличие от провокации.
К л ю ч е в ы е с л о в а: оперативно-розыскная деятельность, правосознание, оперативный эксперимент, провокация.

OPERATIONAL INVESTIGATIONS AND MORAL PRINCIPLES: REFLECTING ON THE MAIN

The work is dedicated to the actual moral problems concerning the Operational Investigations: the low level of legal awareness of investigators, their professional deformation; distrust of citizens to law enforcement bodies and insufficient assistance in the detection of crimes; permissible operative experiment and its difference from provocation.
K e y w o r d s: operational Investigations, sense of justice, operational experiment, provocation.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Тема нравственности, нравственных основ важна применительно к любой сфере человеческой деятельности. Но особое звучание она приобретает там, где вершатся людские судьбы, – в работе правоохранительных органов, защищающих нас от преступности. Мораль и право – вот что, по утверждению Л. Д. Кокорева, и составляет основу правоохранительной деятельности[1]. Формат исследования не позволяет уделить внимание всем аспектам этой темы; остановимся на одном, самом остром – нравственным началам оперативно-розыскной деятельности.

Государство предоставляет оперативным работникам широкие полномочия по выявлению и пресечению преступлений, причем значительная часть этих полномочий реализуется негласно. В таких условиях особо велик соблазн встать на преступный путь, использовать полномочия в личных целях, и сегодня в средствах массовой информации освещено немало примеров, когда этот соблазн воплощался в конкретных действиях. Причем, что самое страшное, речь идет не только о попустительстве преступникам, укрывательстве преступлений и т. п.; известны факты фальсификации результатов ОРД, подбрасывания улик невиновным людям, что, с одной стороны, помогает оперативнику выполнить криминальный «заказ» их конкурентов по бизнесу, а с другой – влечет для него продвижение по службе за «раскрытое» преступление.

[1] См.: Проблемы теории и практики уголовного процесса : история и современность / под ред. В. А. Панюшкина. Воронеж, 2006. С. 286.

© Александров А. И., 2018

При таких обстоятельствах особое значение приобретают надлежащий уровень правосознания оперативных работников, их устойчивость к деформации личностного правосознания, твердый моральный стержень.

В науке различают не один, а несколько типов деформации правосознания работников оперативных подразделений, условно именуя их «боязнью права», «правовым цинизмом», «правовым нигилизмом» и т. д.[2] К сожалению, нередко даже те работники, которые искренне стремятся пресечь преступление и не ищут от службы преференций для себя лично, в силу деформации правосознания идут на грубые нарушения закона, ошибочно полагая, что государству и обществу неважно, каким путем преступник будет изобличен.

Что делать в этой ситуации? Прежде всего, требуется укрепление кадровой составляющей: через институты наставничества, профессиональной учебы и т. п., а также путем более тщательного отбора будущих правоприменителей при поступлении на службу. Уже сейчас в практику кадровой работы силовых ведомств России внедрены такие новые методы изучения претендента на должность, как прохождение «детектора лжи», более сложные тестирования, опросы психологами, что позволяет «отсеивать» лиц со сложившимися криминальными установками тех, кто употреблял наркотики, и т. п. Кроме того, необходимо поднимать престиж работы в правоохранительных органах, в том числе за счет увеличения денежного содержания сотрудников, шире применять материальное и моральное стимулирование и др.

Требуется также усиление ведомственного контроля и прокурорского надзора при осуществлении ОРД, а в особо резонансных случаях – осуществление парламентского контроля над расследованием фактов злоупотреблений, допущенных оперативными работниками[3].

Совершенствование законодательства и практики его применения – еще одно важное средство, воздвигающее барьеры на пути к нарушению закона. Так, изначально ст. 15 закона об ОРД[4] не содержала каких-либо правил изъятия в ходе гласных ОРМ документов или электронных носителей информации, что оставляло оперативным работникам широкие возможности для злоупотребления полномочиями: достаточно было изъять бухгалтерскую документацию у руководителя того или иного предприятия на неопределенный срок, чтобы поставить его перед выбором: или банкротство предприятия, неминуемое в отсутствие документов, или выполнение любых незаконных требований оперативников. Осознав ошибку, законодатель внес в указанную статью необходимое изменение: теперь, как известно, владельцы изымаемых документов получают их заверенные копии, причем в жестко установленные сроки.

Другой пример, касающийся корректировки Верховным Судом РФ ошибочной практики применения закона об ОРД: запрет проведения гласного обследования жилого помещения для обнаружения доказательств по уголовному делу, которое, по существу, подменяло собой обыск[5]. До того как Верховный Суд РФ высказал

---

[2] См.: *Захарцев С. И*. Наука оперативно-розыскной деятельности : философский, теоретико-правовой и прикладной аспекты. СПб., 2011. С. 102–108.

[3] См.: *Александров А. И*. Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности : история, современность, перспективы, проблемы / под ред. В. З. Лукашевича. СПб., 2003. С. 498–514.

[4] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[5] См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9 января 2013 г. № 45-О12-77. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

свою позицию по этому вопросу, признав такое проведение обследования незаконным, соответствующая практика была нередкой, что серьезно увеличивало возможности оперативных работников по злоупотреблению полномочиями.

Вторым проблемным вопросом, на котором следует остановиться, является низкий уровень доверия граждан[6] к сотрудникам органов правопорядка. Во многом это – оборотная сторона проблем, о которых говорилось выше. Сталкиваясь в быту с коррупционными проявлениями со стороны тех, кто призван с ними бороться, помня по рассказам представителей старшего поколения о временах чудовищных массовых репрессий, произволе, устраиваемом «по доносу», видя «громоздкость» и формализм современных правил российского уголовного судопроизводства, многие граждане не желают содействовать правоохранительным органам в выявлении и раскрытии преступлений. Негласная помощь оперативным подразделениям часто оценивается общественным сознанием как нечто безнравственное, «подлое», аморальное. Вспомним водителей встречных автомобилей, заметивших, что вы нарушаете скорость: они мигают вам фарами, предупреждая о близости сотрудника ГИБДД, вместо того чтобы самим сообщить инспектору о вашем правонарушении (именно так поступили бы граждане многих стран Запада).

Между тем именно работа с гражданами, оказывающими содействие оперативным подразделениям в выявлении и раскрытии преступлений, – основа основ всей оперативной деятельности. Без этой ключевой составляющей все усилия органов правопорядка по предотвращению и пресечению преступлений окажутся тщетными. Это особенно важно осознать каждому из нас сегодня, когда Россия находится под прицелом международного терроризма. Полагаем, определенные позитивные изменения в общественном сознании есть. К примеру, террористическая угроза, вновь весьма актуальная для нашей страны, во многом сплотила население и помогла увидеть в сотрудниках правоохранительных органов своих защитников. Но нельзя останавливаться на достигнутом.

Прежде всего, требуются дальнейшие усилия самих правоприменителей, чтобы их негативный образ был окончательно развенчан. Для этого необходимо не только «самоочищение рядов»; следует учитывать положительный зарубежный опыт стимулирования активной помощи граждан в раскрытии преступлений, применяя как моральные, так и материальные стимулы. Так, по свидетельству Ю. Н. Адашкевича, врожденное уважение к закону большинства граждан западных стран позволяет широко использовать различные полицейские программы, такие как, например, канадские «Соседский догляд» или «Схвати за руку». Любой житель Оттавы, заметив чьи-либо подозрительные действия, может позвонить в полицию и рассказать о своих наблюдениях. Если подозрения окажутся верными и приведут к аресту преступника, звонивший получит материальное вознаграждение. При этом гарантируется полное инкогнито, что снимает опасения возможной мести преступника: причитающуюся сумму можно востребовать в банке, назвав индивидуальный номер, который выдается звонящему в полицию[7].

По утверждению В. А. Ильченко, в настоящее время доминирующей идеологией правоохранительных органов зарубежных стран в отношениях с обществом яв-

---

[6] См.: *Астафьев Ю. В.* Нравственные категории в оперативно-розыскной деятельности // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 96–97.

[7] См.: *Адашкевич Ю. Н.* Агентурный метод в борьбе с преступностью в зарубежных странах // Выступления в рамках круглого стола «Организованная преступность-2» / под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. М., 1993. С. 208–220.

ляется так называемая концепция коммунально-ориентированной деятельности полиции; критерий социальной эффективности работы полиции, когда граждане воспринимают полицию как «свою», все шире применяется в оценке ее работы. «Определение облика сотрудника полиции как друга и помощника, а ее профессиональной деятельности как служение обществу – главное в построении отношений между полицией и населением, а основной критерий оценки ее деятельности – общественное мнение»[8]. Полагаем, что и в нашей стране упомянутый критерий должен серьезно учитываться при оценке работы соответствующих ведомств.

В современном мире большую роль в становлении в общественном сознании образа сотрудника правоохранительных органов играют средства массовой информации. Многочисленные сериалы, показывающие поголовную коррупцию в рядах правоохранителей, не способствуют формированию позитивной модели поведения гражданина и полицейского. Необходимо серьезное внимание государства к этой проблеме, чтобы такой негативный вектор освещения правоохранительной работы был преодолен.

Важно также обеспечить надлежащую защиту тех, кто доверился работникам правопорядка и помогает в раскрытии преступлений. Ведь безнравственно требовать от граждан содействия в выявлении преступлений, а затем от свидетелей – правдивых показаний, если государство не может их надежно защитить. В этом вопросе наша страна тоже использует далеко не все возможные ресурсы[9].

Наконец, еще одна серьезная проблема, заслуживающая внимания и имеющая нравственную подоплеку, заключается в отграничении правомерно проведенного ОРМ «оперативный эксперимент» от совершенной оперативниками провокации. Подчеркнем, что тема провокации звучит в нашей стране достаточно часто[10]; заявления чиновников, которые, будучи схваченными за руку с крупными денежными суммами, утверждают, что стали жертвами произвола правоприменителей, стали обычным явлением.

На наш взгляд, настоящая провокация, требующая самого решительного осуждения: это когда человеку «подбрасывают» деньги, наркотики или еще что-либо, создавая искусственные доказательства совершения ими преступления. Разумеется, это не только незаконно (ст. 304 УК РФ), но и безнравственно.

Однако если чиновник добровольно соглашается взять деньги за определенную услугу, «продавая» тем самым свои полномочия, а его при этом задерживают с поличным, то, на наш взгляд, трудно говорить о какой-либо безнравственности действий работников правоохранительных органов.

Понимая, что затронутая тема является остро дискуссионной, мы, тем не менее, выступаем за расширение существующих возможностей по проведению ОРМ «Оперативный эксперимент». В частности, мы выступаем за наделение оперативных подразделений полномочиями проверять чиновника на «устойчивость к взяткам» в превентивном порядке. Причем всем государственным и муниципальным служащим надо заранее объявить (и включить в закон об их статусе соответствующую норму), что они будут регулярно подвергаться таким внезапным оператив-

---

[8] *Ильченко В. А.* Взаимоотношения общества и полиции за рубежом и в России // Вестник Нижегородского ун-та им. Н. И. Лобачевского. 2015. № 1. С. 139.

[9] См., например: *Новиков С. А.* Обеспечение безопасности допрашиваемого лица : у «нас» и у «них» // Следователь. 2009. № 7. С. 16.

[10] См., например: *Сазин С. Т.* О проблемах соблюдения конституционных прав и свобод человека и гражданина при выявлении, раскрытии и расследовании преступлений коррупционной направленности // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 3. С. 251.

ным проверкам. Полагаем, предлагаемая «проверка на честность» чиновников путем предложения им «взятки» никак не противоречит нравственным нормам. Сейчас требуется только прямо регламентировать в законе проведение таких мероприятий. Ведь каждый служащий не может не понимать, что взяточничество – преступно, что он, соглашаясь за деньги посетителя решить служебный вопрос, совершает преступление[11].

Таковы, на наш взгляд, наиболее актуальные нравственные проблемы, касающиеся ОРД, скорейшее решение которых – насущное требование современности. В завершение исследования напомним известное изречение римского поэта Квинта Горация Флакка, небезынтересное для современных правоприменителей: «Серебро дешевле золота, золото – нравственных достоинств».

---

[11] Подробнее см.: *Александров А. И*. Философия зла и философия преступности (вопросы философии права, уголовной политики и уголовного процесса). СПб., 2013. С. 329–337.

Санкт-Петербургский государственный университет

Александров А. И., *доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики*

St.-Petersburg State University

Aleksandrov A. I., *Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Criminal Process and Criminalistics Department*

E-mail: san33@mail.ru

УДК 343

М. А. Брейтер

О ДОПУСТИМОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ НЕПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ИНФОРМАЦИИ, ПОЛУЧЕННОЙ СОТРУДНИКАМИ УИС В РЕЗУЛЬТАТЕ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Рассмотрены проблемы использования в уголовном судопроизводстве непроцессуальной информации, полученной сотрудниками УИС в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности по пенитенциарным преступлениям.
Ключевые слова: доказательство, доказывание, допустимость доказательств, оперативно-розыскная деятельность в УИС, оперативно-розыскные мероприятия, результаты оперативно-розыскной деятельности.

THE QUESTION OF THE PERMISSIBILITY OF THE USE OF NON-PROCEDURAL INFORMATION OBTAINED BY STAFF OF PENITENTIARY SERVICE AS A RESULT OF OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES

The article deals with the problems of the use in criminal proceedings of non-procedural information received by the staff of the criminal investigation service in the implementation of operational and investigative activities for penitentiary crimes
Key words: proof, admissibility of evidence, operational investigative activities in Penal Service, operational-search activities, results of operational investigative activities.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Деятельность администрации исправительных учреждений направлена не только на исправление лиц, осужденных к лишению свободы, в рамках исполнения вступившего в законную силу приговора суда, но и на предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, совершаемых осужденными при отбывании уголовного наказания в местах лишения свободы.

Статистика преступности в местах лишения свободы показывает, что по состоянию на декабрь 2015 г. зарегистрировано 837 преступлений[1], а за аналогичный период 2016 г. – 851 преступление[2], что свидетельствует о криминальной активности осужденных. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что значительное число уголовных дел, возбужденных в отношении осужденных, так и не доходят до судебного разбирательства. Факты совершения осужденными общественно опасных деяний нередко не подтверждаются в ходе их проверки в установленном уголовно-процессуальном законодательстве порядке или не регистрируются сотрудниками уголовно-исполнительной системы (далее – УИС). Принцип неотвратимости уголовного наказания в таких условиях перестает действовать, и пенитенциарные преступники, чувствуя свою безнаказанность, продолжают оказывать противодействие сотрудникам правоохранительных органов путем совершения злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания и новых преступлений.

[1] См.: Официальная статистика НИИиПТ ФСИН России по форме 2-УИС за декабрь 2015 г.
[2] См.: Официальная статистика НИИиПТ ФСИН России по форме 2-УИС за декабрь 2016 г.

© Брейтер М. А., 2018

Процессуальный статус ФСИН России как органа дознания нормативно закреплен в ст. 40 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ). Однако на основании Указания Генеральной прокуратуры РФ от 25 октября 2013 г. № 456/69«Об усилении прокурорского надзора за процессуальной деятельностью учреждений и органов УИС», органам и учреждениям УИС не рекомендовано принимать процессуальные решения по материалам проверки сообщения о преступлении, а именно: возбуждение уголовного дела либо отказ в возбуждении. Исключением является передача материалов проверки сообщения о преступлении в следственные органы или органы дознания согласно подследственности, установленной ст. 151 УПК РФ.

Краеугольным камнем в уголовном процессе является доказывание преступлений, поскольку, как гласит ст. 14 УПК РФ, устанавливающая такой важнейший принцип уголовного правосудия, как презумпция невиновности, обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим кодексом порядке. Исходя из положений ст. 86 и 87 УПК РФ, доказывание по уголовным делам осуществляют следующие участники уголовного судопроизводства: следователь, дознаватель, судья, прокурор. Существенное значение в осуществлении данной уголовно-процессуальной функции на досудебных стадиях уголовного судопроизводства имеют следственные органы и органы дознания. В условиях исправительного учреждения (далее – ИУ) лица, проводящие предварительное следствие по уголовным делам, возбужденным в отношении осужденных, сталкиваются с рядом проблем, обусловленных многими факторами. Самыми распространенными, на наш взгляд, являются следующие проблемы: субъектом совершения преступления является осужденный, личность которого требует дополнительного изучения; при расследовании преступлений в местах лишения свободы осужденные оказывают противодействие следствию; ИУ имеет специфические признаки как место совершения преступления, что оказывает существенное влияние на проведение следственных действий и планирование расследования; применение долгосрочных мер государственной защиты к осужденным, занимающим процессуальное положение свидетелей и потерпевших, достаточно затруднительно в условиях функционирования ИУ и др. Указанные проблемы во многом предопределяют порядок уголовного судопроизводства по уголовным делам, возбужденным в отношении осужденных.

Особое значение в расследовании преступлений имеет оперативно-розыскная деятельность (далее – ОРД), которая проводится в учреждениях УИС, исполняющих уголовное наказание в виде лишения свободы, в соответствии с Федеральным законом от 12 августа 1995 г. № 144 «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ «Об ОРД») и ст. 84 Уголовно-исполнительного кодекса РФ. Задачи ОРД в рассматриваемом контексте нацелены на обеспечение следственных органов и органов дознания оперативной информацией. В ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ) в ИУ может быть получена значимая информация о противоправной деятельности осужденных. Данная информация может отражаться в следующих документах, составленных оперативными работниками исправительного учреждения:

1) справках (рапортах) сотрудников, проводящих ОРМ;

2) сообщениях конфиденциальных сотрудников;

3) заключениях предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц;

4) материалах фото-, кино-, звуко- и видеозаписей, произведенных в процессе ОРМ;

5) материальных предметах, полученных гласно или негласно при осуществлении ОРМ[3].

Информация, полученная в процессе осуществления органами и учреждениями УИС оперативно-розыскной деятельности, может служить основой для формирования доказательственной базы. В доктрине уголовно-процессуального права указанная информация определяется как *непроцессуальная*, и ее собирание осуществляется в результате проведения *непроцессуальных познавательных мероприятий*[4]. Самым общим аргументом в пользу суждения о возможности использования непроцессуальных познавательных мероприятий в целях доказывания служит получение с их помощью информации, которая обладает одним из свойств уголовно-процессуальных доказательств – свойством относимости, ибо указывает на факты, образующие предмет доказывания по уголовному делу[5].

А. Р. Ратинов указывал, что неверно считать иные, кроме следственных (судебных) действий, способы собирания и проверки доказательств непроцессуальными. Их процессуальная форма иная, чем у следственных действий, но она существует[6]. Однако несмотря на возможную относимость и достоверность непроцессуальной информации, она не обладает таким важнейшим свойством уголовно-процессуальных доказательств, как допустимость, поскольку данные сведения получены в нарушение требований п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, а именно не уполномоченным субъектом доказывания или совокупностью действий, не являющихся процессуальными.

Результаты ОРД имеют весомое доказательственное значение, однако до сих пор имеются в УПК РФ пробелы, препятствующие использованию результатов ОРД в уголовном судопроизводстве. Непроцессуальная информация, полученная субъектами осуществляющими ОРД, представляемая для использования в доказывании по уголовным делам, должна позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств; содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на ОРМ, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе.

Информацию, полученную в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, при некоторых обстоятельствах проблематично проверить путем производства дополнительных следственных и процессуальных действий, в связи с тем что не ясны и не очевидны обстоятельства получения результатов ОРД, поскольку методика, тактика проведения ОРМ регулируется подзаконными нормативно-правовыми актами, имеющими степень секретности, что подтверждается положениями ст. 5 Закона РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне Российской Федерации». Например, сведения о лицах, содействующих ор-

---

[3] См.: Информационное обеспечение расследования преступлений, совершаемых в исправительных учреждениях : учеб. пособие / О. А. Белов [и др.]. М., 2012. С. 94.

[4] См., например: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991 ; *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. М., 2016. С. 105–126.

[5] См.: *Шейфер С. А*. Указ. соч. С. 109.

[6] См.: Теория доказательств в уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. Изд. 2-е, испр. и доп. М., 1973. С. 373.

ганам, осуществляющим ОРД, не подлежат рассекречиванию, даже если при их непосредственном участии и была получена доказательственная информация.

Кроме того в «Инструкции о порядке предоставления результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденной совместным приказом МВД России, Министерства обороны РФ, ФСБ России, Федеральной службы охраны РФ, Федеральной таможенной службы, Службы внешней разведки РФ, Федеральной службы исполнения наказаний, Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков, Следственного комитета РФ от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 не регламентируется вопрос о том, в каком порядке и в каком объеме происходит рассекречивание оперативной информации для использования в уголовном судопроизводстве. Данный пробел в правоприменительной практике необходимо восполнить в системе ведомственных нормативно-правовых актов.

На наш взгляд, не могут подлежать расшифровке любые сведения о лице, оказывающем конфиденциальное сотрудничество органам, осуществляющим ОРД. В своем диссертационном исследовании А. С. Закотянский предлагал проводить допрос лица (сотрудника или информатора полиции), которым предоставленные сведения послужили основанием для проведения оперативно-розыскных мероприятий в условиях, позволяющих его визуальное наблюдение[7]. Мы не разделяем заявленное мнение автора. Во-первых, это не способствует решению вопроса о допустимости доказательств, поскольку их собирание не может осуществляться субъектом, не осуществляющим доказывание по уголовному делу (ст. 86 УПК РФ). Во-вторых, институт обеспечения прав личной безопасности свидетелей и потерпевших на современном этапе недостаточно развит. Применение мер обеспечения безопасности в ИУ ФСИН России к осужденным, занимающим определенное процессуальное положение, при рассмотрении уголовного дела связано с проблемами, возникающими из особенностей тюремной субкультуры, а именно «в среде осужденных действует негласный запрет о недопустимости любого сотрудничества как с представителями администрации ИУ, так и с представителями других правоохранительных органов, за нарушение которого осужденного могут лишить жизни или насильственно перевести в низкую социальную группу («обиженные»). В-третьих, нарушаются правовые гарантии самого конфидента, установленные ст. 18 ФЗ «Об ОРД», а именно право на личную безопасность.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что органы, осуществляющие ОРД, представляют лишь источники информации, которые могут быть использованы в качестве доказательств или являться основанием для проведения следственных и иных процессуальных действий, тогда как в ст. 89 УПК РФ указывается, что не допускается использование результатов ОРМ в доказывании, не соответствующих требованиям, предъявляемым к доказательствам, установленным УПК. Учитывая вышесказанное, следует отметить, что информация, полученная в результате проведения ОРМ, согласно ст. 86 УПК РФ априори является недопустимой в качестве доказательств по уголовному делу, так как лицо, осуществляющее ОРД, не наделено процессуальными полномочиями по сбору доказательств в соответствии со ст. 86 УПК РФ. Правильнее, на наш взгляд, было бы законодательно сформулировать норму ст. 89 УПК РФ следующим образом: *В качестве доказательств допускается использование результатов оперативно-розыскной дея-*

[7] См.: *Закотянский А. С.* Проблемы использования непроцессуальной информации в доказывании по уголовным делам : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Самара, 2015. С. 10.

тельности, соответствующих обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу, если они получены органами или должностными лицами, осуществляющими ОРД, в установленном законодательством РФ порядке.

На примере использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве, на наш взгляд, четко проявляется проблема использования результатов непроцессуальных познавательных мероприятий, где компромисс законодателем пока еще не найден. Однако если участие органов ОРД в уголовном судопроизводстве косвенно подтверждается в ФЗ «Об ОРД» и ст. 89 УПК РФ, то законодательно не совсем ясен статус информации, полученной из иных источников (например, СМИ, частной детективной деятельности или иной законной деятельности правоохранительных органов, организаций и других лиц).

Как уже было сказано, результаты ОРД, полученные сотрудниками УИС, являются основой формирования доказательственной базы. Однако практика расследования пенитенциарных преступлений показывает, что имеются существенные проблемы приобщения материалов ОРД к уголовным делам, выраженные в недостаточном правовом регулировании использования непроцессуальной информации в уголовном судопроизводстве, вследствие чего значительное число преступлений в местах лишения свободы не раскрывается, что является фактором, затрудняющим реализацию политики государства в сфере исправления осужденных.

Академия ФСИН России

***Брейтер М. А.,** адъюнкт факультета подготовки научно-педагогических кадров, старший лейтенант внутренней службы*

Academy of the Federal Penal Service of Russia

***Breiter M. A.,** Adjunct of Faculty of Training of Scientific and Pedagogical Staff*

E-mail: breiter2014@yandex.ru

Tel.: 8-915-627-85-35

УДК 343

А. Е. Вытовтов

ЗНАЧЕНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

Кратко анализируется использование в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу. Делается вывод о несовершенстве законодательного урегулирования использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности.

К л ю ч е в ы е с л о в а: доказательства, доказывание, оперативно-розыскные мероприятия, результаты оперативно-розыскной деятельности, уголовное судопроизводство.

THE RELEVANCE OF THE RESULTS OF OPERATIONAL INVESTIGATIONS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN ECONOMIC CRIMINAL CASES

The rules of current legislation relating to the usage of the results of operational investigations in criminal proceedings as evidence of a criminal case are being briefly analyzed in the article. The author comes to the conclusion about legal deficiencies in the usage of the results of operational investigations in crime detection.

K e y w o r d s: evidence, proof, operational-investigative means, the results of operational investigations, criminal proceedings.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Несмотря на возрастающую необходимость формирования новых и совершенствования существующих теоретических и нормативно-правовых подходов, а также практических технологий к механизмам уголовного судопроизводства в целях обеспечения возможности эффективного расследования и судебного разбирательства уголовных дел, связанных с современными формами экономических преступлений, до сих пор остается открытым и весьма актуальным вопрос о возможности и допустимых пределах использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД).

Значимость познавательных ресурсов, полученных непроцессуальным, главным образом оперативно-розыскным путем, признается большинством авторов, посвятивших свои работы данному сегменту уголовно-процессуальной науки. Например, М. П. Поляков пишет, что без использования технологий получения информации о преступлении, в первую очередь средств и методов ОРД, и уголовному судопроизводству сегодня не под силу противостоять напору преступности[1]. В свою очередь Ю. В. Астафьев отмечал, что оперативно-розыскные материалы – это не рядовые сведения и не рядовая информация. По мнению автора, они, как правило, направлены на формирование доказательств; именно этому преимущественно и посвящено их добывание. ОРД, таким образом, не являясь собственно

[1] См.: *Поляков М. П*. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности : дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 4.

© Вытовтов А. Е., 2018

доказыванием, участвует в процессе доказывания как его неотъемлемый обеспечительный элемент[2].

Однако, невзирая на подобные позитивные оценки результатов оперативно-розыскной деятельности для потребностей следственно-судебной практики, для максимально полного установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания, большинство авторов, сходится во мнении о невозможности их прямого, непосредственного использования в качестве полноценных средств процессуального познания по уголовному делу. В современной уголовно-процессуальной науке доминирует постулат: «Результаты ОРД ни при каких условиях не станут доказательствами»[3]. Основными аргументами в пользу данной позиции выступают тезисы о «процессуальной недоброкачественности» результатов ОРД, об их определенной ущербности по сравнению с предусмотренными УПК РФ видами (источниками) доказательств, предопределенной получением соответствующих сведений в режиме, не обремененном достаточными процессуальными гарантиями.

В научной литературе результаты ОРД традиционно относятся к так называемой непроцессуальной информации, чем и объясняется невозможность их использования в качестве полноценных доказательств по уголовному делу. В связи с этим С. А. Шейфер писал, что взятые сами по себе данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, доказательствами не являются, ибо не соответствуют нормативному определению доказательства, а также предписаниям ст. 89 УПК РФ, согласно которой в процессе доказывания запрещается использование результатов ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ[4]. Ю. В. Астафьев весьма негативно оценивал появившиеся в последнее время в юридической литературе тенденции, направленные на фактическое слияние оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. По мнению автора, данные виды различны и по своему характеру, и по своим условиям, основаниям проведения, используемым средствам и методам, поэтому их слияние недопустимо[5].

Вместе с тем существует и иная точка зрения, представители которой, исходя из реальных потребностей правоприменительной практики, утверждают о давно назревшей необходимости в изменении процессуального режима использования результатов ОРД в доказывании по уголовному делу. Так, по мнению С. Б. Россинского, в настоящее время не существует никаких препятствий для возможности прямого, непосредственного использования данных материалов в качестве доказательств[6]. С точки зрения В. К. Зникина, «в современных условиях борьбы с преступностью и ее организованными формами, требующих расширения доказательственной базы по уголовным делам, существует острая необходимость в

---

[2] См.: *Астафьев Ю. В.* Методологические основы соотношения оперативно-розыскной и доказательственной информации в расследовании преступлений // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2007. № 1. С. 284.

[3] Уголовный процесс. Проблемные лекции : учеб. для магистров / под ред. В. Т. Томина, И. А. Зинченко. М., 2015. С. 450.

[4] См.: *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018. С. 110.

[5] См.: *Астафьев Ю. В.* Оперативно-розыскные средства уголовно-процессуального познания // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2006. № 1. С. 272.

[6] См.: *Россинский С. Б.* Использование результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий в доказывании по уголовному делу – объективная необходимость // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2015. № 3. С. 180.

законодательной регламентации механизма использования добытых результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве»[7].

Указанные позиции представляются разумными, отвечающими не столько неким иллюзорным правовым ценностям, сколько действительным потребностям судебно-следственной практики. Полагаем, что в сегодняшних реалиях решение задач, стоящих перед уголовно-процессуальным доказыванием по делам об экономических преступлениях, сведения, добытые не посредством следственных или иных процессуальных действий, а в принципиально ином правовом режиме, регламентированном законодательством об ОРД, приобретают важнейшее значение и нередко становятся просто незаменимыми. Ведь, учитывая преимущественно скрытый, трудно выявляемый (часто латентный) характер экономической преступности, влекущий ограниченный круг лиц, обладающих потенциально доказательственной информацией, установление всех обстоятельств, входящих в предмет доказывания в ходе досудебного или судебного производства, видится просто невозможным.

Указанные обстоятельства могут быть обусловлены весьма разными причинами: сложной, трудоемкой и, самое главное, длительной процедурой принятия процессуального решения о возбуждении уголовного дела, коррупционными связями потенциальных обвиняемых в правоохранительных органах, влияющими на возможность уничтожения заинтересованными субъектами будущих доказательств и т. д. Однако очевидно одно: все эти причины отрицательно сказываются на дальнейшем осуществлении уголовного преследования, затрудняют его и в конечном итоге негативно сказываются на результатах уголовного судопроизводства, а следовательно, всей уголовной политики государства.

В подобных случаях недооценка потенциала результатов ОРД, их отнесение к сведениям «второго сорта» представляется просто непозволительной, явно не способствующей защите общества и государства от преступлений экономической направленности. Тем более что, на самом деле, факты прямого оперирования результатами ОРД как доказательствами по уголовному делу – это объективные реалии современной судебной и следственной практики[8]. Несмотря на запрет использования результатов ОРД в «чистом виде», практические работники прекрасно используют их в своей повседневной деятельности, «закрывают глаза» на существующие ограничения или маскируют их другими видами доказательств: вещественными доказательствами, показаниями свидетелей или иными документами.

Для наглядности приведем следующий пример, имевший место в нашей практике в бытность прохождения службы в Управлении экономической безопасности и противодействию коррупции ГУ МВД России по Иркутской области. В момент проведения доследственной проверки сообщения о преступлении, предусмотренном ст. 172 УК РФ, оперативным работникам поступила информация о планируемом уничтожении потенциальными обвиняемыми ряда псевдобанковских документов, печатей и иных объектов, которые в дальнейшем могли возыметь важное доказательственное значение. Ввиду невозможности проведения безотлагательного обыска по причине еще не решенного вопроса о возбуждении уголовного дела руководителем оперативного подразделения было принято реше-

[7] *Зникин В. К.* Использование оперативно-розыскной информации в уголовно-процессуальном доказывании : дис. … канд. юрид. наук. Томск, 1998. С. 4.

[8] См.: *Россинский С. Б.* Указ. соч. С. 174.

ние о проведении гласного оперативно-розыскного мероприятия – обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. В результате оперативного вмешательства были обнаружены и изъяты первичные бухгалтерские документы, печати, черновые записи, которые в дальнейшем были переданы следователю и возымели важное значение для изобличения обвиняемых в совершении инкриминируемого им преступления.

Конечно, решения о признании представленных предметов и материалов вещественными доказательствами и иными документами в описанном случае принимал уже сам следователь в порядке, установленном УПК РФ. Однако сведения о факте их обнаружения в определенном месте или у конкретного лица уже не могли быть повторно воспроизведены следователем посредством обыска или выемки. Эти сведения фактически были введены в уголовное дело и использованы напрямую, т. е., говоря словами М. П. Полякова[9], получены в готовом виде и интерпретированы в контексте решения задач уголовного судопроизводства.

Указанный пример, как и все подобные практические ситуации, наглядно свидетельствует о несовершенстве нормативно-правовых подходов к использованию результатов ОРД в качестве доказательств по уголовным делам. Современному законодателю необходимо преодолеть разногласия, существующие в теории доказательственного права в части возможности использования в процессуальном доказывании результатов ОРД.

Данную проблему необходимо разрешить путем пересмотра многолетних теоретических воззрений о невозможности прямого, непосредственного использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве в качестве доказательств.

---

[9] См.: *Поляков М. П.* Указ. соч. С. 4.

Восточно-Сибирский институт Министерства внутренних дел РФ

Вытовтов А. Е., *адъюнкт кафедры уголовного процесса*

East-Siberian Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs

Vitovtov A. E., *Post-graduate Student of the Criminal Process Department*

E-mail: 629.76@mail.ru

УДК 343

Е. И. Галяшина

ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ ФОНОГРАММ, ПОЛУЧАЕМЫХ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Рассматриваются проблемы, возникающие при оценке в уголовно-процессуальном доказывании достоверности фонограмм, получаемых при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Формулируются некоторые рекомендации, позволяющие существенно повысить эффективность использования фонограмм как результатов оперативно-розыскных мероприятий при доказывании.

К л ю ч е в ы е с л о в а: фонограмма, достоверность, доказательство, фальсификация, монтаж, судебная экспертиза.

PROBLEMS OF EVIDENCE ASSESSMENT IN CRIMINAL CASES OF PHONOGRAMS ACQUIESCED BY LAW ENFORCEMENT OFFICERS

The article deals with the problems arising in the criminal procedure with the assessment of reliability of phonograms obtained during operational investigative measures. Some recommendations are formulated to significantly improve the effectiveness of the use of the phonogram as the results of operational investigative measures as evidence.

K e y w or d s: phonogram, reliability, evidence, falsification, installation, forensics.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Современная преступность характеризуется качественным изменением противоправных проявлений. Увеличивается доля тщательно спланированных преступлений, осуществляемых организованными группами и преступными сообществами, оснащенными на уровне самых последних достижений науки и техники. Таким преступлениям свойственна латентность, высокая степень конспирации, хорошая маскировка следов преступления, активное противодействие правоохранительным органам. Специфика проявлений организованных общественно опасных деяний, обусловленных во многом научно-техническим прогрессом, вызвала настоятельную потребность интеграции в сферу судопроизводства новых научно-технических средств и методов, адаптации уже разработанных и применяемых на практике к современным реалиям. Зарубежный и отечественный опыт показывает, что эффективное раскрытие и расследование организованных систем подкупа, взяточничества, вымогательства и иных преступлений коррупционной направленности зависит не только от профессионализма сотрудников правоохранительных органов, осуществляющих собирание, проверку и оценку доказательств, но и от полноценного и всестороннего их судебно-экспертного исследования.

Несмотря на многообразие возможных ситуаций, следует отметить одну характерную особенность – использование в доказывании криминалистически значимой вербальной информации о планируемых, совершаемых, совершенных или скрываемых преступлениях, которая передается по акустическим каналам ком-

© Галяшина Е. И., 2018

муникации и может перехватываться и регистрироваться с помощью оперативно-технических средств.

Проведение оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) регламентируется соответствующими нормативно-правовыми актами[1] и межведомственными инструкциями, и в результате их проведения формируется массив информации о преступлении. Впоследствии материалы ОРМ передаются в следственные органы или суд в соответствии с действующей межведомственной инструкцией[2]. После возбуждения уголовного дела фонограммы и видеофонограммы, полученные в ходе ОРМ, прослушиваются и просматриваются в рамках осмотров предметов и документов, а затем приобщаются к материалам уголовного дела в качестве вещественных доказательств. Однако необходимо сказать, что действующий порядок получения материалов ОРМ и их направления в следственные органы или суд не позволяет в полной мере обеспечить соответствие данных материалов требованиям относимости, допустимости и достоверности, предъявляемым к доказательствам по уголовному делу в соответствии со взаимосвязанными требованиями ст. 86–88 УПК РФ.

Доказательство по делу должно соответствовать критериям допустимости, достоверности и относимости, а следовательно, источник происхождения доказательства не должен вызывать сомнений, должна быть в обязательном порядке обеспечена возможность проверки допустимости и достоверности доказательства, кроме того, доказательство должно содержать достоверную и объективную информацию о расследуемом событии.

Формируемые в рамках ОРМ материалы представляют собой информацию (фонограммы и видеофонограммы), записанную в цифровом виде на различных носителях, а значит, являются цифровыми доказательствами, т. е. информацией, хранящейся или передающейся в бинарной форме, имеющей значение для суда[3].

Фонограммы, получаемые субъектами оперативно-розыскной деятельности, могут выступать в качестве средства совершения преступления, сохранять его следы, содержать сведения о фактических данных, имеющих значение доказательств, являться средством обнаружения преступления и установления обстоятельств, подлежащих доказыванию. Зафиксированные на материальном носителе сведения об имевших место переговорах, их обстоятельствах, месте и времени, участниках и их речевом поведении, содержательно-смысловой направленности высказываний приобретают особую значимость в уголовно-процессуальном доказывании.

Сложность в процессуальной оценке достоверности фонограмм как доказательств заключается в принципиальной возможности злонамеренного изменения

---

[1] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[2] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : утверждена приказом Министерства внутренних дел РФ, Министерства обороны РФ, Федеральной службы безопасности РФ, Федеральной службы охраны РФ, Федеральной таможенной службы, Службы внешней разведки РФ, Федеральной службы исполнения наказаний, Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков, Следственного комитета РФ от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[3] Guidelines for best practice in the forensic examination of digital technology. April 2009. URL: http://cryptome.org/2014/03/forensic-digital-best-practice.pdf (дата обращения: 04.03.2018).

зафиксированной на фонограмме информации без оставления видимых следов произведенных манипуляций.

Для оценки достоверности фонограммы как доказательства в следственной и судебной практике, как правило, назначают судебную фоноскопическую экспертизу, на разрешение которой ставится вопрос о признаках монтажа и иных изменений, привнесенных в фонограмму в процессе ее записи или после ее окончания. При решении данной экспертной задачи если эксперт не обнаруживает резких изменений параметров записанного сигнала, то делает вывод, что признаков монтажа в пределах разрешающей способности и чувствительности аппаратуры не обнаружено. Однако такой вывод по своей сути носит условный характер (обусловленный чувствительностью примененного метода и разрешающей способностью технического средства) и не устраняет полностью сомнений в достоверности звуковой информации как доказательства.

Следы редактирования, монтажа и иных искусственно привнесенных изменений звуковой информации могут быть скрыты и не выявлены по объективным или субъективным причинам: из-за недостаточной чувствительности приборов, низкой квалификации или неопытности эксперта, неполноты представленных материалов (например, когда эксперту не предоставляют оригинал фонограммы, устройство звукозаписи, сведения о технологической цепочке записи, условиях, обстоятельствах ее производства и т. д.), методических ошибках и т. п.

Кроме того, термин «монтаж» используется экспертами в соответствии с определением, приведенным в ГОСТ 13699-91 («Запись и воспроизведение информации. Термины и определения»). Под монтажом понимается объединение двух или более частей одной или нескольких ранее записанных фонограмм путем перезаписи, при котором могут вноситься изменения в записываемую информацию, и может изменяться очередность фрагментов. Из данной дефиниции следует, что любая фонограмма, изготовленная посредством монтажа, не является оригиналом, но представляет собой копию, полученную при перезаписи. Поэтому следы непервичности фонограммы относятся к числу признаков монтажа. В случае предоставления следователю (суду) фонограмм-копий данное обстоятельство дает основания сомневаться в их аутентичности. В ситуации, когда у следователя (суда) имеется только копия фонограммы, сличить которую с оригиналом невозможно, а технологическая цепочка записи (следообразования) не документирована, теряется процессуальный смысл в назначении судебной экспертизы на предмет выявления признаков монтажа фонограммы, поскольку вывод эксперта об их отсутствии не позволяет установить факт аутентичности записанной информации.

Однако здесь среди экспертов нет единства. Так, по мнению авторов типовой методики технического исследования фонограмм, «задача выявления неситуационных изменений звуковой информации, зафиксированной на фонограмме, ставится перед экспертами в целях обеспечения доказательств достоверности фонограммы. Ранее эта задача решалась экспертами посредством выявления на фонограмме признаков монтажа, но экспертная практика показала, что использование термина «монтаж» вызывает разночтения: инициатор задания, ставя перед экспертами вопрос о наличии (отсутствии) признаков монтажа, подразумевает выявление признаков искажения информации о событии, имеющем место в действительности, осуществленного путем подбора и соединения частей фонограммы в соответствии с определенным умыслом; эксперт, получая такое задание,

использует для его решения имеющиеся справочные материалы (ГОСТ 13699–91 «Запись и воспроизведение информации. Термины и определения», а также энциклопедические и толковые словари), в которых значение слова «монтаж» не имеет того смысла, который подразумевается инициатором задания: объем и содержание общепринятого понятия «монтаж» не включают криминалистического значения (намеренное искажение)»[4].

В такой ситуации, когда эксперты демонстрируют отсутствие единого научно-методического подхода, следователи пытаются вообще избегать постановки перед экспертами вопроса о монтаже фонограммы, отказываясь от него вовсе или подменяя понятиями «неситуационные изменения фонограммы»[5], «целостность фонограммы», «нарушения непрерывности записи» и т. п. При этом, что понимается под термином «ситуация», не расшифровывается, допуская весьма вольное его толкование и расширяя до бесконечности пределы субъективного экспертного усмотрения при интерпретации факторов, конституирующих ситуацию, которая может трактоваться по-разному при противоположных позициях стороны обвинения и защиты.

В целом с таким положением дел, когда экспертная задача установления факта изменения первоначального содержания исходной фонограммы[6] четко не сформулирована, а правоприменитель не сориентирован по перспективам и возможностям экспертного выявления следов произведенных манипуляций с сигналограммой при ее записи и перезаписи, нельзя согласиться.

Звуковой след, зафиксированный на любом материальном носителе, как и любой иной объект криминалистического исследования, должен адекватно отображать свойства источника звука, соответствовать обстоятельствам, технологии и ситуации его записи и не подвергаться необоснованным искажениям, искусственно изменяющим свойства фонообъекта[7].

Считается, что при цифровой записи звуковых сигналов с технической точки зрения копия сигналограммы ничем не отличается по качеству звукозаписи от оригинала. Это породило бытующее среди криминалистов мнение, что «для случая цифровой записи информационного отражения реального объекта бессмысленно говорить об оригинале и копии. В данном случае и оригинал и копия (причем их может быть сколько угодно) будут обладать совершенно одинаковой информационной емкостью»[8]. Однако это утверждение верно лишь отчасти:

---

[4] Типовые экспертные методики исследования вещественных доказательств / под ред. Ю. М. Дильдина ; общ. ред. В. В. Мартынова. М., 2010. Ч. 1. С. 454–455.

[5] По определению авторов типовой методики технического исследования фонограмм «термин «неситуационные изменения» используется для обозначения признаков искажения звуковой информации, зафиксированной на фонограмме, внесенных инструментальными (техническими) способами и выявляемых перцептивным, лингвистическим и инструментальным видами анализа. Выявление неситуационных изменений является решением стоящей перед инициатором задания проблемы оценки вещественных доказательств (относимости, допустимости и достоверности фонограммы)» (Типовые экспертные методики исследования вещественных доказательств. С. 454).

[6] Экспертная задача – установление факта изменения первоначального содержания документа при производстве технико-криминалистического исследования документов (см.: Типовые экспертные методики исследования вещественных доказательств. С. 333).

[7] См.: *Галяшина Е. И., Галяшин В. Н.* Цифровые фонограммы как судебное доказательство // Воронежские криминалистические чтения. 2007. Вып. 8. С. 71–99.

[8] *Мещеряков В. А.* Цифровые (виртуальные) следы в криминалистике и уголовном процессе // Там же. 2008. Вып. 9. С. 221–233.

при условии, что копирование осуществляется непосредственно с исходной фонограммы без каких-либо ее преобразований и редактирования, при этом при перезаписи изготавливается точный дубликат (образ объекта), сохраняющий все криминалистически значимые свойства исходного файла. В иных случаях могут быть утрачены не только идентификационные свойства фонообъекта, но и не исключается изготовление копии с модифицированного оригинала или исходной фонограммы, подвергшейся вторичной цифровой обработке, редактированию, монтажу и иным манипулятивным воздействиям с целью искусственного создания доказательств.

Поэтому при копировании и перезаписи аудиофайла различают дубликат, копию самого файла и копию фонограммы в файле. Копирование аудиофайла может осуществляться при помощи стандартных функций системного программного обеспечения (при этом могут меняться свойства файла), но может производиться при помощи программ звуковых редакторов или специализированного программного обеспечения, предназначенного для обработки цифрового звука, его редактирования и монтажа. При таком способе копирования могут меняться не только свойства самого файла, но и свойства и содержание фонограммы.

Кроме того, понятия «оригинал», «копия», «дубликат» цифрового доказательства не равнозначны. Оригинальным цифровым доказательством является материальный носитель, содержащий информационный объект, который связан с этим носителем на момент его регистрации или изъятия (получения). Например, фонограмма-оригинал – это записанная на носителе звуковая и сопутствующая ей техническая информация, поступившая на вход записывающего устройства непосредственно от источника звукового сигнала и фиксируемая в памяти, находящейся непосредственно в записывающем устройстве (кассета, съемный носитель, встроенная память), иногда и неотделимом от него.

Дубликатом является точная цифровая репродукция всех информационных объектов, хранящихся на оригинальном материальном носителе, в то время как копией является точная репродукция информации, содержащейся в информационных объектах, независимая от материального носителя. Так, дубликатом будет являться файл-образ содержимого памяти устройства записи, в то время как копией – аудио- или видеофайл, скопированный на любой другой носитель информации. Иногда под копией фонограммы, полученной каким-либо цифровым записывающим устройством, понимают файл, содержащий зафиксированную информацию, но записанный в другом формате (т. е. конвертированный).

Фонообъект, полученный в результате конвертации аудиофайла, не является дубликатом или копией оригинального звукового следа, а, по сути, является новым объектом, находящимся лишь в определенной связи с исходной фонограммой, но не с источником звукового сигнала.

Специфика процесса конвертации заключается в том, что звуковой след, закодированный по одному алгоритму в цифровом записывающем устройстве, преобразуется в новый звуковой сигнал, закодированный по другому алгоритму. При этом может быть удален или создан какой-либо объем данных. Причем полученная фонограмма не будет в точности соответствовать первоначальному оригиналу, хотя и будет представлена в таком же формате.

Только дубликат цифрового доказательства в точности и полностью воспроизводит оригинальный звуковой след. В настоящее время дубликат цифровой фонограммы может быть получен при снятии образа с оригинального носителя, в

результате чего не только фонограмма сохранится в полном объеме, но и будут зафиксированы и свойства носителя информации. При таком способе копирования не будет утрачена или изменена криминалистически значимая информация. В то же время при обычном копировании файла могут быть внесены изменения в ряд атрибутов фонообъекта, в частности в дату создания файла. Говорить, что копия не будет отличаться от оригинала, в таком случае нельзя[9].

Для того чтобы в ходе экспертного исследования фонограммы выявить возможные изменения, которым подвергался исходный звуковой след, необходимо сравнить фонограмму с условиями, обстоятельствами записи оригинала, свойствами записывающего устройства, которые должны быть предоставлены эксперту субъектом, назначающим экспертизу. Если предоставляется копия, то она должна быть надлежащим образом верифицирована, что позволит проверить полноту и точность соответствия копии оригиналу. Провести сравнение и выявить изменения возможно только в том случае, когда эксперту есть с чем сравнивать записанную на фонограмме информацию. Поэтому в целях достоверной диагностики аутентичности цифрового звукового объекта на экспертизу необходимо предоставлять оригинал либо дубликат фонограммы, записывающее устройство, сведения о технологической цепочке записи, обстоятельствах и условиях ее производства. Когда оригинал или устройство записи утрачиваются, то сомнения в соответствии реально происходившему событию звуковой информации, записанной на копии фонограммы, могут стать экспертным путем не устранимы, поскольку сравнивать эксперту записанную на фонограмме-копии информацию попросту не с чем.

Если перезапись осуществляется выборочно, а звуковой сигнал перекодируется, то содержание и контекст разговора может меняться. Если для перезаписи используется промежуточный цифровой накопитель, позволяющий манипулировать данными, то копирование может производиться с фонограммы, которая уже подверглась изменениям, редактированию и монтажу. В этом случае содержание разговора, записанного на отредактированной копии, будет отличаться от реального события, а смысл сказанного может быть превратно истолкован из-за искусственного изменения контекста. Именно поэтому вывод экспертов о том, что на копии признаки монтажа не обнаружены, вовсе не свидетельствует о том, что такая фонограмма отражает реально происходившее событие в неискаженном виде.

Для верификации цифровой фонограммы производится фиксация и документирование индивидуальных свойств (реквизитов) исходного аудиофайла одновременно и непосредственно в процессе его первичной регистрации на материальном носителе. Ряд цифровых устройств звукозаписи (например, диктофоны EDIC-mini) позволяют проконтролировать неизменность содержимого фонограмм путем записи непосредственно в тело файла дополнительной служебной информации (цифровой подписи), в том числе серийного номера устройства.

Неизменность цифрового звукового следа может быть также проверена путем контроля файла при помощи расчета контрольных сумм (хэша) до и после каждой операции по его воспроизведению, репродуцированию, передаче и т. п. Следу-

[9] См.: *Галяшина Е. И., Шамаев Г. П.* Обеспечение достоверности материалов оперативно-розыскных мероприятий как доказательств в уголовном судопроизводстве // Криминалистика и судебная экспертиза : наука, обучение, практика / под общ. ред. С. П. Кушниренко. СПб., 2012. С. 492–500.

ет также отметить, что расчет хэша – однонаправленный и из полученного значения невозможно воссоздать исходный файл. После расчета контрольной суммы любое, даже самое незначительное, изменение файла будет легко установлено. Расчет контрольной суммы необходимо производить в тот момент, когда непосредственно регистрируется исходный цифровой звуковой сигнал, поскольку полученное значение является ориентиром при последующих операциях с сигналограммой.

Таким образом, отсутствие потерь информации при любом копировании звуковых файлов должно специально контролироваться и процессуально надлежаще документироваться.

Тогда как в большинстве случаев к материалам уголовного дела приобщаются съемные носители (компакт-диски, флэш-карты и т. п.), содержащие не оригиналы, а копии цифровых фонограмм либо аудиофайлы, содержащие выборки аудиоданных (например, подборку отдельных телефонных переговоров или их фрагментов, имеющих отношение к делу). При этом способ перезаписи не указывается, а факт верности фонограмм в копиях аудиофайлов оригиналам путем их сличения не удостоверяется.

В таком случае при копировании аудиофайла изменяются его реквизиты, меняются метаданные файла и его свойства. Кроме того, если для копирования применяются звуковые редакторы, то копироваться может только часть содержимого файла, либо переписывается уже видоизмененный файл, содержащий смонтированную, редактированную, микшированную фонограмму и т. п.

Монтаж ложно отображает реально состоявшееся или представляет искусственно имитируемое (инсценируемое) звуковое событие путем манипуляций с речевыми и акустическими сигналами. В составе современных компьютерных редакторов звукового сигнала имеется множество средств для изменения уровня, тембра, спектра и многих других параметров сигнала. Оператор, фальсифицирующий звуковой след, может изменить акустическую обстановку, отредактировать содержание разговора, контролируя результат на слух и визуально, просматривая сигналограммы (осциллограммы, спектрограммы и т. п.). Окончательно искусственно изготовленная фонограмма переписывается на иной цифровой или аналоговый носитель, маскируя следы произведенных изменений. Наиболее сложными случаями для криминалистического исследования являются такие, при которых звуковой сигнал подвергается компиляции путем соединения в заданном порядке частей одной и той же ранее записанной фонограммы, а затем последовательно преобразовывается с применением различных алгоритмов кодирования, в том числе сжатия с потерями. В таком случае без знания всей технологической цепочки или последовательности преобразования сигнала невозможно провести полное и объективное исследование и сделать категорический вывод о том, производился монтаж фонограммы или нет.

Для решения вопроса о наличии или отсутствии признаков монтажа, установления способа копирования исследование свойств и характеристик устройства, использованного для производства фонограмм, обязательно. Эксперт может установить соответствие следов звукозаписывающего устройства, отображенных в метаданных аудиофайла и на фонограмме, с тем аппаратом, который использовался для звукозаписи. Неполнота и недоброкачественность использованных для экспертизы материалов (например, копий фонограмм неизвестного происхождения) порождают проблемы как с установлением первоисточника цифровой фонограм-

мы, так и с оценкой подлинности и достоверности записанной на фонограмме звуковой информации.

В то же время монтаж сигналограммы далеко не единственный способ фальсификации фонообъекта как доказательства. От монтажа следует отличать иные манипуляции с содержанием записанной в файле звуковой информации. Например, редактирование содержания оригинальной фонограммы, микширование с наложением нового акустического фона и иные манипуляции с речевой и звуковой информацией, которые производятся непосредственно на том носителе, где зарегистрирован оригинальный цифровой звуковой сигнал, формально под определение монтажа не подпадают. На практике различают электронный, механический, акустический монтаж, в том числе продолжение и вставку или их комбинацию. Отдельно выделяют нелинейный монтаж, в процессе которого фрагменты одной или нескольких фонограмм могут соединяться в любой последовательности, меняться местами на любом этапе монтажа, независимо от порядка их фактической записи и последующего воспроизведения. Выборочная и фрагментарная звукозаписи также искаженно отображают реально происходившее событие, но формально под определение монтажа не подпадают.

Выборочная запись может осуществляться вручную или активацией режима временной остановки записи (паузы) с последующим возобновлением процесса звукозаписи. Пропуск отдельных реплик или фрагментов реального диалога искажает контекст и последующее восприятие смысла речевого события при воспроизведении и прослушивании такой фонограммы. Обязательным атрибутом выборочной фиксации является нарушение непрерывности сигналограммы. Под нарушением непрерывности фонограммы понимается любое изменение, полученное как во время записи, так и после ее окончания, при котором нарушается непрерывность фиксации речевого события.

Кроме того, фонограмма может отражать результат полной или частичной инсценировки коммуникативного события.

Отдельно следует выделить способ фальсификации, когда на микрофонный вход записывающего устройства поступает сигнал не от первоисточника звука, а воспроизводимая через акустические системы или встроенные динамики заранее смонтированная фонограмма. Такой монтаж принято называть акустическим (или электроакустическим). Однако при этом регистрируемая в записывающем устройстве фальсифицированная фонограмма будет оригиналом, не содержащим следов монтажа.

Изменения или искажения записываемого речевого сигнала могут быть не только преднамеренными, целью которых является искусственное создание недостоверной информации. Некоторые искажения могут быть следствием технических дефектов, случайных явлений или объективного изменения ситуационных условий. Так, нарушение непрерывности звукозаписи может быть вызвано техническими причинами и внезапным изменением обстоятельств записи сигнала, например вследствие нарушения коммутации микрофона и диктофона, дефекта канала связи, неожидаемого внешнего воздействия на оператора во время звукозаписи и т. п.

Следует особо отметить, что установление факта фальсификации фонограммы как доказательства к компетенции эксперта не относится. При производстве экспертизы исследуются свойства фонообъекта с учетом механизма следообразования, и выявляются технически или ситуационно детерминированные искажения (дефекты). При обнаружении технически и ситуационно не обусловленных изме-

нений сигналограммы, диагностируются их причины. Поэтому с учетом современных реалий экспертная задача должна формулироваться шире задачи выявления следов монтажа – как диагностика аутентичности фонограммы или установления факта изменения первоначального содержания фонообъекта.

Фонограмму, которая адекватно отражает реально происходившее акустическое событие, принято называть аутентичной. Криминалистическая диагностика аутентичности фонограммы осуществляется посредством установления степени соответствия отображаемого звукового следа реально происходившему акустическому событию с учетом тех естественных искажений, которые привносятся в сигнал при его порождении источником звука, передаче по каналам связи, регистрации на материальном носителе.

Аутентичная фонограмма коммуникативного события должна отвечать критериям непрерывности, непосредственности записи звуковых сигналов от первоисточника звука, одновременности записи речевых и иных сигналов от различных источников, соблюдения временной и линейной последовательности записи сигналов, полноты отображения речевого события[10]. Аутентичность фонограммы означает адекватность отображения фиксируемого звукового события (следа) на материальном носителе с учетом естественных искажений и помех, которые обусловлены характеристиками тракта передачи и записи, другими ситуативными факторами.

Изменения фонограммы осуществляются путем сознательных действий и определенных по смыслу манипуляций с вербальной и невербальной информацией. Таким образом, они проявляются в искусственном создании звукового события, отвечающего замыслу и коммуникативному намерению фальсификатора, но не соответствующего или противоречащего действительно имевшим место речевым стратегиям и тактикам участников коммуникации.

Несмотря на вышеназванные технические сложности, фонограмма, изготовленная путем монтажа, обладает принципиальным свойством, присущим фальсифицированным доказательствам – ее содержание отличается от действительной звуковой следовой обстановки по значимым элементам смыслового и формального содержания, содержательно-смысловой направленности разговора. И это позволяет экспертам различать признаки искусственно созданной звуковой постановки путем монтажа или иных изменений исходной фонограммы от естественно отображенной на фонограмме ситуации речевой коммуникации.

В документах, фиксирующих результаты ОРМ, следует указывать название файла, дату создания и последнего изменения, атрибуты файла. К индивидуальным признакам файла помимо вышеуказанных также относятся алгоритмы кодирования изображения и звука (кодеки), характеристики цветовых моделей, настройки формата, разрядность, частота дискретизации, длительность с точностью до долей секунды, а также информация об устройстве, использованном для звукозаписи (модель, серийный номер, технические характеристики). Помимо этого, в обязательном порядке следует приводить результаты расчета хэша исходного файла на первичном носителе, а также характеристики носителя информации (компакт-диска), на который было произведено копирование, в том числе его се-

[10] Подробнее о соотношении понятий «монтаж», «фальсификация», «аутентичность» см.: *Галяшина Е. И., Снетков В. А.* К понятию установления аутентичности магнитных аудио- и видеофонограмм // 50 лет НИИ криминалистики : сб. науч. трудов. М., 1995. С. 61–66.

рийный номер, а также сведения о программе, использованной для записи диска, и режиме записи.

Соблюдение предложенных рекомендаций позволит существенно повысить эффективность использования результатов оперативно-розыскных мероприятий при доказывании, поскольку полученные сигналограммы будут соответствовать требованиям, предъявляемым к доказательствам по уголовному делу.

Институт судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина

Галяшина Е. И., *доктор юридических наук, доктор филологических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой судебных экспертиз*

Institute of Forensic Sciences Moscow State Law University named after O. E. Kutafin

Galyashina E. I., *Doctor of Legal Sciences, Doctor of Philology Science, Professor, Deputy Chief of the Forensic Sciences Department*
E-mail: egalyashina@gmail.com

УДК 343

В. Н. Григорьев

НЕКОТОРЫЕ СУЖДЕНИЯ О РЕЗУЛЬТАТАХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Отмечается единство гносеологической сущности доказательств в уголовном процессе и результатов оперативно-розыскной деятельности, на этой основе утверждается возможность использования последних в доказывании по уголовным делам, обращается внимание на искусственность конструируемых препятствий для этого. Делается вывод о том, что ограничивают использование результатов ОРД по уголовному делу не особенности их гносеологической сущности, а организационно-правовые запреты публичного распространения информации о ходе и результатах ОРД ограниченного пользования.

К л ю ч е в ы е с л о в а: результаты оперативно-розыскной деятельности, гносеологическая сущность результатов ОРД, единство доказательств в уголовном процессе и результатов ОРД, использование результатов ОРД, искусственность препятствий для использования результатов ОРД.

SOME JUDGMENTS OF RESULTS OF OPERATIONAL SEARCH ACTIVITY

The unity of the gnoseological essence of evidence in the criminal process and the results of operational investigative activities (OIA) is noted, on this basis, the possibility of using the latter in proving in criminal cases is argued, attention is drawn to the artificiality of the designed obstacles for this purpose. It is concluded that restrict the use of the results of OIA in the criminal case is not the peculiarities of their gnoseological essence, and organizational legal prohibitions of public dissemination of information on the progress and results of OIA of limited use.

K e y w o r d: the results of operational-investigative activity, the cognitive essence of the results of the OIA, the unity of the evidence in criminal process and results of OIA, use of results of OIA, the artificiality of the barriers to use of results of OIA.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Происходящие в последние годы изменения в структуре МВД России, других правоохранительных органах[1] вызывают повышенный научный интерес к технологии использования результатов, получаемых путем оперативно-розыскной деятельности, по уголовным делам. Их использование может стать одним из средств, способных повысить результативность борьбы с тяжкими преступлениями.

В основе понимания результатов, получаемых путем оперативно-розыскной деятельности (ОРД), лежит тот факт, что по своей гносеологической сущности они едины с доказательствами в уголовном процессе.

Сущность доказательств, как это вытекает из нормативного определения, состоит в том, что они представляют единство содержания (фактические данные) и процессуальной формы (указанные в законе источники) (ст. 74 УПК РФ). Ни в мате-

[1] О некоторых вопросах Министерства внутренних дел Российской Федерации : указ Президента РФ от 6 сентября 2008 г. № 1316 // Рос. газета. 2008. 10 сент. ; О полиции : федер. закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ (в ред. от 18.06.2017) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 7. Ст. 900 ; О совершенствовании государственного управления в сфере контроля за оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров и в сфере миграции : указ Президента РФ от 5 апреля 2016 г. № 156 (в ред. от 21.12.2016) // Там же. 2016. № 15. Ст. 2071 ; и др.

© Григорьев В. Н., 2018

риалах уголовного дела в качестве доказательств, ни в делах оперативного учета реальные явления действительности в качестве фактических данных фигурировать не могут, ибо в сознании следователя, оперативного сотрудника существуют образы указанных явлений, а не сама реальность.

Сказанное находит подтверждение в результатах анализа того, как протекает процесс формирования доказательств. Как убедительно показано в юридической литературе, этот процесс характеризуется многократным отражением события, составляющего предмет профессионального внимания органов уголовного преследования. Это событие сначала получает отражение в окружающем мире, в котором в процессе своего развития оставляет материальные следы (обстановка места происшествия, предметы, вред здоровью и др.) и, условно говоря, «идеальные» следы, существующие в памяти участников событий. Указанные следы воспринимаются должностным лицом, в производстве которого находится дело (следователь, суд), получают отражение в его сознании, после чего объективируются в материалах дела, тем самым трансформируются в доказательства в уголовно-процессуальном смысле. Такое своеобразное «вторичное отражение» формирует доказательства как фактические данные, зафиксированные в установленной законом форме[2]. Аналогичные процессы протекают в ходе оперативно-розыскной деятельности. Отличия их лежат не в гносеологической сути, а в организации познания, отличающейся большей степенью закрытости процессов и действий.

В технологическом процессе формирования доказательства наглядно видно, как происходит преобразование оригинала: происходит трансформация реально существующих объектов и устных сообщений в идеальный объект – некий существующий в сознании субъекта расследования познавательный образ, который в результате выполнения предписанных законом процедур сохраняется путем преобразования его в запись в протоколе или в иную предписанную форму сохранения информации. Приведенные положения имеют непосредственное отношение и к выяснению сущности сведений, которые получаются оперативным путем.

Полученные оперативным путем результаты являются составной частью всех сведений от проведения оперативно-розыскных мероприятий на основании Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 06.07.2016) «Об оперативно-розыскной деятельности»[3], в соответствии с теми подзаконными нормативно-правовыми актами, которые определяют основы организации и тактики оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений различных правоохранительных органов, порядок, в соответствии с которым результаты, полученные оперативным путем, представляются органу дознания, следователю или в суд, и др.[4]

Понятие «результаты оперативно-розыскной деятельности» было сформулировано в межведомственной Инструкции от 13 мая 1998 г. о порядке предоставления результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору

---

[2] См.: *Шейфер С. А.* Собирание доказательств в советском уголовном процессе : метод. и правовые проблемы. Саратов, 1986. С. 7–20.

[3] Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

[4] См., например: Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. // Рос. газета. 2013. 13 дек.

или в суд[5]. В п. 1 этой Инструкции результаты ОРД определялись как фактические данные о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления; о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших; о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности, полученные оперативными подразделениями в установленном законом порядке.

В 2003 г. в ст. 5 УПК РФ вводится новый подп. 36.1[6], в котором дается аналогичное, по сути, определение результатов ОРД: «Результаты оперативно-розыскной деятельности – сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда».

В последующем это определение было буквально воспроизведено в сменившей Инструкцию 1998 г. Инструкции 2007 г. (примечание к п. 1)[7] и в пришедшей ей на смену ныне действующей Инструкции 2013 г. (примечание к п. 1)[8].

Всякая информация, полученная в ходе оперативно-розыскной деятельности, подлежит обязательной проверке с помощью другой информации. Только после этого, в совокупности с дополнительно полученной проверочной информацией, можно судить, являются ли результаты оперативно-розыскной деятельности объективными и достоверными. Полученная в результате ОРД информация может оказаться неполной, недостаточно конкретной, может быть искажена в результате субъективного мнения лица, предоставившего оперативному сотруднику эту информацию (что, впрочем, наблюдается и в следственной деятельности).

Вероятно, результаты ОРД лишь указывают на источники сведений о фактах. Полученные с соблюдением требований закона об ОРД, эти сведения будут доказательствами в результате закрепления их надлежащим процессуальным путем. Аналогичная ситуация складывается и с информацией, полученной следователем в соответствии с нормами УПК РФ.

В научных исследованиях отмечается, что результаты оперативно-розыскных мероприятий оформляются в установленной форме различными документами,

---

[5] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд : приказ ФСНП, ФСБ, МВД, ФСО, ФПС, ГТК и СВР России от 13 мая 1998 г. № 175/226/336/201/286/410/56 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 23. С. 86–92.

[6] О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ (в ред. от 29.12.2010) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 27 (ч. 1). Ст. 2706.

[7] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд : приказ МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ № 164, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147 от 17 апреля 2007 г. // Рос. газета. 2007. 16 мая.

[8] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. // Рос. газета. 2013. 13 дек.

такими как рапорт, справка, сводка, акт, отчет, меморандум и др.[9] Форма и содержание этих документов устанавливаются ведомственными нормативными актами в соответствии с тем, каков характер и вид оперативно-розыскного мероприятия, основания и условия его проведения.

Происходящие при проведении оперативно-розыскных мероприятий отражательные процессы так же, как и в случае собирания доказательств по уголовному делу, представляют, по сути, перенос сведений с реальных следов события через сознание воспринимающего субъекта в материалы дела оперативного учета. Без преувеличения можно сказать, что результаты оперативно-розыскной деятельности имеют тот же первоисточник, что и доказательства по уголовному делу – перенесенные в результате отражательных процессов с реального события в материалы дела оперативного учета сведения об обстоятельствах совершенного преступления.

В итоге результаты оперативно-розыскной деятельности можно определить как любые сведения об обстоятельствах совершенного преступления и лицах, к нему причастных, полученные наделенными специальными полномочиями сотрудниками оперативных подразделений в установленном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» порядке в ходе производства по конкретному делу оперативного учета оперативно-розыскных мероприятий и зафиксированные в оперативно-служебных документах и приложениях к ним при проведении, а также материальных (физических) носителях информации (фонограммах, видеограммах, кинолентах, фотопленках, фотоснимках, магнитных, лазерных дисках и других носителей информации, слепках и т. п.), изготовленных в рамках проведения этих мероприятий[10].

Представление о доказательствах в уголовном процессе как неразрывном единстве содержания и формы дает основание для вывода о единой гносеологической природе их с результатами оперативно-розыскной деятельности. Оба вида сведений проходят одинаковые фазы формирования: сначала они формируются в результате восприятия в сознании уполномоченного субъекта деятельности объективно существующих следов, оставленных событием, затем содержащиеся в них сведения преобразуются и закрепляются путем облечения в установленную для данного вида деятельности форму. При этом отображено, может быть, то, что существует объективно[11].

Однако единство информационной основы доказательств по уголовному делу и результатов оперативно-розыскной деятельности по делу оперативного учета не устраняет процедурных, правовых отличий и тех тактических особенностей использования полученной информации, которые вытекают из них. Имеются в виду прежде всего тактические формы и правовые основы введения результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, условия, основные направления и приемы использования их в расследовании преступлений.

Для того чтобы использовать результаты оперативно-розыскной деятельности по уголовному делу, необходимы определенные предпосылки организационного и правового характера, различные варианты сотрудничества, совместной деятельности, которые позволят стать сведениям, полученным в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, достоянием уголовного судопроизводства.

---

[9] См.: *Родичева Т. П.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при раскрытии и расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ : дис. … канд. юрид. наук. М., 2006. С. 8.

[10] См.: Криминалистика : учеб. для вузов / под ред. А. Ф. Волынского. М., 1999. С. 219.

[11] См.: Там же. С. 218–221.

Большинство известных на практике и описанных в литературе форм взаимодействия основаны на предоставлении оперативными подразделениями имеющихся у них сведений следователю для совместного использования.

На практике наиболее распространенной является такая форма использования результатов, полученных оперативным путем, как согласованное составление совместных планов следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий. Распространены также случаи использования по уголовному делу таких результатов ОРД, которые получены после приостановления производства по уголовному делу мер к установлению лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого. Далее идет такая форма взаимодействия, как совместный анализ материалов дела оперативного учета для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, совместная деятельность в рамках следственно-оперативной группы и др.[12]

В связи с этим заслуживает внимания идея о том, что результаты ОРД в ряде случаев могут быть пригодны для использования в уголовном процессе без соответствующей их уголовно-процессуальной интерпретации, что имеет непосредственное отношение к использованию в доказывании результатов оперативного внедрения ввиду исключительной специфики и сложности рассматриваемого оперативно-розыскного мероприятия. Этот вывод основывается на том, что доброкачественность и правовая характеристика результатов ОРД фактически соизмерима с характеристикой уголовно-процессуальных доказательств в связи с тем, что в рамках ОРД также действуют строгие правила оценки полученной информации с точки зрения ее относимости, допустимости, достаточности и достоверности[13].

Однако использование данного предложения в практике уголовного судопроизводства возможно лишь в том случае, если оперативно-розыскная деятельность станет полноценной технологией по производству достоверной информации. А это потребует принципиально нового подхода к уголовно-процессуальному использованию результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе[14].

---

[12] См.: Оперативно-розыскная деятельность : учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / под ред. К. К. Горяинова [и др.]. М., 2004. С. 558–589.

[13] См.: *Поляков М. П*. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности / под ред. В. Т. Томина. Н. Новгород, 2001. С. 219, 223.

[14] См.: *Григорьев В. Н., Дикарев В. Г.* Об использовании результатов оперативного внедрения по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ // Современное уголовно-процессуальное право России – уроки истории и проблемы дальнейшего реформирования : материалы Междунар. конф. Орел, 2017. С. 140–146.

Научно-исследовательский институт Федеральной службы исполнения наказаний

Григорьев В. Н., *доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник группы подготовки научно-педагогических и научных кадров аппарата ученого секретаря, адъюнктуры, докторантуры*

Scientific Research Institute of Federal Service of Execution of Punishment

Grigoryev V. N., *Doctor of Legal Sciences, Professor Leading Researcher of the Group of Training Scientific-Pedagogical and Scientific Shots of the Office of Academic Secretary, Post-graduate Studies, Doctoral Studies*

E-mail: grigorev.viktor@gmail.com

УДК 343

А. В. Казакова

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПОКАЗАНИЙ АГЕНТОВ, ВНЕДРЕННЫХ В ТЕРРОРИСТИЧЕСКИЕ ОРГАНИЗАЦИИ

В современном мире среди причин вспышки терроризма можно указать разноскоростное развитие отдельных государств, большой разрыв между богатыми и бедными во внутристрановом и международном масштабах, ускоренное развитие техники и технологии, а также снижение нравственно-моральных устоев человечества. Поскольку подготовка и осуществление терактов происходят в условиях строжайшей конспирации, то и предотвращение и расследование преступных деяний обязано осуществляться адекватными секретными приемами и способами.
Ключевые слова: преступления террористического характера, допрос агентов, оперативно-розыскная деятельность, безопасность участников процесса.

USING AS EVIDENCE OF INDICATIONS OF AGENTS INTRODUCED IN TERRORIST ORGANIZATIONS

In the modern world, among the causes of the outbreak of terrorism, we can point out the multi-speed development of individual states, the large gap between rich and poor on a domestic and international scale, the accelerated development of technology and technology, and the reduction of the moral and moral foundations of mankind. Since the preparation and implementation of terrorist acts take place in the conditions of the strictest conspiracy, the prevention and investigation of criminal acts must be carried out by adequate secret methods and methods.
Key words: Crimes of a terrorist nature, interrogation of agents, operatively-search activity, safety of process participants.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В научной литературе неоднократно поднимался вопрос о допустимости использования информации, полученной оперативным путем, в качестве доказательства по уголовному делу. В. Я. Дорохов аргументировал положения, согласно которым при определенных обстоятельствах данные, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), могут стать содержанием доказательств. Первое условие: данные должны иметь отношение к уголовному делу и устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Второе: фактические данные должны быть допущены в уголовное судопроизводство в установленной законом форме, а сведения могут быть получены только из законных источников. Третье: вступление в дело должно осуществляться в установленном законом порядке для каждого вида доказательств[1].

По мнению А. Г. Маркушина, данные, полученные в процессе документирования, могут быть использованы в случае, если будут соблюдены условия:

а) будут иметь отношение к возникшему уголовному делу и способствовать установлению обстоятельств, составляющих предмет доказывания по делу;

[1] Цит. по: *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 103.

© Казакова А. В., 2018

б) по признаку источника получения будут соответствовать требованиям уголовно-процессуального закона;

в) будут приобщены к уголовному делу в порядке, установленном процессуальным законодательством[2].

В. И. Зажицкий отмечает, что приведенные научные положения служили надежным ориентиром в практике расследования уголовных дел, а также остаются актуальными и сегодня, так как позволяют правильно раскрыть содержание ч. 2 ст. 11 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»[3], предусматривающей использование результатов ОРМ в доказывании[4].

Использованию информации, полученной в ходе ОРМ, в уголовном судопроизводстве посвящена ст. 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации[5] (далее – УПК РФ): «В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом». Анализ приведенной нормы позволяет сделать ряд выводов:

1. Закон допускает использование результатов ОРМ для определения целесообразных тактических приемов при производстве следственных действий.

2. В ходе оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД) не могут быть созданы те условия сбора информации, при которых сведения отвечали бы требованиям, которые предъявляет к доказательствам УПК РФ. Такими требованиями являются: рамки возбужденного уголовного дела, проведение уполномоченным субъектом, принявшим дело к своему производству (или по его письменному поручению иными должностными лицами), способами, предусмотренными законом, в большинстве случаев – посредством производства следственных действий.

По террористическим преступлениям первоначальная задача представляет собой выявление деяний, совершаемых при подготовке к террористическим актам (подделка документов, контрабанда оружия и взрывчатых веществ, подкуп должностных лиц и т. д.). Одной из форм осуществления ОРД является выявление первичной информации о потенциально опасных лицах и фактах. Выявление преступлений террористического характера включает в себя комплекс ОРМ:

– по оперативному поиску и получению первичной информации о фактах подготовки и совершения преступлений, а также лиц, их совершивших;

– проверке указанной информации;

– принятию решения в целях предотвращения, раскрытия преступлений и розыска виновных лиц[6].

Специалисты полагают, что ОРД в первую очередь должна быть направлена на действия, связанные с подготовительной работой террористов. По мнению С. А. Солодовникова, выявление происходит наиболее эффективно за счет внедрения в среду агентуры[7]. В. В. Волченков указывает на необходимость принятия дополнительных мер по привлечению лиц, желающих конфиденциально сотруд-

---

[2] См.: *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность : необходимость и законность. Н. Новгород, 1997. С. 146.

[3] Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

[4] См.: *Зажицкий В. И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве : теория и практика. СПб., 2006. С. 359.

[5] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

[6] См.: *Судниев И. Ю*. Введение в оперативно-розыскную террологию. М., 2011. С. 163.

[7] См.: *Солодовников С. А*. Терроризм и организованная преступность. М., 2010. С. 180–181.

ничать с органами внутренних дел, способных информировать об участии в бандформированиях, незаконном обороте оружия или взрывчатых веществ, о местах пребывания и проживания потенциальных преступников[8]. Иными словами, в сфере противодействия террористическим актам наиболее ценной информацией обладают именно агенты, внедренные в преступные организации, или лица, которые согласились сотрудничать с правоохранительными органами (в дальнейшем обе категории лиц будут обозначаться «агенты»).

Оперативные сотрудники не входят в перечень лиц, которые не могут допрашиваться в качестве свидетелей (ч. 3 ст. 56 УПК РФ).

Представляется, что допрашивать агента допустимо при наличии двух условий:

1. Отказ от использования лица в качестве агента после дачи последним показаний, поскольку высока вероятность быть узнанным со стороны лиц, входящих в преступную организацию и оставшихся на свободе, а также потенциальных последователей привлекаемого к уголовной ответственности лица.

2. Обеспечение безопасности агента.

Остановимся подробнее на вопросах безопасности лиц, содействующих правосудию. Нормативной базой, помимо УПК РФ, является Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»[9] (далее – ФЗ). В то же время существуют пробелы в законодательстве, на которые указывают ученые-процессуалисты. Так, А. Ю. Епихин отмечает, что не совсем понятна позиция законодателя в решении вопроса о правомочии или обязанности суда, прокурора, начальника органа дознания или следователя на применение мер безопасности. В ч. 3 ст. 11 УПК РФ используется термин «принимает», что приводит к двоякому его восприятию: должностное лицо может принять меры безопасности, а может и не принять. Принятие мер безопасности при наличии к тому поводов и достаточных оснований должно являться обязанностью компетентного лица, невыполнение которой должно влечь наложение процессуальной или иной ответственности[10].

Необходимо указать, что применение мер безопасности возможно при наличии конкретного источника опасности, угроза лицу не должна быть мнимой. В то же время практика расследования и рассмотрения уголовных дел о преступлениях организованных групп показывает, что, как правило, члены такого преступного сообщества остаются на свободе, а также имеют возможность применения насилия, угроз или воздействия на лицо, содействующее правосудию[11]. Статья 16 ФЗ устанавливает: меры безопасности применяются на основании заявления защищаемого лица или с его согласия, выраженного в письменной форме. Логично предположить, что содействующее правосудию лицо при первоначальной даче показаний не всегда может адекватно оценить наличие или отсутствие угрозы со стороны преступного сообщества, хотя промедление принятия мер безопасности

---

[8] См.: Противодействие преступлениям террористической и экстремистской направленности. Вопросы теории и практики : учеб.-метод. пособие для студ., обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. В. В. Волченкова, Б. П. Михайлова. М., 2013. С. 114.

[9] Собр. законодательство Рос. Федерации. 2004. № 34. Ст. 3534.

[10] См.: *Епихин А. Ю*. Некоторые проблемы правового регулирования безопасности участников уголовного судопроизводства // «Черные дыры» российского законодательства. 2004. № 3. С. 333.

[11] См.: Преступления террористической направленности / отв. ред. О. Н. Коршунова. СПб., 2003. С. 119.

может привести к плачевным результатам для следствия (убийство гражданина и т. д.). Поскольку охрана прав человека и гражданина в уголовном судопроизводстве является согласно ст. 11 УПК РФ обязанностью суда, прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания, то при согласии гражданина давать показания против членов террористической группы ему необходимо разъяснить право на применение мер безопасности. Более того, должностные лица правоохранительных органов по возможности должны склонить лицо к даче согласия на применение указанных мер; это, в свою очередь, приведет к предоставлению более полной и точной информации со стороны гражданина, что положительно скажется на результатах судопроизводства.

В научной литературе меры безопасности условно разделяют на две группы: а) применяемые на досудебных стадиях; б) осуществляемые в судебных стадиях.

В досудебных стадиях мерами безопасности являются, в частности, следующие:

1) неуказание в заявлениях о преступлении, объяснениях в стадии возбуждения уголовного дела, в протоколах следственных действий личных данных защищаемых лиц;

2) предупреждение участников следственных действий и лиц, присутствующих при их производстве, о недопустимости разглашения без разрешения следователя данных предварительного следствия, в том числе и сведений о личности защищаемых субъектов;

3) предъявление для опознания в условиях, когда опознаваемый как участник следственного действия не видит опознающего;

4) проведение следственных действий с аудио- и видеопомехами;

5) использование в процессе производства аудио- и видеозаписей показаний защищаемых лиц;

6) прослушивание телефонных и иных переговоров как защищаемых лиц, так и лиц, способных оказать противоправное воздействие;

7) исключение из материалов дела перед ознакомлением с ним обвиняемого, защитника обвинительного заключения и его приложений сведений о защищаемых лицах;

8) уведомление защищаемых субъектов о принятии уголовно-процессуальных решений;

9) учет мнения защищаемых лиц при принятии ряда уголовно-процессуальных решений (например, лицо может дать информацию, по которой члены террористической организации могут его «опознать»; следовательно, на допросах необходимо выяснять круг лиц, осведомленных о том или ином факте, а также советоваться с допрашиваемым: следует ли заносить конкретную информацию в протокол; в противном случае применение мер безопасности не приведет к желаемым результатам).

К мерам безопасности в судебных стадиях относятся:

1) организация «безопасных комнат ожидания»;

2) оборудование зала судебного заседания так, чтобы лица, содействующие правосудию, были «отгорожены» от подсудимого и присутствующих в зале граждан;

3) рассмотрение уголовного дела в закрытом судебном заседании;

4) проверка у всех лиц перед входом в помещение суда или в зал судебного заседания документов и/или личный досмотр, в том числе с применением технических средств;

5) допрос отдельных лиц в отсутствие публики при открытом (в целом) судебном разбирательстве;

6) допрос защищаемого лица при нахождении его вне зала судебного заседания с использованием видеотехнических средств;

7) допрос защищаемых лиц в отсутствие подсудимого;

8) демонстрация в зале суда видеозаписи показаний, данных защищаемыми лицами в стадии предварительного расследования без их вызова в судебное заседание;

9) участие в судебном разбирательстве защищаемых лиц под псевдонимом[12].

Представляется, что не следует воспроизводить аудио- или видеозаписи показаний, данных защищаемыми лицами на предварительном следствии. Целесообразно провести допрос в условиях, исключающих визуальное наблюдение дающих показания лиц (например, защищаемое лицо может вообще не присутствовать в здании суда, но должна быть использована видео-конференц-связь и т. д.).

Использование показаний агентов является эффективным способом доказывания; полученная оперативным путем информация при наличии определенных условий и соблюдения процедуры становится результативным способом привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших или планировавших террористические акты.

---

[12] См.: *Епихин А. Ю.* Обеспечение безопасности личности в уголовном судопроизводстве. СПб., 2004. С. 295–311.

Уральский государственный юридический университет

Казакова А. В., *кандидат юридических наук, доцент*

Ural State Law University

Kazakova A. V., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor*

E-mail: jiky@yandex.ru

УДК 343

С. И. Кривошеев

ЗАКОННОСТЬ ПРИГОВОРА СУДА ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ, ПОСТАНОВЛЕННОГО НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Рассмотрена проблема использования результатов оперативно-розыскной деятельности при вынесении приговора судом первой инстанции. Анализируются точки зрения ученых, а также действующее законодательство по вопросу о соотношении доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности.
К л ю ч е в ы е с л о в а: приговор, законность приговора, результаты оперативно-розыскной деятельности, доказательства.

LEGITIMACY OF SENTENCE BASED ON RESULTS OF INVESTIGATIVE ACTIVITIES

The article researches problem of using results of investigative activities in sentencing. Author analyses conceptions of scientists and current law regarding correlation of evidences and results of investigative activities.
K e y w o r d s: sentence, legitimacy of sentence, results of investigative activities, evidences.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Раскрытие коррупционных, должностных преступлений, а также изобличение лиц, распространяющих наркотические средства и психотропные вещества, часто невозможно без проведения оперативно-розыскных мероприятий. В последующем результаты таких мероприятий будут являться базисом для всех стадий уголовного судопроизводства. В связи с этим актуальным остается вопрос о месте и значении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе.

Каждой стадии процесса свойственны определенные уголовно-процессуальная форма и процессуальные решения. Вместе с тем наиболее важное значение имеет приговор суда первой инстанции. Особое место данного вида решения обусловлено, во-первых, статистическими данными: доля рассмотренных уголовных дел в Воронежской области с вынесением приговора составила в 2017 г. 71,7 %[1].

Во-вторых, специфическая роль данного акта правосудия состоит также в том, что только приговором суда лицо может быть признано виновным в совершении преступления и ему может быть назначено наказание за содеянное. В связи с этим уголовно-процессуальный закон предъявляет особые требования к приговору. Согласно ст. 297 УПК РФ приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым, и признается таковым, если он постановлен в соответствии с требованиями УПК РФ и основан на правильном применении уголовного закона. Не вдаваясь в глубокий анализ указанной нормы закона, стоит отметить, что хотя в ней речь идет только о соответствии приговора нормам УПК РФ и УК РФ, общепризнанным среди ученых и практиков является тот факт, что приговор суда первой инстанции должен соответствовать и иным федеральным законам (например, ГК РФ, когда по делу заявлен гражданский иск).

[1] URL: http://files.sudrf.ru/2500/stat/doc20180314-174649.docx

© Кривошеев С. И., 2018

В свете проблематики использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе следует отметить, что приговор суда также не может вступать в противоречие с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»[2] (далее – ФЗ «Об ОРД») при оценке в нем таких результатов по конкретному уголовному делу.

Термин «результаты оперативно-розыскной деятельности» получил в УПК РФ легальное определение. Под результатами понимаются сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда (п. 36.1 ст. 5 УПК РФ).

В научной литературе дискуссионным остается вопрос о возможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств в уголовном процессе. Очевидно, что от решения данного вопроса напрямую зависят и критерии оценки законности приговора, постановленного на основе таких доказательств.

Согласно одной из наиболее распространенных точек зрения, результаты оперативно-розыскной деятельности могут стать доказательствами после их «введения» в уголовный процесс или «легализации» путем проведения следователем следственных действий (осмотр, допрос и т. д.)[3].

Предлагается также использовать результаты оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств напрямую, для чего необходимо внести соответствующие изменения в УПК РФ[4].

Е. А. Доля, напротив, последовательно отстаивает позицию о недопустимости отождествления доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности. По мнению автора, они различаются по правовому положению источников (свидетель, потерпевший и др., с одной стороны, субъект оперативно-розыскной деятельности – с другой), содержанию, правовому положению субъектов. Аргументируя свою позицию, Е. А. Доля, в частности, отмечает, что результаты оперативно-розыскной деятельности не отвечают правовому требованию допустимости, поскольку они получены из источников и способами, не предусмотренными УПК РФ. Не всегда такие сведения могут отвечать и требованию относимости, их содержание в этом аспекте шире, чем содержание доказательств[5].

---

[2] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 06.07.2016). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_7519/ (дата обращения: 01.03.2018).

[3] См., например: *Стремоухов А. В., Иванов И. А.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве : проблемы и пути их решения // Ленинградский юрид. журнал. 2016. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Зажицкий В. И*. Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Рос. юстиция. 2003. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Котухов М. П.* Перевод результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8 ; *Тесников А. И.* Оперативно-розыскное обеспечение уголовного судопроизводства о преступлениях, совершенных организованными группами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2002.

[4] См.: *Бозров В.* Результатам оперативно-розыскной деятельности – статус доказательств в уголовном процессе // Рос. юстиция. 2004. № 4. С. 46–48.

[5] См.: *Доля Е. А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Безусловно, различные правовые режимы предопределяют различия в природе доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности. Доказательства могут быть собраны только уполномоченными на то субъектами и только в рамках следственных действий, иное подрывало бы саму систему уголовного процесса.

Ю. В. Астафьев придерживался концепции, согласно которой использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств неприемлемо. Опираясь в том числе на зарубежный опыт, он отмечал, что российский уголовный процесс имеет свою обособленную и специфическую уголовно-процессуальную форму, отличную от западных правовых семей. Например, в США и Англии, где отсутствуют четко регламентированные стадии процесса, оперативно-розыскная деятельность органично включена в уголовный процесс. Оценку доказательственного значения такой деятельности осуществляют суды. По мнению Ю. В. Астафьева, включение в российский уголовный процесс результатов оперативно-розыскной деятельности неминуемо повлечет пересмотр его принципов, исторически сложившейся системы стадий, прав и обязанностей субъектов процесса. В связи с этим предлагается последовательно внести коррелирующие изменения в УПК РФ и ФЗ «Об ОРД», устранив неоднозначные формулировки и урегулировав систему судебного контроля за проведением оперативно-розыскных мероприятий[6].

Ю. В. Астафьев высказывал идеи о необходимости введения в УПК РФ особых правил проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности в аспекте доказывания по уголовным делам (их допустимость, достоверность, относимость и достаточность). По его мнению, допустимость выражается в соответствии с основаниями и условиями проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных законом. Достоверность – проверяемость источников оперативно-розыскной деятельности, например путем допроса оперативных сотрудников. Относимость предполагает оценку оперативной информации в аспекте ее соотношения с предметом доказывания по уголовному делу. Возникает вопрос: какое количество результатов оперативно-розыскных мероприятий, необходимое для формирования доказательства, относится к достаточности[7]?

Данное предложение, безусловно, заслуживает поддержки, поскольку в настоящее время в законе отсутствуют четкие ориентиры, позволяющие следователю, прокурору, суду оценивать результаты оперативно-розыскной деятельности при их использовании в доказывании по уголовному делу. Такое положение создает неопределенность в правоприменении, что неминуемо нарушает принцип единообразного применения закона и, как следствие, права и законные интересы участников уголовного судопроизводства. Отсутствие четких критериев оценки и проверки оперативной информации, которая используется в доказывании по уголовному делу влечет необоснованное расширение границ судейского усмотрения, что в конечном итоге может привести к судейскому произволу. Безусловно, невозможно добиться абсолютной регламентации каких-либо правоотношений,

---

[6] См.: *Астафьев Ю. В.* «Специальные» следственные действия» : к проблеме включения оперативно-розыскных мероприятий в УПК РФ // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2013. № 14. С. 299–310.

[7] См.: *Астафьев Ю. В*. Методологические основы соотношения оперативно-розыскной и доказательственной информации в расследовании преступлений // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2007. № 1 (2). С. 285–286.

однако необходимо стремиться к максимальному законодательному сужению рамок для судейского усмотрения.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что система российского уголовного процесса хотя и связана с оперативно-розыскной деятельностью, но является независимой и не должна сливаться с ней в единое целое. Результаты оперативно-розыскной деятельности не могут быть вовлечены в уголовный процесс с приданием им статуса доказательств, но они являются основанием для формирования последних. Следовательно, говоря о законности приговора, необходимо отметить, что в данном судебном акте недопустимо использовать ссылки на результаты оперативно-розыскной деятельности как на доказательства обвинения. Кроме того, в решении суда такие результаты должны получить оценку, поскольку на их основе сформированы иные доказательства обвинения. Такой оценке препятствует отсутствие в законе четких ориентиров, требований к таким результатам, что необходимо устранить путем внесения законодательных изменений.

Следует отметить, что вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности нашли свое отражение и в решениях Пленума Верховного Суда РФ, а также Конституционного Суда РФ.

Так, согласно п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством[8]. Таким образом, результаты оперативно-розыскной деятельности фактически отождествляются с доказательствами.

Аналогичное положение содержится и в определении Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г., в котором отмечается, что «результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона»[9].

Спустя 20 лет позиция Верховного Суда не изменилась. В п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре» отмечено, что использование в качестве доказательств по уголовному делу результатов оперативно-розыскных мероприятий возможно только в том случае, когда такие мероприятия проведены для решения задач, указанных в ст. 2 ФЗ «Об ОРД», при наличии оснований и с соблюдением условий, предусмотренных ст. 7 и 8 указанного федерального закона, а полученные сведения представлены органам предварительного расследования и суду в установленном порядке и закреплены путем производства соответствующих следственных или судебных действий. Например, произведенные аудио- и видеозаписи, изъятые предметы и документы должны быть осмотрены и приобщены к делу; обнаруженные вещества – подвер-

[8] О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 (в ред. от 03.03.2015). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[9] По жалобе граждан М. Б. Никольской и М. И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

гнуты экспертным исследованиям; лица, участвовавшие в проведении оперативно-розыскных мероприятий, – при необходимости допрошены в качестве свидетелей[10].

Вместе с тем результаты оперативно-розыскной деятельности не являются доказательствами, и проведение следственных действий с ними не делает их таковыми. Они служат базой для формирования доказательств. Например, информация, содержащаяся на видеозаписи, полученной в ходе оперативно-розыскного мероприятия, может служить основой для получения вещественного доказательства. С этой целью следователь проводит ее осмотр, оценивает имеющуюся информацию с точки зрения относимости к предмету доказывания по уголовному делу. При необходимости проверки источника данных сведений, обстоятельств получения видеозаписи может быть допрошен соответствующий оперативный сотрудник. Только после выполнения указанных действий следователь может прийти к выводу о необходимости приобщения видеозаписи в качестве вещественного доказательства по уголовному делу. При этом собирание и закрепление доказательства происходит именно в момент производства следственного действия, а не оперативно-розыскного мероприятия. Это в отличие от оперативно-розыскных мероприятий предполагает наличие системы прав и гарантий участников судопроизводства.

Очевидно, что в условиях той концепции соотношения результатов оперативно-розыскной деятельности и доказательств в уголовном процессе, которой придерживается Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ, на практике широкое распространение получило отнесение таких результатов к иным документам. В обвинительном заключении такие документы включаются в объем доказательств по уголовному делу и в последующем закладываются в основу обвинительного приговора. Например, в приговоре суда возможно найти ссылку на акт наблюдения оперативного сотрудника как на доказательство обвинения[11]. Представляется, что такое положение недопустимо. Приговор не может быть основан на результатах оперативно-розыскной деятельности как на доказательствах виновности подсудимого, поскольку таковыми они не являются. В то же время приговор может быть основан на доказательствах, сформированных на основе оперативных сведений. В таком случае вопрос оценки законности приговора обусловлен законностью проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Кроме того, особое место занимает проблема надлежащего оформления и предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности следователю, что впоследствии должно получить оценку при вынесении приговора. Как уже отмечалось, ни в УПК РФ, ни в ФЗ «Об ОРД» не содержится четких критериев оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, в том числе требований к их документальному оформлению. Данный недостаток призвана устранить Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд[12].

---

[10] URL: https://rg.ru/2016/12/07/prigovor-dok.html (дата обращения: 01.03.2018).

[11] См., например: Дело № 1-165/2017 // Архив Левобережного районного суда г. Воронежа 2017 г.

[12] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России N 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

На практике, ввиду пробелов в законе, вопрос о законности результатов оперативно-розыскной деятельности разрешается судом исходя из положений указанной Инструкции. Нельзя не согласиться с С. В. Зуевым, который считает, что при этом происходит подмена проверки исполнения закона соблюдением положений Инструкции, утвержденной подзаконным правовым актом[13]. Представляется, что положения данной инструкции следует перенести в отдельную главу ФЗ «Об ОРД», что будет способствовать единообразному применению закона, в том числе при оценке судом результатов оперативно-розыскной деятельности в рамках конкретного уголовного дела.

Таким образом, в настоящее время в судебной практике результаты оперативно-розыскной деятельности приравнены к доказательствам по уголовному делу. Несмотря на то что они получены в результате непроцессуальной деятельности, ненадлежащими субъектами процесса, суды признают их допустимыми и используют в обосновании обвинительного приговора. Представляется, что такие судебные решения нельзя признать законными.

Более того, весьма сложным остается вопрос оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, на основе которых сформированы доказательства обвинения. Отсутствие четких ориентиров для такой оценки в законе расширяет границы судейского усмотрения, препятствует единообразному применению закона и, как следствие, эффективности правосудия, ограничивает гарантии на пересмотр приговора судами вышестоящих инстанций.

---

[13] См.: *Зуев С. В.* Положения Инструкции в решении вопроса о законности приговора : анализ практики // Законность. 2016. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Кривошеев С. И., *помощник прокурора*
Левобережного района г. Воронежа

Krivosheev S. I., *Assistant Prosecutor Levoberezhny District of Voronezh*
E-mail: yanis00@yandex.ru

УДК 343

Е. А. Купряшина, Е. А. Хромова

О ПРАВОМЕРНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ПРОВОКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРИ ДОКАЗЫВАНИИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Содержится указание на некоторые проблемы, возникающие при использовании результатов провокации преступления при доказывании в уголовном судопроизводстве. Исследуются примеры из правоприменительной практики российских судов. Предлагаются некоторые решения проблем использования результатов провокации преступления при доказывании в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: провокация преступления, доказывание, оперативно-розыскная деятельность, уголовное судопроизводство, правоприменение.

ON THE ISSUE OF THE LEGITIMACY OF USING THE RESULTS OF PROVOCATION OF A CRIME IN PROVING IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article contains an indication of some problems that arise when using the results of provocation of a crime in proving in criminal proceedings. The authors examine some examples from the law enforcement practice of Russian courts. The authors propose some solutions to the problems of using the results of provocation of a crime when proving in criminal proceedings.

Key words: provocation of a crime, proving, operatively-search activity, criminal legal proceedings, law enforcement.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Как известно, уголовное судопроизводство строится на принципе состязательности сторон (ст. 15 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации[1], далее – УПК РФ), что означает построение уголовного судопроизводства на принципе отделения функции обвинения, защиты и разрешения дела, четкого межевания данных функций. Стороны в уголовном процессе должны представлять доказательства и обосновывать то, на что ссылаются, причем эти доказательства должны быть получены законным путем (ст. 7), и обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность (ст. 14). Однако в современной правоприменительной практике существует целый плацдарм решений судов, выносящих оправдательные решения либо отменяющих решения судов в порядке апелляции, кассации или надзора в пользу обвиняемого, на основании полученных незаконных доказательств, на которых был основан обвинительный приговор суда.

Одним из частых случаев оправдательных решений является использование доказательственной базы, полученной в ходе оперативно-розыскной деятельности, а именно нарушение ст. 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД). В соответствии со ст. 89 УПК РФ в процессе доказывания запрещено использовать результаты оперативно-розыскной деятельности, если они противоречат требованиям УПК. Более того, Конституционный Суд РФ в постановлении[2] указал, что в системе действующего правового регулирования – не

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 19.02.2018) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

[2] По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов

© Купряшина Е. А., Хромова Е. А., 2018

подразумевается разрешение возможных коллизий между УПК и какими бы то ни было федеральными конституционными законами и распространяется лишь на случаи, когда положения иных федеральных законов, непосредственно регулирующие порядок производства по уголовным делам, противоречат УПК РФ, тем самым справедливо указав определенный статус кодифицированного уголовного процессуального законодательства.

Нельзя не согласиться с мнением В. А. Лазаревой, что к оперативно-розыскной деятельности не может предъявляться меньше требования, чем к деятельности процессуальной, в противном случае существование уголовно-процессуального права с его жесткой регламентацией теряет практический смысл[3]. В то же время исходя из практики доказывания, следует отметить, что иногда полученные доказательства «стоят на гране» законности. Иными словами, ст. 5 Закона об ОРД в совокупности с некоторыми положениями статей УПК становится «лакомым кусочком» адвокатов, способных правильно и вовремя применить диспозицию данной статьи для фактического «разваливания уголовного процесса» и получения для своего подзащитного оправдательного приговора.

В ст. 5 Закон об ОРД устанавливает соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий. Так, в соответствии с диспозицией данной статьи, наряду с другими ограничениями, органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация). Стоит отметить, что закон не устанавливает критерия, что считать провокацией преступления, а что нет, в то же время совершение данной провокации квалифицируется как соучастие в совершении правонарушения в форме подстрекательства[4].

Рассмотрим несколько примеров из судебной практики, в которых основанием для отмены или передачи дела на новое рассмотрение было применение доказательств, полученных, по мнению суда, с помощью провокации преступления.

26 апреля 2017 г. Президиумом Верховного Суда РФ было рассмотрено уголовное дело в порядке надзора. Как было установлено исходя из материалов дела, в январе 2009 г. у подсудимой Кардашовой возник умысел на незаконный сбыт наркотического средства героина в особо крупном размере. В период до 14 января 2009 г. она приобрела героин общей массой 2,93 г, который стала незаконно хранить с целью его сбыта.

14 января 2009 г., реализуя умысел на незаконный сбыт наркотического средства в особо крупном размере, Кардашова договорилась с ранее знакомым ей гражданином Т., который участвовал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного Законом об ОРД, а именно в «проверочной закупке». О его действиях были осведомлены сотрудники УФСКН России, которые и контролировали данное мероприятие.

14 января 2009 г. примерно в 23 ч 30 мин Т. приехал к Кардашовой, которая незаконно сбыла ему за 2300 руб. часть ранее незаконно приобретенного ею наркотического средства героина массой 2,60 г, после чего она была задержана сотрудниками УФСКН России.

Через некоторое время при производстве осмотра сотрудниками УФСКН России в доме Кардашовой была изъята оставшаяся часть героина массой 0,33 г.

Государственной Думы : постановление Конституц. Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4.

[3] См.: *Лазарева В. А*. Доказывание в уголовном процессе : учеб.-практ. пособие. М., 2013.

[4] См.: *Киселев А. П., Васильев О. А., Белянинова Ю. В*. Комментарии к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». URL: www.consultant.ru

В своем постановлении Президиум Верховного Суда РФ указал, что суд не осуществил эффективной проверки доводов о провокации при проведении оперативно-розыскного мероприятия, результаты которого были использованы в качестве доказательств при обосновании виновности Кардашовой в совершении вышеуказанного преступления, приговор и кассационное определение в отношении нее подлежат отмене с передачей уголовного дела на новое судебное разбирательство[5].

Анализируя действия подсудимой Кардашовой, стоит отметить, что ее действия можно квалифицировать как незаконные производство, сбыт или пересылка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 228.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, далее – УК РФ). В ее действиях присутствуют все признаки состава преступления. В частности, она приобрела наркотические средства, хранила и сбыла данный предмет преступления. Но Президиум указал, что присутствовала провокация, в связи с этим направил дело на новое рассмотрение.

Зададимся вопросами, каким образом возможно доказать или просто установить факт незаконной покупки наркотических средств без проведения оперативно-розыскных мероприятий? И в каких случаях проверочная закупка не будет становиться провокацией преступления?

Проверочная закупка – совокупность действий по искусственному созданию ситуации сделки купли-продажи (мнимой) с лицом, подозреваемым в противозаконной деятельности (обмане потребителей, торговле запрещенными товарами и т. д.). Предметом проверочной закупки могут быть вещи и объекты, как находящиеся в гражданском обороте, так и изъятые из него (оружие, боеприпасы, наркотики и т. п.)[6]. И при проведении данного оперативного мероприятия, по мнению суда, сотрудники спровоцировали подсудимую на совершение данного действия. Судебная практика установила в рассматриваемом деле провокацию. Аналогичной ситуацией придерживался Президиум Верховного Суда по другому делу.

Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 12 апреля 2017 г. № 28П17[7] было указано, что суды не осуществили эффективной проверки доводов о провокации при проведении оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» в отношении Фатеева, результаты которого использованы в качестве доказательства при обосновании его виновности. Приговор Ленинского районного суда г. Краснодара от 22 мая 2008 г. и кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Краснодарского краевого суда от 16 июля 2008 г. не могут быть признаны законными, они подлежат отмене с передачей уголовного дела на новое судебное рассмотрение.

Примером применения провокации преступления и отмены решения суда может также служить практика Европейского суда по правам человека. Так, в деле Ваньян против Российской Федерации (Решение ЕСПЧ от 15.12.2005, жалоба №53203/99) наднациональный судебный орган указал, что Конвенция не запрещает ссылку на информацию, полученную от анонимных информаторов, на стадии предварительного расследования и когда этого требует характер преступления. Другое дело – последующее использование их показаний судом в качестве основания для признания виновным. Внедрение тайных агентов должно быть ограничено и обеспечено соответствующими гарантиями, даже в случаях борьбы с оборотом наркотических веществ. Требования справедливого судебного разбирательства по уголовным делам, содержащиеся в ст. 6 Конвенции, ведут к тому, что публичные

---

[5] Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2017 г. № 59 П17. URL: www.consultant.ru

[6] См.: *Киселев А. П., Васильев О. А., Белянинова Ю. В.* Комментарии к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». URL: www.consultant.ru

[7] URL: www.consultant.ru

интересы в сфере борьбы с оборотом наркотических веществ не могут служить основанием для использования доказательств, полученных в результате провокации со стороны милиции[8], что фактически было сделано сотрудниками ОРД и привело к решению данного дела в пользу подсудимого.

Доказательства, полученные с помощью провоцирования лица совершить преступления не могут быть признаны легальными. Оперативные сотрудники при исполнении своего профессионального долга должны пресекать и выявлять преступления, а не способствовать его совершению. Однако грань между легальным оперативным мероприятием и провокацией тонкая, размытая. Полагаем, на законодательном уровне необходимо закрепить процедуру проверочной закупки и отграничить ее от провокации. Стоит четко дать понятие проверочной закупки, а также определить требования, по которым данное оперативное мероприятие возможно проводить. Так, на момент, когда оперативными сотрудниками устанавливается решение о проведении проверочной закупки, необходимо до воплощения оперативного мероприятия иметь доказательственную базу причастности лица к данному преступлению, которая хотя бы косвенно указывала на причастность лица к криминируемому ему деянию, и проведение проверочной закупки станет прямым доказательством вины подозреваемого. Подобная доказательственная база должна соответствовать требованиям уголовно-процессуального закона. В противном случае судебные органы могут квалифицировать указанные действия как провокацию преступления, имея судебную практику Верховного Суда и прецеденты ЕСПЧ.

На наш взгляд, стоит четко прописать и установить субъектам ОРД требования к проведению проверочной закупки, а именно:

1. При принятии решения о проведении данного мероприятия представлять доказательства, указывающие на причастность такого лица к совершению данного преступления.

2. Данные доказательства должны соответствовать требованиям, установленным УПК.

Приведенные требования, на наш взгляд, позволят снизить применения провокационных действий со стороны сотрудников ОРД при проведении ими соответствующих мероприятий и фактически легализовать данное мероприятие как доказательство по уголовному процессу.

---

[8] По вопросу приемлемости жалобы № 53203/99 «Григорий Аркадьевич Ваньян (Grigoriy Arkadyevich Vanyan) против Российской Федерации» : решение ЕСПЧ от 13 мая 2004 г. // Журнал рос. права. 2004. № 8. С. 113–118.

Белгородский государственный национальный исследовательский университет

Купряшина Е. А., *кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса*

Хромова Е. А., *студентка магистратуры*

Belgorod State National Research University

Kupryashina E. A., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Law and Process Department*
E-mail: kupryashina@bsu.edu.ru

Khromova E. A., *Undergraduate*

УДК 343

Л. И. Малахова

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРОЦЕССА ДОКАЗЫВАНИЯ : ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Статья посвящена проблемам оперативно-розыскного обеспечения процесса доказывания по уголовным делам. Анализируются вопросы получения и трансформации результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства по уголовному делу.

К л ю ч е в ы е с л о в а: оперативно-розысные мероприятия, процесс доказывания, доказательства, оперативно-розыскная деятельность.

OPERATIVELY-SEARCH PROCESS EVIDENCE: SSUES OF LEGAL REGULATION

The article is devoted to the problems of operatively-search for the evidence in criminal cases. It also examines the issues of receipt and transformacii rezultatov operativno dokazatelstva and investigative activities in a criminal case.

K e y w o r d s: operational rozysnye activities, the process of proof, evidence, operatively-search activity.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В целях повышения эффективности деятельности правоохранительных органов в борьбе с преступностью особый научный и практический интерес представляет использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании вызывает определенные проблемы, так как в этом случае необходимо сохранять конспиративный характер оперативно-розыскных мероприятий, найти способы легализации их результатов и преобразования оперативной информации в доказательства[1]. В соответствии с ч. 2 ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ «Об ОРД») результаты ОРД могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующего собирание, проверку и оценку доказательств. Данной норме в свою очередь корреспондирует ст. 89 УПК РФ, предусматривающая, что в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ.

Если буквально понимать указанные нормы, то результаты ОРД в принципе невозможно использовать в доказывании, поскольку они никогда не будут отвечать требованиям, предъявляемым УПК РФ к доказательствам, по причине того, что способы их получения не отвечают нормам процессуального закона.

Вместе с тем в теории уголовного судопроизводства высказаны на этот счет различные суждения. По мнению ряда ученых, оперативно-розыскная деятельность должна рассматриваться как один из способов доказывания по уголовным

[1] См.: *Филин Г. А*. Проблема использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Проблемы борьбы с коррупцией. М., 1999. С. 28.

© Малахова Л. И., 2018

делам[2]. Другие аавторы полагают, что при соблюдении определенных условий (обеспечение безопасности источников, достоверности, относимости, проверяемости результатов оперативно-розыскных мероприятий) возможно применение результатов ОРД в качестве доказательств по уголовному делу[3].

В связи с этим верной представляется позиция, согласно которой введение в уголовный процесс непроцессуальной информации в качестве доказательства возможно лишь при условии неуклонного соблюдения основных постулатов доказательственного права и теории доказательств, т. е. когда они собраны, проверены и оценены в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства[4]. Однако здесь следует отметить, что к процессуальной форме проведения и оформления оперативно-розыскных мероприятий законодательством Российской Федерации не предъявляется строгих требований. Так, Ю. П. Гармаев и А. А. Обухов, анализируя практику применения и оформления результатов оперативного эксперимента в ряде субъектов России, справедливо отмечают, что сотрудники оперативно-розыскных подразделений различных регионов в целях документирования оперативного эксперимента составляют не менее 14 различных документов.

Причем практически каждый «региональный» вид документа отличался от остальных собственным названием, оригинальной формой, различным составом участников, собственной, местной спецификой проведения этого ОРМ[5]. Подобная ситуация не способствует законности и обеспечению прав личности как при производстве оперативно-розыскных мероприятий, так и в ходе доказывания по уголовному делу.

Получение и трансформация результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства по уголовному делу, по сути, проходит три этапа, которые определены разными нормативными правовыми актами, обладающими различной юридической силой.

Первый этап. Проведение оперативно-розыскных мероприятий. Определен ФЗ «Об ОРД» и ведомственными правовыми актами, как правило, имеющими гриф «совершенно секретно».

Второй этап. Передача результатов ОРД органу дознания, следователю, в суд. Регулируется межведомственной инструкцией, которая является подзаконным нормативным актом[6].

Третий этап. Формирование доказательств путем производства следственных действий и процессуальных действий по возбужденному уголовному делу. Регламентируется УПК РФ. Таким образом, доказательства формируются только

---

[2] См.: *Агутин А. В., Осипов С. А*. Место оперативно-розыскной деятельности по уголовным делам // Следователь. 2003. № 2. С. 47–55 ; *Бозров В*. Результаты оперативно-розыскной деятельности – статус доказательств в уголовном процессе // Рос. юстиция. 2004. № 4. С. 46–48.

[3] См.: *Астафьев Ю. В.* Процесс доказывания и оперативно-розыскная деятельность : соотношение и оценка результатов // Российское правовое государство : итоги формирования и перспективы развития : материалы Всерос. науч.-практ. конф. (Воронеж, 14–15 ноября 2003 г.). Воронеж, 2004. Ч. 5. : Уголовное право, уголовный процесс и криминалистика. С. 21–30.

[4] См.: *Шейфер С. А*. Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2008. С. 113.

[5] См.: *Гармаев Ю. П., Обухов А. А.* Квалификация и расследование взяточничества : учеб.-практ. пособие. М., 2012. С. 139.

[6] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд : приказ Министерства внутренних дел РФ, Федеральной службы безопасности РФ от 17 апреля 2007 г. № 368/185/164/481/32/184/97/147.

при производстве следственных и процессуальных действий по возбужденному уголовному делу.

В соответствии с ч. 3 ст. 11 ФЗ «Об ОРД» представление результатов оперативно-розыскной деятельности осуществляется на основе постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами.

В ходе проведения оперативных мероприятий возможно обнаружение информации об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания, и только последующее производство следственных действий приведет к появлению доказательств.

Таким образом, процессуальная деятельность без применения непроцессуальной системы, в том числе оперативно-розыскных мер, была бы затруднена, а оперативно-розыскная деятельность, в свою очередь, без последующего использования ее результатов в уголовном процессе, не могла бы в полном объеме выполнить свое предназначение. Следовательно, любой вид непроцессуальной деятельности по обнаружению доказательств, без фиксации результатов с помощью процессуальной формы, можно рассматривать в качестве элемента обнаружения первичной информации, которая может иметь доказательственное значение.

С точки зрения доказательственного права доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель 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 (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Большая часть полученных при документировании материалов полностью отвечает требованиям, предъявляемым к таким источникам фактических данных, как «иные документы» (п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ), поскольку обстоятельства, имеющие значение для дела, здесь изложены соответствующим должностным лицом органа дознания и удостоверены гражданами. «Общественное документирование»[7] применяется для «ввода» в уголовный процесс предметов и документов, полученных органами дознания в ходе проведения оперативно-розыскных мер. Сущность данного метода состоит в участии незаинтересованных лиц (представителей общественности, граждан) при получении предметов и документов в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Интересно отметить, что в судебной практике США к основным источникам фактических данных относятся показания полицейских, содержащие сведения, полученные в результате осуществления оперативно-розыскных мероприятий (наружное наблюдение, использование информации от осведомителей). При этом очевидно, что американская судебная практика исходит из презумпции добропорядочности и ненарушения законности, в силу чего не требуется участия общественности в документировании результатов оперативно-розыскной деятельности[8].

---

[7] См.: *Салтевский М. В.* Современные проблемы собирания доказательственной информации техническими средствами // Теория и практика собирания доказательственной информации техническими средствами : сб. науч. статей. Киев, 1980. С. 9–10.

[8] См.: *Гусаков А. Н.* Общая характеристика полицейской тактики США // Теоретические проблемы криминалистической тактики. Свердловск, 1981. С. 132–136.

Следующий способ вовлечения результатов оперативно-розыскной деятельности в процесс доказывания – тактическая операция. Ее определяют как систему согласованных и связанных общей целью следственных, оперативно-розыскных и иных действий, разрабатываемых с учетом сложившейся ситуации, проводимых под руководством следователя либо должностного лица органа дознания для разрешения конкретных задач выявления, расследования и предупреждения преступлений[9]. Выступая одним из способов вовлечения в процесс доказывания, оперативно-розыскная информация предполагает координирование оперативно-розыскных мер и следственных действий как на стадии планирования, так и на стадии их проведения. Потребность в тактической операции возникает в случаях, когда местонахождение интересующих следствие вещественных объектов уже установлено оперативным путем, а следователю предстоит тактически и процессуально грамотно обнаружить и изъять искомое, что и вызывает необходимость соответствующей координации действий. Тактическая операция используется для осуществления ввода в уголовный процесс предметов и документов, имеющих отношение к расследуемому преследованию.

Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания оформляется рапортом должностного лица органа дознания, который составляется при передаче следователю предметов и документов, полученных в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Другим способом вовлечения результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывание является последующий допрос оперативного работника, который допрашивается по всем обстоятельствам дела. Исключением из этого будут вопросы, затрагивающие служебную и государственную тайну. В случае, когда необходимо раскрыть оперативно-розыскные способы получения предметов и документов, оперативный работник может отказаться от дачи показаний. В таких ситуациях предметы и документы не исключаются из совокупности доказательств, а используются в доказывании, если они не противоречат обстоятельствам дела и подтверждаются другими доказательствами, полученными процессуальным путем.

Все перечисленные способы вовлечения результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывание не являются самостоятельными источниками доказательств, однако становятся таковыми посредством «прохождения» их через процессуальный порядок.

Общность задач, стоящих перед органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и следователем при раскрытии преступлений на начальном этапе, определяет необходимость теснейшего между ними взаимодействия. Поиск рационального соотношения деятельности органов предварительного следствия и дознания, эффективное осуществление скоординированных и объединенных действий в раскрытии преступлений, является одной из актуальных научных проблем, которой уделяют внимание многие ученые-процессуалисты[10].

---

[9] См.: *Марочкин Н. А*. Понятие тактической операции и ее структура. Саратов, 1989. С. 49.

[10] См.: *Якубович А. А.* Теоретические основы предварительного следствия. М., 1971 ; *Белозеров Ю. Н., Чугунов В. Е., Чувилев А. А.* Дознание в органах милиции и его проблемы М., 1972 ; *Осипов А. Ф.* Вопросы соотношения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности М., 1976 ; *Сидоров В. Е.* Начальный этап расследования. М., 1992 ; *Николайченко В. В., Громов Н. А., Гущин А. Н*. Проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу. Пенза, 1998 ; *Коренев Ю. В, Токарева М. Е.*

В теории и практике под взаимодействием органов предварительного следствия и дознания понимается основанная на законе и подзаконных актах согласованная деятельность следователя и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, предполагающая рациональное сочетание процессуальных действий и оперативно-розыскных мер, осуществляемых каждым из них в соответствии со своими функциями и в пределах, представленных им законом полномочий[11].

Такое взаимодействие, а также эффективное использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам будет способствовать борьбе с преступными группами, играть важную роль в защите от преступных посягательств прав и законных интересов граждан, общества и государства.

В результате применения оперативно-розыскных мер устанавливаются и формируются источники непроцессуальной информации, а при производстве следственных действий – источники доказательств и доказательства.

Разграничение между доказательственной и непроцессуальной информацией происходит по двум основным критериям: соблюдение установленной процессуальной формы и соответствие источника информации требованиям, предъявляемым законом для доказательств.

Информация, не отвечающая данным условиям, не может быть реализована в качестве доказательств по уголовному делу и не имеет доказательственного значения, однако отказываться от нее нецелесообразно, так как она может быть использована для раскрытия преступления[12].

Непроцессуальная информация может быть получена одновременно из нескольких источников, что повышает ее достоверность, но это не делает возможным использование ее в качестве доказательств. Данная информация может и должна быть использована в уголовном деле для раскрытия преступлений, при выдвижении версий, определении тактики проведения следственных действий, путей и средств обнаружения доказательств, для обоснования некоторых процессуальных решений. То есть налицо ее опосредованное использование, и только при условии легализации результатов оперативно-розыскной деятельности и ввода их в уголовный процесс последние могут быть непосредственно использованы в качестве доказательств.

Статья 11 ФЗ «Об ОРД» предусматривает возможность использования результатов данной деятельности в следующих случаях: для подготовки и проведения следственных и судебных действий; для формирования доказательств.

Важное значение для раскрытия и расследования преступлений имеют данные, содержащиеся в информации, предоставленной в результате осуществления оперативно-розыскной деятельности, о возможных источниках доказательств:

– о лицах, которым что-либо известно об обстоятельствах и очевидцах преступления, которые впоследствии могут быть допрошены в качестве свидетелей;

Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. М., 2000.

[11] См.: *Мартинович И. И.* Основы взаимодействия следователя и органа дознания при расследовании преступлений. Минск, 1983. С. 10–12.

[12] Подробнее см.: *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В*. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения и взаимодействия. Курск, 2002. С. 255.

– о местонахождении предметов и документов, а также орудий преступления, которые могут быть вещественными доказательствами;

– об объектах преступных посягательств, о местонахождении похищенного имущества;

– о хранении денег и других ценностей, нажитых преступным путем, а также других предметов и документов, имеющих отношение к установлению обстоятельств преступления и лиц, его совершивших.

Кроме того, существенным подспорьем в ходе расследования уголовного дела являются данные ориентирующего характера, которые необходимо учитывать при разработке планов расследования, выборе наиболее эффективных следственных действий, определении последовательности и тактики их проведения.

Все сказанное выше позволяет заключить, что полученные оперативным путем данные являются первичной информацией о преступлении и служат основанием для производства тех или иных следственных действий, помогают тщательно подготовить и правильно провести последние.

Бесспорно, осуществление оперативно-розыскной деятельности заметно облегчает последующую процессуальную деятельность следователя и органа дознания. Располагая ориентирующей информацией, они могут с большей эффективностью использовать предоставленные законом средства и способы собирания доказательств.

Воронежский государственный университет

Малахова Л. И., *кандидат юридических наук,*
доцент кафедры уголовного процесса

Voronezh State University

Malakhova L. I., *Candidate of Legal Sciences,*
Associate Professor of the Criminal Process Department
Tel.: 8(473) 22-08-402

УДК 343

Л. А. Моргачёва

ПРАВОМЕРНО ЛИ ИСПОЛЬЗОВАТЬ ОБЪЯСНЕНИЯ, ЗАЯВЛЕНИЕ О ЯВКЕ С ПОВИННОЙ И РЕЗУЛЬТАТЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ?

Статья посвящена проблеме использования объяснений, заявления о явке с повинной и результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу. Делается вывод о невозможности такого использования без изменения закона.

Ключевые слова: доказательство, объяснение, заявление о явке с повинной, оперативно-розыскная деятельность, документ.

WHETHER IT IS LAWFUL TO USE EXPLANATIONS, THE STATEMENT FOR SURRENDER AND RESULTS OF INVESTIGATION AND SEARCH OPERATIONS AS PROOFS?

Article is devoted to a problem of use of explanations, statements for surrender and results of operational search activity in quality of proofs on criminal case. The conclusion about impossibility of such use without change of the law is drawn.

Key words: the proof, an explanation, the statement for an appearance with guilty, operational search activity, the document.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации отличается противоречивостью и рассогласованностью нормативных предписаний. Новые нормы, вносимые в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации[1] (далее – УПК РФ), всё дальше отходят от принципов уголовного процесса, от уголовно-процессуальной теории, а иногда и от правил формальной логики[2]. В первую очередь это касается главной составляющей уголовного судопроизводства – доказывания. Контрадикторным является понимание законодателем сущности доказательства и его видов, способов собирания доказательств и участия невластных участников уголовного судопроизводства в процессе доказывания.

В данной статье попытаемся добавить аргументацию в позицию о невозможности использования в качестве доказательств объяснений, заявления о явке с повинной и результатов оперативно-розыскных мероприятий без соответствующих изменений закона.

Согласно ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ полученные в ходе проверки сообщения о преступлении сведения, в том числе объяснения, результаты оперативно-розыскных мероприятий, заявление о явке с повинной, могут быть использованы в качестве

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 29.12.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[2] О небрежности законодателя неоднократно указывалось на страницах юридической печати (см., например: *Лупинская П., Воскобитова Л., Рогова С*. Доказывание в уголовном процессе (начало). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

© Моргачёва Л. А., 2018

доказательств при условии соблюдения положений ст. 75 и 89 УПК РФ. Данное положение закона диссонирует с положениями ст. 74 и других УПК РФ.

В ч. 2 ст. 74 УПК РФ содержится исчерпывающий перечень доказательств, а ст. 76–84 УПК РФ для каждого доказательства устанавливают порядок их собирания и так называемой процессуальной легализации. Сущностными признаками доказательства являются не только сами сведения, но и источник сведений и установленный нормами УПК порядок их собирания (обнаружения и фиксации). Строгая регламентация этих элементов призвана обеспечить: 1) достоверность и объективность сведений; 2) защиту законных интересов сторон; 3) защиту конституционных прав и свобод человека и гражданина; 4) установление оптимального и эффективного пути познания обстоятельств дела; 5) сохранность информации для последующего исследования и использования в доказывании; 6) возможность проверки информации.

Сравнивая перечень видов информации, получаемой в стадии возбуждения уголовного дела и перечень доказательств, а также, учитывая положения ст. 75–84 УПК РФ, приходим к выводу, что объяснения, заявление о явке с повинной, а также результаты оперативно-розыскных мероприятий не могут использоваться в качестве доказательств ввиду отсутствия их в перечне доказательств и законодательной регламентации их собирания.

Однако, несмотря на такое элементарное буквальное толкование норм УПК РФ, судебно-следственная практика идет по совершенно противоположному пути, а именно по пути использования указанных видов сведений в качестве доказательств по причине их относимости. Такой позиции придерживаются Конституционный и Верховный Суды Российской Федерации[3], а также некоторые ученые[4]. Для того чтобы скрыть это явное противоречие закону, указанные сведения именуются таким видом доказательства, как иные документы или вещественные доказательства. Относительно указанных доказательств закон не устанавливает каких-либо особых правил их обнаружения и фиксации, в УПК РФ не дается понятий «иной документ» и «вещественное доказательство». Это обстоятельство, очевидно, и позволяет признавать любой письменный источник, появляющийся в материалах уголовного дела, «иным документом», в том числе объяснения лиц, данные в ходе проверки сообщения о преступлении, заявление о явке с повинной, заявление о совершенном или готовящемся преступлении, результаты проведенного адвокатом опроса лиц с их согласия, результаты частных расследовательских мер неофициальных участников, результаты оперативно-розыскных мероприятий. Проанализируем, насколько это соответствует уголовно-процессуальной теории и уголовно-процессуальному закону.

1. Объяснения лиц и заявление о явке с повинной. Сложились два пути использования данных сведений в качестве доказательств. Первый, как указано выше, – это признание данных сведений иным документом; второй – попытка приравнять

---

[3] См., например: О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мязиной Марии Юрьевны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 6 и 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статей 170, 176, 177 и 183 Уголовно-процессуального кодекса : определение Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2014 г. № 2557-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[4] См.: *Быков В. М.* Новый закон о порядке рассмотрения следователем и дознавателем сообщения о преступлении // Рос. юстиция. 2013. № 5. С. 27 ; *Григорьев А. И.* Допустимость объяснений в качестве доказательств по уголовному делу // Рос. юрид. журнал. 2013. № 5. С. 145–148 ; *Плетнев В. В*. Понятие фиксации доказательств // Рос. юстиция. 2015. № 9. С. 30.

указанные сведения к показаниям. В частности, в ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ говорится о необходимости разъяснения лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, их прав и обязанностей, обеспечения возможности осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе права не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, пользоваться услугами адвоката, а также приносить жалобы. В п. 10 постановления Пленума РФ «О судебном приговоре» указано: «В тех случаях, когда в ходе проверки сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном статьей 144 УПК РФ, подсудимый обращался с письменным или устным заявлением о явке с повинной, и сторона обвинения ссылается на указанные в этом заявлении сведения как на одно из доказательств его виновности, суду надлежит проверять, в частности, разъяснялись ли подсудимому при принятии от него такого заявления с учетом требований части 1.1 статьи 144 УПК РФ права не свидетельствовать против самого себя, пользоваться услугами адвоката, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения органов предварительного расследования в порядке, установленном главой 16 УПК РФ; была ли обеспечена возможность осуществления этих прав»[5].

Мы категорически против обоих подходов. Объяснения лиц и заявления о явке с повинной нельзя признавать ни иными документами, ни показаниями по следующим основаниям.

В теории уголовного процесса доказательства подразделяются на личные и предметные. В основе данной классификации лежат особенности источника информации. Источником личных доказательств является человек. Это определяет специфику обнаружения, запечатления, воспроизведения, «снятия» и фиксации информации[6]. При получении личных доказательств (показаний, заключений, протоколов следственных действий, документов) для обеспечения объективности и достоверности получаемых сведений необходимо разъяснить права и обязанности участникам следственного действия (не свидетельствовать против себя и своих близких родственников, говорить правду и т. д.), создать условия получения и закрепления достоверной информации (не проводить допрос в ночное время, более 4 часов непрерывно, обеспечить участие защитника, понятых, соблюдать реквизиты протокола следственного или иного процессуального действия, проверить подлинность документа и компетенцию подписавшего его лица и др.). В одном из кассационных определений СК ВС РФ указано: «Из смысла ст. 84 и 86 УПК РФ следует, что относимые к делу сведения, полученные защитником в результате опроса частных лиц, изложенные им или опрошенными лицами в письменном виде, нельзя рассматривать в качестве показаний свидетеля или потерпевшего. Они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и поэтому могут рассматриваться в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей, потерпевшего или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу»[7]. В связи с этим совершенно правильно

---

[5] О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55.

[6] См.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесс : доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 135.

[7] Кассационное определение Верховного Суда РФ от 8 декабря 2004 г. № 3-О04-42. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

пишет Е. А. Доля: «Содержание иных документов не могут составлять сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые были восприняты лицом лично или со слов других лиц. Сведения об указанных фактах и обстоятельствах должны получаться в результате допроса соответствующего лица в качестве свидетеля. Каждому виду доказательств соответствует свой строго предназначенный способ собирания, который учитывает не только особенности содержания формируемого вида доказательства, но и особенности присущего только ему правового положения источника доказательства и источника фактических данных»[8]. Доказательства, содержанию и форме которых присущи особенности, определяющие свойственный только им процессуальный режим получения и использования в уголовном судопроизводстве, образуют самостоятельные виды доказательств[9]. Заметим, что при допросе доказательством является даже не протокол допроса (т. е. документ), а именно показания, что еще раз подчеркивает значение и особенности получения и фиксации данного вида доказательства.

Таким образом, объяснения лиц и заявления о явке с повинной, представляющие собой сведения, сообщенные должностному лицу, ведущему судопроизводство, для того чтобы стать доказательством, должны быть получены исключительно по правилам допроса. Предоставление же лицу лишь отдельных прав, таких как права не свидетельствовать против себя, пользоваться услугами адвоката, обжаловать действия и бездействие дознавателей и следователей обеспечивают только конституционные права личности и не дают «гарантий доброкачественности» доказательства. А произвести опрос по правилам допроса, как это предлагают некоторые авторы[10], на данной стадии не представляется возможным, во-первых, ввиду отсутствия процессуального статуса опрашиваемого, от которого зависят правила допроса; во-вторых, ввиду запрета проводить допрос до возбуждения уголовного дела. Расширение же перечня следственных действий, допускаемых в данной стадии, производством допроса окончательно сводит на нет смысл существования стадии возбуждения уголовного дела, которая, благодаря нововведениям закона, превратилась из гаранта неприменения необоснованных мер принуждения в мини-расследование, направленное на установление судебной перспективы рассмотрения уголовного дела. Между тем сведения, изложенные в указанных источниках, могут иметь большую ценность для расследования уголовного дела, так как они могут содержать многие подробности о фактах, которые с течением времени стираются в памяти человека либо искажаются по разным причинам, в том числе в результате желания уйти от ответственности. Поэтому первоначальные сведения, конечно же, нельзя игнорировать. Разрешение сложившейся ситуации видится только в устранении данной стадии и введении полноценного расследования с момента поступления информации о совершенном или готовящемся преступлении.

2. О невозможности использовать результаты оперативно-розыскных мероприятий напрямую в качестве доказательств указывали многие ученые[11].

---

[8] *Доля Е. А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[9] См.: *Дорохов В. Я.* Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 197–200.

[10] См.: *Горбань А., Фролова Е.* Правовая обеспеченность доказательственной силы объяснения в уголовном процессе // Уголовное право. 2015. № 3. С. 115–117.

[11] См.: *Попов А. П.* Результаты оперативно-розыскной деятельности : резервы оптимизации уголовного судопроизводства // Закон и право. 2006. № 3. С. 21.

Ю. В. Астафьев, в частности, отстаивал позицию о необходимости законодательного закрепления идеи запрета использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу в любой форме, будь то трансформация, соблюдение правил оценки и проверки и т. д.[12] Он правильно писал: «Оперативно-розыскная информация должна признаваться основой для доказательственной деятельности, в определенных случаях даже ее базой, но ни в коей мере не источником доказательств. Процесс собирания доказательств строго формализован в уголовном процессе. Источники имеют свою характеристику и условия вхождения в качестве таковых в доказывание. Все это не может быть присуще оперативно-розыскной деятельности в силу ее специфики. В противном случае рухнет вся правовая основа уголовного процесса»[13]. Веским аргументов в пользу такого мнения Ю. В. Астафьев указывает то, что при собирании оперативной информации отсутствуют гарантии достоверности сведений, которые установлены нормами УПК РФ и которые требуются для того, чтобы их именовать доказательством по уголовному делу[14]. Значение результатов оперативно-розыскной деятельности он видел в том, что они являются базой, средствами «для формирования доказательств по уголовному делу (обнаружения источников доказательств, проведения следственных действий, направленных на получение доказательств, проверки и оценки доказательств, собранных ранее)»[15]. Значение результатов оперативно-розыскных мероприятий для расследования уголовного дела очень велико и имеет весомую роль в деле защиты интересов стороны обвинения. В настоящее время практика пошла по пути, когда «использование в качестве доказательств по уголовному делу результатов оперативно-розыскных мероприятий возможно только в том случае, когда такие мероприятия проведены для решения задач, указанных в статье 2 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», при наличии оснований и с соблюдением условий, предусмотренных статьями 7 и 8 указанного федерального закона, а полученные сведения представлены органам предварительного расследования и суду в установленном порядке и закреплены путем производства соответствующих следственных или судебных действий. Например, произведенные аудио- и видеозаписи, изъятые предметы и документы должны быть осмотрены и приобщены к делу; обнаруженные вещества – подвергнуты экспертным исследованиям; лица, участвовавшие в проведении оперативно-розыскных мероприятий, – при необходимости допрошены в качестве свидетелей»[16]. Аналогичной позиции при-

---

[12] См.: *Астафьев Ю. В.* Особенности соотношения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Рос. юстиция. 2015. № 5. С. 34.

[13] *Астафьев Ю. В*. Совершенствование оперативно-розыскного законодательства как гарантия справедливости правоприменения // Правовая наука и реформа юридического образования : сб. науч. трудов. Воронеж, 2010. Вып. 23 : Право и справедливость. С. 36.

[14] См.: *Астафьев Ю. В.* Оценка и проверка результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном познании // Воронежские криминалистические чтения : сб. науч. трудов. Воронеж, 2008. Вып. 10. С. 23.

[15] *Астафьев Ю. В*. Установление истины по уголовному делу оперативно-розыскными средствами // Проблемы теории и практики уголовного процесса : история и современность. Воронеж, 2006. С. 510.

[16] О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55.

держиваются такие ученые, как Е. А. Доля, В. И. Зажицкий, С. А. Шейфер[17]. Об этом неоднократно указывал и Конституционный Суд РФ[18]. То есть результаты оперативно-розыскных мероприятий приобщаются к уголовному делу в виде таких доказательств, как «вещественные доказательства» и «иные документы». Но насколько это правомерно и соответствует уголовно-процессуальным канонам?

Отдельные авторы полагают, что отличительным признаком «иного документа» является то, что «он как материальный носитель информации возникает «не в ходе процессуальной деятельности»[19]. Л. Д. Кокорев возражает этому мнению, указывая, что материальный объект может появиться независимо от производства по уголовному делу[20]. Более приемлемой представляется точка зрения, согласно которой «документ – носитель информации, связанной с преступным деянием, но не направленно полученной информации…»[21]. То есть если документы являются средством фиксации информации, получаемой целенаправленно при осуществлении, например осмотра, оперативного эксперимента и т. п., их нельзя признавать доказательством – «иным документом». Данные документы могут иметь для следователя лишь криминалистическое значение для определения хода расследования, планирования следственных действий и построения версий. Действия, направленные на получение доказательственной информации путем непосредственного восприятия обстановки, должны быть строго регламентированы законом в целях обеспечения вышеуказанных требований, и результатом их должен являться протокол следственного действия, признаваемый самостоятельным видом доказательств. Особенностью этого вида доказательств является то, что он содержит сведения, непосредственно воспринимаемые дознавателем, следователем или судом, обнаруженные и наблюдавшиеся ими самими[22].

Кроме того, как указывалось выше, содержание иных документов не могут составлять сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые были восприняты лицом лично или со слов других лиц. По мнению авторов учебника по уголовному процессу под редакцией В. П. Божьева, иные документы, отражая обстоятельства, имеющие значение для дела, порождаются не событием преступления, а создаются в процессе обычной деятельности предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан[23]. Получается, что

---

[17] См.: *Доля Е. А*. Указ. соч ; *Зажицкий В. И*. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве : теория и практика. СПб., 2006 ; *Шейфер С. А*. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. М., 2008.

[18] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гусака Александра Юрьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 8 части первой статьи 6, статьей 7 и пунктом 1 части первой статьи 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 1507-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[19] См.: *Золотых В. В*. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д., 1999. С. 81.

[20] См.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П*. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. С. 213.

[21] *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В*. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения взаимодействия. Курск, 2002. С. 187.

[22] См.: *Борисевич Г. Я*. Документы как доказательства в Российском уголовном процессе // Вестник Пермского ун-та. Серия: Юридические науки. 2012. Вып. 1 (15). URL: http://www.jurvestnik.psu.ru

[23] См.: Уголовный процесс : учеб. для студ. вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. В. П. Божьева. М., 2002. С. 163.

документы, фиксирующие деятельность оперативно-розыскных служб во время контрольных закупок и т. п. (где налицо факты преступной деятельности), нельзя считать иными документами.

Большинство ученых солидарны во мнении, что иные документы: 1) изготавливаются вне уголовно-процессуальной деятельности; 2) изымаются, истребуются либо предоставляются следователю (дознавателю); 3) составляются лицами, не являющимися официальными участниками уголовного процесса. Иные документы, вещественные доказательства, заключение специалиста формируются за рамками уголовного судопроизводства вне установленного УПК РФ правового режима и без соответствующих процессуальных гарантий[24]. Результаты оперативно-розыскных мероприятий – это сведения, получаемые направленно в целях раскрытия преступления путем непосредственного восприятия обстановки, производства определенных действий работниками правоохранительных органов, хотя официально не отнесенных, но, по сути, являющихся участниками со стороны обвинения. Это заинтересованные в исходе дела субъекты, деятельность которых может затрагивать конституционные права и свободы личности, на что прямо указывает Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Кроме того, органы, проводящие оперативно-розыскные мероприятия, наделены достаточными полномочиями и средствами, которые могут быть использованы противозаконно, что не всегда могут установить следователи при проверке достоверности документов и предметов, ими представляемых. Все это ставит под серьезное сомнение возможность использования в качестве обычных «иных документов» результаты оперативно-розыскных мероприятий, а также возможность проверки их достоверности[25]. Объективно напрашивается следующий вывод: либо данная деятельность должна протекать в рамках уголовного судопроизводства со всеми соответствующими гарантиями достоверности получаемых в ее ходе сведений, либо эти гарантии следует установить в Федеральном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» и допустить материалы оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств[26]. Думается, второй путь будет размывать границы уголовно-процессуальной формы.

---

[24] См.: *Россинский С. Б.* Собирание, формирование и исследование доказательств в уголовном судопроизводстве : проблемы разграничения // Рос. юстиция. 2017. № 5. С. 26.

[25] Несколько абсурдно выглядит ситуация – следователь должен проводить осмотр и закреплять его результаты по сложным правилам судопроизводства, а оперативные работники проводят оперативный осмотр без соблюдения таких правил, но, как ни парадоксально, в обоих случаях результаты осмотра будут доказательствами, только в первом случае – это протокол осмотра, а во втором – «иной документ».

[26] В литературе встречаются также предложения по дополнению перечня доказательств (ч.2 ст. 74 УПК РФ) материалами, содержащими результаты оперативно-розыскной деятельности (см., например: *Бессонов А.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Уголовное право. 2016. № 2. С. 118).

Воронежский государственный университет

Моргачёва Л. А., *преподаватель кафедры уголовного процесса*

Voronezh State University

Morgacheva L. A., *Lecturer of the Criminal Process Department*

E-mail: laris 777444@yandex.ru

УДК 343

М. В. Муравьев

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ С ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Статья посвящена проблемам взаимодействия уголовно-процессуального доказывания с оперативно-разыскной деятельностью. В ней отмечается большой вклад, который был внесен в разработку данной проблематики Ю. В. Астафьевым и другими воронежскими процессуалистами. В заочном диалоге с ними приводятся разработки нижегородских ученых по сходному кругу вопросов. Автор развивает ряд положений новой модели уголовно-процессуального доказательственного права России, разработанной нижегородской школой процессуалистов. Приводятся две системы аргументации в подтверждение необходимости реформирования порядка досудебного доказывания и решения проблемы взаимодействия оперативно-разыскной деятельности и уголовно-процессуального доказывания на состязательной правовой основе.
К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовно-процессуальное доказывание, оперативно-разыскная деятельность, взаимодействие.

ON SOME PROBLEMS OF INTERACTION OF CRIMINAL PROCEDURAL EVIDENCE WITH OPERATIONAL-INVESTIGATIVE ACTIVITIES

The article is devoted to the problems of interaction of criminal procedural proof with operational-search activity. It highlights the great contribution that was made to the development of this problem by Yu. V. Astafiev and other Voronezh processivists. In the correspondence dialogue with them, the development of Nizhny Novgorod scientists on a similar range of issues is given. The author develops a number of provisions of a new model of the criminal procedural evidential law of Russia, developed by the Nizhny Novgorod school of proceduralists. He leads the arguments in support of the necessity of reforming the order of pre-trial proof and solving the problem of interaction of operational investigative activity and criminal procedural proof on a competitive legal basis.
K e y w o r d s: criminal procedural proof, operational-investigative activity, interaction.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Проблема взаимодействия уголовно-процессуального доказывания с оперативно-разыскной деятельностью составляет одну из центральных проблем современной уголовно-процессуальной науки. Можно сказать, что вся постсоветская теория уголовно-процессуального доказывания в значительной мере сформировалась вокруг этой проблематики. Ни в русской дореволюционной процессуалистике, ни в советской науке о доказательствах и доказывании в уголовном процессе этой проблеме не уделялось столь пристального внимания. Такой проблемы как бы и не существовало в теории.

Для нас совершенно очевидно, что особое значение данная проблема приобрела в силу ряда причин. Первая причина – это, разумеется, введение законодательного запрета (ст. 89 УПК РФ) на использование результатов ОРД в доказывании, без их проверки процессуальным путем. Вторая причина состоит в том, что оперативно-разыскная деятельность отчасти вышла из тени, легализована

© Муравьев М. В., 2018

специальным федеральным законом, стала научной дисциплиной и предметом открытой полемики. Третья причина актуальности анализируемой проблемы – в росте озабоченности законодателя (во многом искусственной) правами человека и необходимостью их обеспечения процессуальными гарантиями. Наконец, главная причина того, что данная проблема не выходит из ряда злободневных все последние годы состоит в типе современного уголовного процесса, а именно: его смешанном, переходном типе.

Воронежская научная школа, ярким представителем которой являлся Ю. В. Астафьев, внесла значительный вклад в отечественную доктрину уголовно-процессуального доказывания, в том числе и в разработку проблематики, связанной со взаимодействием в ходе раскрытия и расследования этих двух разновидностей правовых форм познавательной деятельности. Ю. В. Астафьев стал одним из основоположников данного актуального направления в теории уголовно-процессуального доказывания[1]. В своих работах[2] он неоднократно обращался к этой теме, в том числе и в жанре конкретных практических рекомендаций[3].

Следует признать бесспорными его выводы о диалектике взаимодействия уголовно-процессуального доказывания и оперативно-разыскной деятельности: с одной стороны, их объединяет познавательная сущность, цель и многие задачи; с другой стороны, они используют различные методы и порождают различные правовые результаты. Одна без другой невозможна и в то же время уголовно-процессуальная деятельность отрицает ОРД как правовую форму получения доказательств по делу.

Ю. В. Астафьев подчеркивал важность взаимодействия ОРД и уголовно-процессуального доказывания для установления объективной истины по делу[4], и в то же время он подчеркивал недопустимость приравнивания результатов ОРД с результатами деятельности субъектов доказывания в рамках уголовного процесса. Именно в процессуальной форме Ю. В. Астафьев видел основную гарантию обеспечения не только прав личности, но и достоверности сведений об обстоятельствах дела, получаемых участниками производства по уголовному делу. Взгляды ученого можно считать классическими для современной процессуалистики.

Вместе с тем надо понимать ограниченность позиции отечественной доктрины уголовно-процессуального доказывания нормативистским подходом. Вся обсуждаемая в науке проблематика взаимодействия уголовно-процессуального доказывания и оперативно-разыскной деятельности всецело детерминирована действующим УПК РФ. Допустим, изменится закон, будет исключена ст. 89 УПК РФ, и не останется предмета для дискуссий. Разумеется, мы упрощаем ситуацию. На самом деле, требуются более серьезные и системные изменения законодательства, чтобы перейти на иную технологию формирования уголовно-процессуальных доказательств – судебную.

---

[1] См.: *Астафьев Ю. В., Изотов Н. В*. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения и взаимодействия. Курск, 2002.

[2] См., например: *Астафьев Ю. В.* Процессуальные гарантии эффективности правосудия по уголовным делам : проблемы теории и практики. М., 2014 ; *Его же*. Проблемы истины в уголовном судопроизводстве // Юрид. записки. Вып. 2 : Жизнь в науке : к 100-летию со дня рождения М. С. Строговича. Воронеж, 1995. С. 67–75.

[3] См.: Оперативно-розыскная деятельность : учеб.-метод. пособие / сост. Ю. В. Астафьев, Г. В. Стародубова. Воронеж, 2008.

[4] См.: *Астафьев Ю. В*. Проблемы истины в уголовном судопроизводстве. С. 71.

На наш взгляд, современная научная догма не выходит за пределы следственной парадигмы при разработке проблематики уголовно-процессуального доказывания. Нормативистская традиция не позволяет посмотреть на существующую модель уголовно-процессуального доказывания как относительное, преходящее явление. Ведь можно допустить и другую модель и в ее контексте посмотреть на то, как может быть организована деятельность правоохранительных органов по выявлению, раскрытию преступлений, изобличению лиц, их совершивших, а также судебное доказывание обвинения.

Переход на иную парадигму-технологию-модель доказывания возможен, если мы произведем замену в уголовно-процессуальной системе центрального элемента, а именно: поставим судью (суд) вместо следователя на место правоприменителя, т. е. того, кто принимает итоговое решение по уголовному делу и формирует основание для этого решения. В существующей уголовно-процессуальной системе смешанного типа судья делит власть со следователем и даже более того: по факту судья зависит от следователя. Прежде всего, эта зависимость проявляется по линии доказывания. По сложившейся системе следственных правовых стандартов судья получает информацию о фактических обстоятельствах дела главным образом из документов, составляемых в ходе досудебного производства органом предварительного расследования. В этих источниках доказательств (протоколах следственных документов, иных документах и пр.), содержащихся в уголовном деле, имеются и сведения, полученные в ходе оперативно-разыскной деятельности. Конечно, в ряде случаев судебный контроль выступает в качестве прямого фильтра для информации, получаемой в ходе ОРД, но чаще всего именно следственная власть становится таковым. Легализация данных, полученных сотрудниками оперативных аппаратов, осуществляется следователем путем производства следственных, иных процессуальных действий. Следователь выступает передаточным звеном, посредником между первоначальным источником доказательственной информации и судом. Гарантией того, что судья получает от следователя достоверную информацию, является сохранивший свою силу стандарт «всесторонности, полноты и объективности расследования».

Это следственный тип уголовно-процессуального доказывания. Для полноты характеристики ему не хватает только официального закрепления в Кодексе концепции «объективной истины». По поводу чего старается СК РФ и его научные представители, хотя пока безуспешно. Но надо отдавать себе отчет в том, что следственная технология доказывания является правовой реальностью. И взаимодействие уголовно-процессуального доказывания и оперативно-разыскной деятельности составляет часть этой сложной, смешанной и даже противоречивой формы установления оснований для правоприменительных актов по уголовному делу.

При всем уважении к нашим традициям (следственным) и позитивному праву (полуследственному) мы считаем возможным отстаивать подход, согласно которому необходим переход к состязательному типу процесса, предполагающий разработку новой теории уголовно-процессуальных доказательств, что и пытается сделать нижегородская школа процессуалистов.

В пользу новой – судебной – теории уголовно-процессуального доказывания можно приводить две аргументации: первая основана на состязательной идеологии и имеет юридические основания как в Конституции РФ, так и в кодексе: состязательность является официально принципом уголовного процесса. Более того, официально властями признается необходимость построения правового го-

сударства и демократии в России. И то и другое невозможно без состязательного процесса. При всей проявившейся с некоторых пор у нас тяге к национальной самоидентичности никто из руководства страны не ставит вопрос о выходе России из международного правового пространства и отходе от общепризнанных международно-правовых стандартов справедливого судебного разбирательства, каковым опять-таки является состязательность.

Рациональных, логических доводов против состязательной модели уголовно-процессуального доказывания вообще трудно найти. Эта модель и справедлива, и эффективна, однако она не нравится многим отечественным специалистам, потому что не отвечает некоему таинственному «национальному менталитету», который, как нам намекают, отличается особой духовностью.

Если же встать на почву исторических фактов, то легко увидеть в сохранении существующего следственного формата уголовно-процессуального доказывания политическую конъюнктуру, т. е. желание правительства управлять уголовным процессом и не делиться следственной власти с судебной.

В известной нижегородской «Доктринальной модели»[5] уголовно-процессуальных доказательств исчерпывающим образом изложена состязательная модель уголовно-процессуального доказывания. В ней разрешена и ставшая предметом этой статьи проблема взаимодействия уголовно-процессуального доказывания и оперативно-разыскной деятельности. Путь решения простой: переход на судебный тип уголовно-процессуального доказывания и превращения ОРД и процессуальной досудебной деятельности органов уголовного преследования в деятельность по подготовке оснований обвинения – формирование «обвинительных доказательств». Не будем подробно останавливаться на решениях, которые предложены в этой доктрине, отметим только то, что они вполне реальны, как показал зарубежный опыт государств, стоявших с нами на одном уровне (советском) правового развития.

Вторая аргументация говорит в пользу реформирования правового формата уголовно-процессуального доказывания – «информационно-технологического». Она тоже заложена в указанную выше «Доктринальную модель», и в последних работах А. С. Александрова, С. В. Власовой развивается наиболее активно[6]. Речь идет об использовании в уголовно-процессуальном доказывании, а также в раскрытии и расследовании преступлений цифровых технологий. Цифровые технологии объединяют оперативно-разыскную деятельность и уголовно-процессуальную деятельность, потому что «не знают» юридических различий.

Полагаем, что развитие нашего законодательства неизбежно ведет к стиранию формальных различий между ОРМ и следственными действиями при получении цифровой информации о следах преступлений.

Показательным в этом плане является принятие Федерального закона от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ[7]. Этим законом были внесены изменения в ст. 6 и 8 Фе-

---

[5] См.: Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментарии к ней / А. С. Александров [и др.]. М., 2015.

[6] См., например: *Александров А. С.* Учение о следственных действиях на пороге «цифрового мира» // Юрид. вестник Самарского ун-та. 2017. Т. 3, № 4. С. 80–85 ; *Власова С. В*. К вопросу об особенностях раскрытия и расследования преступлений, связанных с использованием средств сотовой связи // Юрид. наука и практика : вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 23. С. 50–54.

[7] О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии терроризму» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер

дерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Перечень ОРМ был дополнен новым оперативно-разыскным мероприятием – «получение компьютерной информации». Очевидно, что законодатель, вводя новое оперативно-разыскное мероприятие, допускает возможность получения «компьютерной информации» с использованием любых технических средств и информационных цифровых технологий. Причем, на наш взгляд, такое ОРМ может быть проведено как гласно, так и негласно, хотя закон требует получение судебного разрешения на его проведение.

Мы разделяем мнение, согласно которому под ОРМ, именуемым «получение компьютерной информации» можно подразумевать любое действие (гласное), совершаемое в сети «Интернет» в рамках производства оперативно-разыскной деятельности по выявлению и раскрытию преступлений[8]. Поддерживаем вывод С. И. Кувычкова о том, что если технические возможности позволяют подтвердить аутентичность информации, представленной в электронном виде, значит, она может иметь доказательственное значение – использоваться в качестве средства доказывания юридически значимого факта. На второй план отходят вопросы, кто, где, когда, как получил эту информацию. Важнее то, что она достоверна и имеет отношение к доказываемым фактам[9].

Мы разделяем мнение, к которому пришли некоторые нижегородские процессуалисты, что в свете развития цифровых технологий и внедрения их во все сферы деятельности и государственного управления целесообразным будем введение в будущий кодекс такого «следственного действия», как получение цифровой информации. Полагаем, что к тому времени проблемы взаимодействия уголовно-процессуального доказывания и оперативно-разыскной деятельности уже не будет.

противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности : федер. закон от 6 июля 2016 г. № 374–ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 28. Ст. 4558.

[8] См.: *Кувычков С. И.* Использование в доказывании по уголовным делам информации, представленной в электронном виде : дис. … канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2016. С. 112–117.

[9] См.: Там же. С. 14.

Нижегородская академия МВД РФ

Муравьев М. В., *адъюнкт кафедры уголовного процесса*

Nizhny Novgorod Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs

Muraviev M. V., *Adjunct of the Criminal Process Department*

E-mail: mmuraviev@mail.ru

УДК 343

Е. А. Новикова, С. Ф. Шумилин

СЛЕДСТВЕННАЯ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ИНТЕГРАЦИЯ ИЛИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ?

Рассматриваются генезис и развитие оперативно-розыскной деятельности, проблемы взаимодействия следственной и оперативно-розыскной деятельности; критически осмысливаются предложения об интеграции этих видов юридической деятельности.
Ключевые слова: следствие, сыск, розыск, оперативно-розыскная деятельность, негласные следственные действия, интеграция, взаимодействие.

INVESTIGATIVE AND OPERATIONAL SEARCH ACTIVITY: INTEGRATION OR INTERACTION?

In article genesis and development of operational search activity, a problem of investigative and operational search activity is considered; offers on integration of these types of legal activity are critically comprehended.
Key words: investigation, search, operational search activity, secret investigative action.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Светлой памяти
Юрия Васильевича Астафьева
посвящается

Изучение российских законов, устанавливающих порядок производства по уголовным делам, позволяет сделать вывод, что до 1860 г. между следственной деятельностью и деятельностью (обыски, сыск, розыск, уголовно-сыскная деятельность), которая в современном законодательстве называется оперативно-розыскной, не существовало четких границ, поскольку и тот и другой вид деятельности осуществлялся одними и теми же должностными лицами[1].

Особенно отчетливо единство следственной деятельности и розыска нашло свое отражение в книге второй Свода законов уголовных 1832 г. «О судопроизводстве по преступлениям». В ст. 767 этой книги было закреплено положение, согласно которому «производство следствия и все меры, к оному относящиеся, принадлежат полиции»[2]. Данная норма была воспроизведена в ст. 883 книги второй Свода законов уголовных 1842 г.[3] и в ст. 3 Свода законов уголовных 1857 г.[4]

---

[1] Подробнее об этом см.: *Власов В. И., Гончаров И. Ф*. Организация розыска преступников в России в IX–XX веках (историко-правовое исследование : в 2 ч. Домодедово, 1997 ; *Матиенко Т. Л.* Российский сыск в IX – первой половине XIX века. Генезис и становление. М., 2010.

[2] Свод законов уголовных. СПб., 1832.

[3] Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Павловича составленный. Законы уголовные. Книга I : О преступлениях и наказаниях вообще. Книга 2 : О судопроизводстве по преступлениям. СПб., 1842.

[4] Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Первого составленный. Том пятнадцатый. Книга первая : Законы уголовные. Книга вторая : Законы о судопроизводстве по делам о преступлениях и проступках. СПб., 1857.

© Новикова Е. А., Шумилин С. Ф., 2018

Приведенные нормы наделяли полицию не только полномочиями по производству следствия, но и полномочиями по производству розыска. Однако регламентация розыскной деятельности полиции, на наш взгляд, была в зачаточном состоянии. Как пишет Т. Л. Матиенко, «…регулирование уголовно-сыскной деятельности полиции в книге второй «О судопроизводстве по преступлениям» Свода законов уголовных 1832 г. можно усмотреть в содержании глав II «Об исследовании происшествия и об осмотре», III «О выемках и обысках в домах», IV «О взятии и представлении обвиняемого к следствию» и V «О пресечении обвиняемым способов уклониться от следствия и суда»[5].

Анализ содержания названных Т. Н. Матиенко глав не дает основания для вывода о том, что следственная и уголовно-сыскная деятельность в Своде законов уголовных была разграничена хотя бы по той причине, что главы II–V, о которых пишет автор, были структурными частями раздела второго «Предварительное следствие». На наш взгляд, к регламентации уголовно-сыскной деятельности с известной долей условности можно отнести ст. 824 Свода законов уголовных 1832 г., согласно которой «первоначальное исследование о происшествиях и преступлениях в уезде производится, за отсутствием чиновников земской полиции, ближайшими сельскими начальниками; они немедленно расспрашивают пойманных в преступлении, а равно беглых и подозрительных людей и отсылают их с допросом, подписанным пойманным своеручно, или, по неумению грамоте, кем-либо другим по его показанию, с обстоятельным описанием всего происшествия и со всем тем, что при пойманном будет найдено, в Земский суд» (ст. 951 Свода законов уголовных 1842 г., ст. 75 Свода законов уголовных 1857 г.).

Как писал А. А. Квачевский (бывший прокурор Кашинского окружного суда, а затем председатель Острогожского окружного суда), на практике смутное понятие придавалось розыску, состоявшему по Сводам законов уголовных из действий не только дознания (дознанием некоторые авторы называли действия, включенные в раздел II «Предварительное следствие»), но и следствия и направленному к открытию виновных[6].

«К розыску, – писал А. А. Квачевский, – стали прибегать в случае важных преступлений, когда открытие виновных считалось необходимым в видах общественной безопасности. В этих случаях формальности, установленные законом для ограды правильности следствия, оказывались на деле слишком тяжелыми, препятствующими обнаружению виновных. Розыск и состоял в таком производстве, при котором закон и формальности уступались в жертву потребности открыть виновных во чтобы то ни стало, если же требования закона не устранялись вполне, то с ними вступали в сделку, более или менее выгодную для удовлетворения означенной потребности. Розыск производился тайно и напоминал собой патриархальный сыск лихих людей. К нему не всегда прилагались правила о предварительном следствии. При розыске производители его нередко брали для допроса всякого, входили в жилища по малейшему сомнению и по собственному усмотрению, иногда арестовывали лиц по всякому подозрению и держали под стражей во время розыска, не отдавая никому отчета в следственных действиях, и не подлежали ответственности за распоряжения свои»[7].

---

[5] *Матиенко Т. Л.* Указ. соч. С. 154.

[6] См.: *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. Теоретическое и практическое руководство. СПб., 1867. Ч. 2. С. 105.

[7] Там же.

Попытка разграничить на законодательном уровне следственную деятельность и розыск впервые, на наш взгляд, была предпринята в Высочайше утвержденном Учреждении судебных следователей от 8 июня 1860 г., в котором провозглашалось отделение следственной власти от полиции (п. 1), а на обязанности полиции было оставлено «только исследование по преступлениям и проступкам маловажным, которые предоставлены разбору и суждению самих полицейских властей, а также и первоначальное дознание о происшествиях, кои могут, по связи с преступлением более важным, подлежать рассмотрению мест судебных» (п. 2)[8].

Пункт 2 Учреждения судебных следователей был конкретизирован во взаимосвязанных нормах Наказа полиции о производстве дознания по происшествиям, могущим заключать в себе преступления или проступки следующего содержания:

– «Дознание заключается в собрании сведений, необходимых для удостоверения в том, что происшествие действительно было и что оно соединено с преступлением или проступком» (п. 3);

– «Для получения сведений и открытия следов преступления или проступка полиции предоставляется расспрашивать всякого, кто может сообщить полезные для следствия сведения, хотя бы он и не имел всех качеств достоверного свидетеля» (п. 5);

– «Расспросы производятся полицией без особых формальностей и записываются подробно только тогда, когда в ответах расспрошенного заключаются сведения, разъясняющие свойство исследуемого происшествия, а равным образом когда были расспрашиваемы лица, явившиеся с повинной или застигнутые при совершении противозаконного действия» (п. 7)[9].

В приведенных нормах еще нет термина «розыск», он появится в Уставе уголовного судопроизводства, однако деятельность полиции, которая осуществлялась в соответствии с закрепленными в них предписаниями, носила розыскной характер.

Официальное разделение следственной деятельности и розыска было закреплено в Уставе уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. (далее – Устав)[10]. Так, в ст. 254 Устава было сформулировано правило, согласно которому «при производстве дознания полиция все нужные ей сведения собирает посредством розысков, словесными расспросами и негласным наблюдением, не производя ни обысков, ни выемок в домах».

Из содержания ст. 254 Устава неясно, в каком соотношении находились дознание и розыск, что послужило поводом для расхождений во взглядах по данному вопросу. Изучение литературы, изданной в период действия Устава, в которой рассматривался вопрос о соотношении дознания и розыска, приводит к выводу, что большинство авторов не разграничивали эти виды деятельности полиции в уголовном судопроизводстве[11].

---

[8] Именной указ, данный Правительствующему сенату 8 июня 1860 г., распубликованный 16 июня // Полн. собр. законов Российской империи. Собр. второе. Т. 35. Отделение первое. СПб., 1860. С. 710.

[9] Там же. С. 725.

[10] Устав уголовного судопроизводства // Свод законов Российской империи. 1892. Т. 16, ч. 1. С. 223–516.

[11] См.: *Квачевский А*. Указ. соч. С. 205 ; *Макалинский П. В*. Практическое руководство для судебных следователей, состоящих при окружных судах. Ч. 2, вып. 1. Изд. пятое (посмертное), доп. В. П. Ширковым. СПб., 1901. С. 31 ; и др.

Вместе с тем член Виленского окружного суда А. А. Соколов полагал, что производство дознания по общему правилу осуществляется только с целью обнаружения преступного характера в происшествии, и все его содержание ограничивается изысканием первых сведений, необходимых для начатия следствия. По поводу розыска А. А. Соколов писал: «Однако же, хотя судебные уставы и не сделали попытки определить современное им понятие о розыске, тем не менее, по многим рассуждениям составителей их, следует признать, что розыск продолжает пониматься нашим законодательством в смысле деятельности, направленной к обнаружению и обличению преступника и к изысканию и собранию улик и доказательств его виновности в совершении преступного деяния, наличность коего в происшествии удостоверена дознанием. Это ясно видно из мотивов к 208 и 448 ст. уст. угол. суд., которые говорят о местном розыске, собирающем улики и доказательства вины или невиновности подсудимого, из мотивов к 510–542 ст., которые говорят о чисто розыскной деятельности следователя по собиранию улик, могущих служить к открытию подозреваемого при производствах следствия по делу…»[12].

В цели настоящей статьи не входит исследование проблем разграничения дознания и розыска по Уставу, поэтому ограничимся замечанием о том, что на практике не произошло реального разграничения предварительного следствия, дознания и розыска. Об этом свидетельствуют результаты работы двух комиссий: учрежденной в 1869 г. для исследования недостатков следственной части[13] и в 1894 г. – по пересмотру законоположений по судебной части[14]. Об этом же писали и ученые тех лет[15].

В конечном итоге в объяснительной записке к проекту новой редакции устава уголовного судопроизводства в разделе «Общие недостатки следственной части и розыска» авторы объяснительной записки отметили в частности: «Общие недостатки, коренящиеся преимущественно в самой постановке следственной части и розыска, сводятся к следующему: 1) неудовлетворительность полицейского розыска; 2) смешение розыска и следствия…»[16].

Соответственно, в книге первой «Порядок производства в окружном суде, судебной палате и Правительствующем сенате» проекта новой редакции устава был самостоятельный раздел второй «О розыске и дознании»[17], а в нем глава вторая «О порядке производства розыска и дознания». Начиналась данная глава статьями следующего содержания:

---

[12] *Соколов А. А.* Практическое руководство для судебных следователей. Вильно, 1891. Т. 1. С. 152.

[13] Материалы для пересмотра законоположений о порядке производства предварительных следствий. Приложение первое. Отчет высочайше учрежденной в 1869 году комиссии для исследования недостатков современного состояния следственной части / издание Министерства юстиции. СПб., 1883.

[14] Материалы по пересмотру законоположений по судебной части, подготовленные комиссией, созданной 7 апреля 1894 г. / издание Министерства юстиции. СПб., 1901.

[15] См.: *Соколов А. А.* Указ. соч. С. 146–177 ; *Даневский В. П.* Наше предварительное следствие : его недостатки и реформа. М., 1895. С. 73–79 ; *Бразоль Б. Л.* Очерки по следственной части. История. Практика. Пг., 1916. С. 49–50 ; и др.

[16] Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Объяснительная записка к проекту новой редакции устава уголовного судопроизводства. Т. 2 : Дознание и предварительное следствие. СПб., 1900. С. 20.

[17] Проект новой редакции устава уголовного судопроизводства, составленный Высочайше утвержденной Комиссией для пересмотра законоположений по судебной части. СПб., 1900. С. 27–39.

«Розыски по обнаружению и расследованию преступных деяний состоят в собирании негласным путем сведений посредством словесных расспросов, справок и наблюдений» (ст. 106);

«Дознание состоит, независимо от розысков, в производстве по правилам, постановленным для предварительного следствия допросов свидетелей, осмотров, освидетельствовании, обысков и выемок…» (ст. 107).

Однако данному проекту не суждено было стать законом, и полное разграничение предварительного следствия и оперативно-розыскной деятельности было достигнуто лишь в уголовном процессе советского периода.

В УПК РСФСР 1922 и 1923 гг. не было никаких упоминаний об оперативно-розыскной деятельности и об использовании ее результатов в уголовном процессе. Исключением можно считать ст. 98 УПК РСФСР 1922 г. и ст. 93 УПК РСФСР 1923 г., согласно которым «анонимные заявления могут служить поводом к возбуждению уголовного преследования только после предварительной *негласной* (выделено нами. – *Авт*.) проверки их органами дознания».

В УПК РСФСР 1960 г. были обозначены две точки соприкосновения следственной и оперативно-розыскной деятельности.

Так, в ч. 1 ст. 118 УПК РСФСР 1960 г. была закреплена норма, согласно которой «на органы дознания возлагается принятие необходимых *оперативно-розыскных* (выделено нами. – *Авт.*) и иных, предусмотренных уголовно-процессуальным законом мер в целях обнаружения преступлений и лиц, их совершивших». Кроме того, в ч. 4 ст. 119 УПК, которая регламентировала деятельность органов дознания по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно, содержалось следующее предписание: «После передачи дела следователю орган дознания может производить по нему следственные и розыскные действия только по поручению следователя. В случае передачи следователю дела, по которому не представилось возможным обнаружить лицо, совершившее преступление, орган дознания продолжает принимать *оперативно-розыскные меры* (выделено нами. – *Авт.*) для установления преступника, уведомляя следователя о результатах».

Поскольку порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий до 1992 г. был установлен нормативными актами с грифами «для служебного пользования», «секретно» и «совершенно секретно», а результаты оперативно-розыскных мероприятий оформлялись в виде справок, постольку содержащиеся в них сведения могли быть использованы только в качестве ориентирующей информации[18].

Сфера взаимодействия следственной и оперативно-розыскной деятельности существенно расширилась с принятием Закона РФ от 13 марта 1992 г. № 2506-1 «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации», а затем Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»[19].

Однако при этом в теории уголовного процесса и практике оперативно-розыскной деятельности вопрос о пределах использования результатов оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД) не нашел однозначного решения.

Поиск решения вопроса об использовании в уголовном процессе результатов ОРД привел законодателей ряда стран ближнего зарубежья к выводу о том, что

---

[18] Подробнее см.: *Бедняков Д. И*. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1981. С. 68–126.

[19] Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 17. Ст. 892 ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

оптимальным решением является интеграция следственной и оперативно-розыскной деятельности. Принятое решение реализовано путем включения в уголовно-процессуальные кодексы: оперативно-розыскных мероприятий (глава 3.1 УПК Эстонии в редакции от 29.06.2012); специальных следственных действий (глава 11 Уголовно-процессуального закона Латвийской Республики в редакции от 21.04.2005); специальной розыскной деятельности (ч. 5 главы III УПК Республики Молдова в редакции от 05.04.2012); негласных следственных (розыскных) действий (глава 21 УПК Украины 2012 г.); тайных следственных действий (глава XVII УПК Грузии 2014 г.); негласных следственных действий (глава 30 УПК Республики Казахстан 2014 г.).

В российской юридической науке включение в УПК зарубежных стран негласных следственных действий[20] не прошло незамеченным и послужило основанием для обсуждения целесообразности дополнения такого рода действиями УПК РФ.

Так, А. Н. Соколов утверждает, что внутренняя безопасность в стране резко ухудшилась и продолжает оставаться сложной, поэтому для исправления сложившейся ситуации необходимо использовать современный опыт зарубежных стран. Логическим завершением таких рассуждений является обоснование (со ссылкой на законодательство европейских государств и США) необходимости скорейшего признания законности производства специальных (особых) следственных действий, процессуальный порядок которых должен быть определен в УПК РФ[21].

Особый интерес у представителей науки уголовного процесса вызвал институт негласных (розыскных) следственных действий в УПК Украины. По мнению ряда авторов, в главе 21 УПК Украины негласные разведывательные мероприятия реализованы «наиболее последовательно и глубоко»[22].

Как пишет Н. Н. Ковтун, «категорически отказавшись от бесчисленных российских дискуссий о принципиальной неприемлемости для процесса доказывания данных, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, и, соответственно, императивной необходимости «легализации», «интерпретации», «представления» указанных данных пользования непосредственно в уголовно-процессуальном доказывании, украинский законодатель решил этот «практически неразрешимый вопрос и кардинально, и качественно»[23].

Диаметрально противоположную позицию по вопросу включения в УПК РФ негласных следственных действий занимал Ю. В. Астафьев. В своей статье о проблемах включения оперативно-розыскных мероприятий в УПК РФ автор по результатам краткого обзора зарубежного законодательства, предусматривающего производство таких действий, пришел к выводу, что «движение по этому пути – это движение в направлении разрушения уголовного процесса как системы. Если для западных правовых семей проблема не возникает именно в силу структуры уго-

---

[20] Термином «негласные следственные действия» в статье обозначаются все названные выше действия, закрепленные в УПК зарубежных стран.

[21] См.: *Соколов А. Н.* К вопросу о специальных следственных действиях // Законы России : опыт, анализ, практика. 2011. № 2. С. 59–64.

[22] *Попов А. П., Попова И. А., Зинченко И. А*. Проблемы интеграции розыскных начал в стадии предварительного расследования // Уголовный процесс России. Проблемные лекции : учеб. пособие (для студентов высших юрид. учеб. заведений) / науч. ред. В. Т. Томин, А. П. Попов, И. А. Зинченко. Пятигорск, 2014. С. 403.

[23] *Ковтун Н. Н*. Негласные следственные (розыскные) действия УПК Украины как легитимные процессуальные средства доказывания // Уголовное судопроизводство. 2013. № 4. С. 26.

ловного процесса, то включение в процессуальную, строго регламентированную форму расследования «специальных» следственных действий, проводимых даже не самим субъектом доказывания, а лицами, которые получают его полномочия на время, явление опасное во всех отношениях. Это касается и прав личности в уголовном процессе, и соблюдения процессуальных гарантий, и реализации принципов уголовного процесса, и в конечном счете эффективности судопроизводства»[24].

Мы не разделяем опасений Ю. В. Астафьева о том, что включение в уголовно-процессуальное законодательство «специальных» следственных действий повлечет за собой разрушение уголовного процесса как системы. Однако целесообразность закрепления в УПК РФ такого рода действий, вызывает серьезные сомнения, которые возникают в процессе изучения закрепленных в УПК Украины негласных следственных (розыскных) действий.

Во-первых, возникают сомнения, что следователи обладают навыками производства таких закрепленных в УПК Украины негласных следственных (розыскных) действий, как аудио-, видеоконтроль лица (ст. 260); снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей (ст. 263); снятие информации с электронных информационных систем (ст. 264); установление местонахождения радиоэлектронного средства (ст. 265 УПК Украины); наблюдение за лицом, вещью или местом (ст. 269); аудио-, видеоконтроль места (ст. 270); контроль за совершением преступления (ст. 271); выполнение специального задания по раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации (ст. 272).

Наиболее отчетливо декларативность утверждений о том, что негласные следственные (розыскные) действия могут проводить следователи, проявляется применительно к такому действию, как «наблюдение за лицом, вещью или местом» (ст. 269).

Содержание ст. 269 УПК Украины вызывает вопрос, насколько реально проведение непосредственно следователем закрепленного в ней негласного следственного (розыскного) действия.

Вопрос скорее риторический, поскольку трудно представить себе наблюдение, осуществляемое следователем, например за каким-либо участником досудебного расследования по уголовному делу, находящемуся в производстве этого же следователя. Абсурдность такой ситуации настолько очевидна, что обсуждение вопроса об осуществлении следователем наблюдения за лицом как негласного следственного (розыскного) действия не имеет смысла. Это же относится и к гипотетическому наблюдению следователя за вещью и местом в режиме негласного следственного (розыскного) действия, поскольку практически не поддается объяснению смысл такого наблюдения.

В комментарии к ст. 269 УПК Украины совершенно справедливо отмечено: «Как свидетельствует анализ оперативно-розыскной практики, *для получения необходимых результатов от указанного мероприятия необходимо владеть определенными профессиональными способностями* (выделено нами. – *Авт*.), которые десятилетиями накапливались в подразделениях, обслуживающих оперативные подразделения субъектов оперативно-розыскной деятельности, обеспечивая их необходимой информацией, имеющей не только доказательное, но и ориентировочное значение. Специфика (повышенный уровень конфиденциаль-

[24] *Астафьев Ю. В*. «Специальные» следственные действия : к проблеме включения оперативно-розыскных мероприятий в УПК РФ // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2013. № 1. С. 303.

ности) существования и использования указанных подразделений также оправдывается условиями противодействия преступной деятельности»[25].

Очевидно, что следователи не владеют профессиональными способностями по осуществлению наблюдения за лицом, вещью и местом фактически в режиме оперативно-розыскного мероприятия, и поэтому их полномочие на проведение негласного следственного (розыскного) действия, предусмотренного ст. 269 УПК Украины, ограничено получением определения следственного судьи или вынесением собственного постановления о наблюдении в порядке, предусмотренном ч. 2 и 3 этой статьи.

Непосредственными исполнителями в данном случае будут специализированные подразделения в составе государственных органов, перечисленных в ч. 6 ст. 246 УПК Украины и наделенных полномочиями на проведение негласных следственных (розыскных) действий.

Как пишет М. Л. Грибов, «с теоретической и практической точки зрения осуществление негласного наблюдения специально предназначенными для этого подразделениями является наиболее эффективным, хотя и менее экономичным. Сотрудники криминальной милиции применяют его лично, когда необходимо немедленно предотвратить преступление или раскрыть его, а привлечение к наблюдению сил и средств специализированного подразделения невозможно. Негласное наблюдение как негласное следственное действие также целесообразно организовывать силами специального подразделения. Ведь следователь не имеет для этого ни времени, ни средств, ни профессиональных навыков»[26].

Во-вторых, сомнение в том, что следователи могут проводить перечисленные действия, подкрепляется отсутствием в перечисленных статьях УПК Украины процедурных предписаний, т. е. отсутствие механизма их реализации. Яркой иллюстрацией этого суждения является ст. 263 УПК Украины «Снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей», в которой: а) указано, что снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей является разновидностью вмешательства в частное общение, которое проводится без ведома лиц, использующих средства телекоммуникации для передачи информации, которое проводится на основании определения следственного судьи (ч. 1); б) установлены дополнительные требования к определению следственного судьи (ч. 2); в) указаны способы снятия информации с транспортных телекоммуникационных сетей (ч. 3).

Особый интерес представляет ч. 4, содержание которой, по сути, дезавуирует утверждение о том, что данная статья регламентирует снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей, поскольку в ней закреплено следующее положение: «Снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей возлагается на уполномоченные подразделения органов внутренних дел и органов безопасности».

Относительно регламентации негласных следственных (розыскных) действий ничего не проясняет и Закон Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 апреля 2017 г. (далее – Закон об ОРД), поскольку в его статьях содержатся ссылки на вышеперечисленные статьи УПК Украины. Отсюда следует вывод: порядок проведения негласных следственных (розыскных) действий, а также ана-

[25] Уголовно-процессуальный кодекс Украины : науч.-практ. комментарий / отв. ред. С. В. Кивалов, С. Н. Мищенко, В. Ю. Захарченко. Харьков, 2013. С. 580.

[26] *Грибов М. Л.* Визуальное наблюдение как оперативно-розыскное мероприятие и негласное следственное (розыскное) действие // APRIORI. Серия: Гуманитарные науки. 2014. № 2. С. 4.

логичных оперативно-розыскных мероприятий, регулируется ведомственными нормативными актами с грифами «для служебного пользования», «секретно» и «совершенно секретно». Иначе говоря, проведение перечисленных действий не рассчитано на следователей. Косвенным подтверждением тому является определение в ч. 1 ст. 246 УПК Украины негласных следственных (розыскных) действий как разновидности следственных (розыскных) действий, *сведения о факте и методах проведения которых не подлежат разглашению* (выделено нами. – *Авт*.).

Таким образом, в реальной действительности следователи могут быть лишь инициаторами производства перечисленных действий как это и предусмотрено ч. 6 ст. 246 УПК Украины, согласно которой проводить негласные следственные (розыскные действия) имеет право как следователь, так и по его поручению – уполномоченные оперативные подразделения органов внутренних дел, органов безопасности и т. д.

В-третьих, возникает неопределенность относительно использования следователями результатов проведенных по его поручению негласных следственных (розыскных) действий. По логике вещей протоколы о проведении негласных следственных (розыскных) действий составляют непосредственные исполнители: в данном случае – это оперативные работники и они, согласно ч. 3 ст. 252 УПК Украины, обязаны не позднее чем через 24 часа с момента прекращения негласных следственных (розыскных) действий передать протоколы прокурору.

В п. 4.4 Инструкции об организации проведения негласных следственных (розыскных) действий и использования их результатов в уголовном производстве от 16 ноября 2012 г. закреплено положение, согласно которому «прокурор, который осуществляет процессуальное руководство, при необходимости дает указание режимно-секретному органу ознакомить следователя с протоколом и приложениями о результатах негласного следственного (розыскного) действия».

Приведенное положение вызывает ряд вопросов: а) может ли следователь в процессе ознакомления с протоколами делать из них выписки; б) если негласное следственное (розыскное) действие проводил сам следователь, то почему он должен знакомиться с протоколом им же составленным; в) может ли следователь оставить в уголовном деле копию составленного им протокола; г) может ли следователь излагать сведения, полученные при ознакомлении с протоколами, в составляемых в последующем процессуальных документах (например, в уведомлении о подозрении, обвинительном акте и др.)?

По логике вещей ответы на возникшие вопросы должны содержаться в ст. 256 УПК Украины, которая называется «Использование результатов негласных следственных (розыскных) действий в доказывании». Однако это далеко не так, в чем убеждает содержание данной статьи:

«1. Протоколы проведения негласных следственных (розыскных) действий, аудио- или видеозаписи, фотоснимки, иные результаты, добытые с помощью применения технических средств, изъятые в ходе их проведения вещи и документы или их копии могут использоваться в доказывании на тех же основаниях, что и результаты проведения иных следственных (розыскных) действий в ходе досудебного расследования.

2. Лица, проводившие негласные следственные (розыскные) действия или привлеченные к их проведению, могут быть допрошены как свидетели. Допрос этих лиц может происходить с сохранением в тайне сведений об этих лицах и с применением в отношении их соответствующих мер безопасности, предусмотренных законом.

3. В случае использования для доказывания результатов негласных следственных (розыскных) действий могут быть допрошены лица, по поводу действий или контактов которых проводились такие действия. Такие лица уведомляются о проведении негласных следственных (розыскных) действий только в отношении их в срок, предусмотренный статьей 253 настоящего Кодекса, и в том объеме, который затрагивает их права, свободы или интересы».

Содержание приведенной статьи вызывает вопрос: так что же в конечном счете является доказательством – протокол негласного следственного (розыскного) действия или показания его участников?

Приведенные соображения, которые не являются исчерпывающими и бесспорными дают основание для вывода, что дублирование в УПК Украины оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных Законом Украины «Об оперативно-розыскной деятельности», не повлекло за собой существенных изменений в получении процессуально значимых сведений.

Отсюда следует также вывод, что если возникает вопрос относительно выбора между интеграцией следственной и оперативно-розыскной деятельности или взаимодействием между ними, предпочтение целесообразно отдать второму варианту. Подтверждением тому является несколько десятков тысяч приговоров, апелляционных и кассационных решений, размещенных на сайте «Судебные и нормативные акты РФ»[27], в которых безукоризненно использованы в качестве доказательств результаты оперативно-розыскной деятельности.

В заключение считаем уместным привести слова, сказанные А. А. Соколовым по поводу смешения предварительного следствия: «…требовать от одного и того же лица, чтобы оно с одинаковым успехом занималось как розыском, так и следствием, значит требовать, чтобы лицо это совмещало в себе такие качества и способности, которые прямо противоположны, исключают друг друга; наконец, нельзя не признать, что заставить одно и тоже лицо заниматься одновременно как розыском, так и следствием – значит заставить его служить двум богам, а результаты такой службы общеизвестны»[28].

---

[27] URL: http://www.sudact.ru (дата обращения: 29.02.2018).

[28] *Соколов А. А.* Практическое руководство для судебных следователей. Вильна, 1891. Т. 1. С. 164.

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Новикова Е. А., *кандидат юридических наук,*
начальник кафедры уголовного процесса

Шумилин С. Ф., *доктор юридических наук,*
профессор кафедры уголовного процесса

Belgorod Law Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs
named after I. D. Putilin

Novikova E. A.*, Candidate of Legal Sciences,*
Head of the Criminal Process Department
E-mail: k_uproc.belui@mvd.ru

Shumilin S. F.*, Doctor of Legal Sciences,*
Professor of the Criminal Process Department
E-mail: sergejshumilin@yandex.ru

УДК 343

Н. К. Панько

ПРОБЛЕМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Статья посвящена проблеме использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе и специфике участия адвоката-защитника в доказывании по уголовному делу. Анализируются законодательство, судебная практика, точки зрения на вышеуказанные проблемы различных ученых с целью уяснения должного соотношения результатов ОРД и доказательств по уголовному делу, а также пределы полномочий и возможностей участников уголовного процесса в доказывании.
Ключевые слова: уголовное судопроизводство, процесс доказывания, результаты оперативно-розыскной деятельности.

PROBLEM OF USE OF RESULTS OF OPERATIONAL SEARCH ACTIVITY IN CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS

The article is dedicated to the problem of use of investigative work results in the criminal process and to the specificity of the counsel's participation in the proof of a criminal case. Analyzed fields are the legislation, judicial practice, scholars' viewpoints on the above problems for clarification of titular balance of investigation results and criminal case proofs, authority and ability limits in the proof of the criminal case.
Key words: criminal procedure, process of proof, investigative proof results, counsel's participation.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В соответствии с п. 36.1 ст. 5 УПК РФ под результатами оперативно-розыскной деятельности понимаются сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»[1], о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

Оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», в пределах их полномочий, посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Оперативно-розыскная деятельность основывается на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также на принципах конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при

[1] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 06.07.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

© Панько Н. К., 2018

осуществлении правосудия» в п. 14 указано: «Поскольку ограничение права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений допускается только на основании судебного решения, судам надлежит иметь в виду, что в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» проведение оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих указанные конституционные права граждан, может иметь место лишь при наличии у органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно; о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно. Обратить внимание судов на то, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционных прав граждан могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством»[2]. Здесь надо обратить внимание на то, что результаты ОРД *могут быть* использованы в качестве доказательств по уголовному делу, а не являются доказательствами автоматически.

В определении Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. сделан аналогичный вывод: собирание, проверка и оценка доказательств возможна лишь в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом. Все собранные по делу доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке со стороны лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда. Следовательно, результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, т. е. так как это предписывается ст. 49 (ч. 1) и 50 (ч. 2) Конституции РФ[3].

В ст. 8 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» определены условия проведения оперативно-розыскных мероприятий. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий (включая получение компьютерной информации) с обязательным уведомлением судьи (суда) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого ОРМ либо прекратить его проведение. Далее в законе обозначается, что в случае возбуждения уголов-

[2] О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 (с изм. от 06.02.2007, 16.04.2013, 03.03.2015). URL: ппвс.рф/1995/postanovlenie-plenuma-vs-rf|N08-ot-31.10.1995.html

[3] По жалобе граждан М. Б. Никольской и М. И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституц. Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-0 // Электронная библиотека sudbiblioteka.ru

ного дела в отношении лица, телефонные и иные переговоры которого прослушиваются в соответствии с законом, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Дальнейший порядок их использования определяется уголовно-процессуальным законодательством РФ.

В Законе об «Оперативно-розыскной деятельности» в ст. 11 указано, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий; результаты ОРД могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, и в иных случаях, установленных настоящим федеральным законом. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, налоговому органу или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. С целью разъяснения положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» принята Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд от 27 сентября 2013 г. В п. 20 Инструкции зафиксировано, что результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств; содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на оперативно-розыскные мероприятия, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе[4].

В соответствии с вышеизложенными положениями законов, подзаконного акта и судебной практики можно прийти к выводу, что результаты ОРД:

– могут выступать предпосылкой проведения следственных (процессуальных) действий;

– использоваться для обоснования проведения следственных (процессуальных) действий, а значит, и принятия на их основе процессуальных решений;

– использоваться в качестве доказательств по уголовному делу.

Анализируя вышеуказанную проблему, следует прийти к следующему заключению. В теории, законодательстве и на практике не выработано единого, комплексного подхода к разрешению проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам.

В УПК РФ закреплен алгоритм доказывания, который состоит из трех этапов. Первый – собирание – состоит в производстве следственных и иных процессуальных действий; собирании и предоставлении письменных документов и предметов для приобщения их в качестве доказательств по уголовному делу; получении предметов, документов, иных сведений; опросе лиц с их согласия; истребовании справок, характеристик и иных документов или их копий. Второй этап состоит в

[4] Об утверждении Инструкции о порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : утв. совместным приказом МВД России, МО России, ФСБ России, ФСО России, ФТС, СВР России, ФСИН, ФСКН России от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68) // Рос. газета. 2013. 13 дек.

проверке доказательств путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, установления их источника, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. И, наконец, завершающий доказывание этап – оценка доказательств. Оценка доказательств подчинена правилам, установленным ст. 88 УПК РФ, а именно: каждое доказательство оценивается с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела.

В УПК РФ (ст. 89) закреплено, что в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, которые предъявляются к доказательствам.

Исходя из буквы закона, результаты оперативно-розыскной деятельности должны отвечать следующим требованиям:

1) относимости, т. е. иметь прямое или косвенное отношение к предмету доказывания (обстоятельствам, подлежащим доказыванию);

2) допустимости, т. е соответствовать установленному законом порядку их получения, с обязательным соблюдением процессуальной формы. Они должны быть получены из источников, установленных уголовно-процессуальным законом, и в соответствии с предусмотренными им способами. В ч. 2 ст. 74 УПК РФ среди приведенных конкретных носителей информации, которые допускаются в качестве доказательств по уголовному делу, отсутствует указание на результаты оперативно-розыскной деятельности. В противном случае должно действовать положение ст. 75 УПК РФ о недопустимости доказательств. Этому требованию результаты ОРД не могут отвечать, так как они получаются не из источников, установленных УПК РФ, а из источников, установленных Законом об «Оперативно-розыскной деятельности». Способами их получения являются оперативно-розыскные мероприятия, а не следственные или судебные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом;

3) достоверности результатов ОРД. Если допустимость отражает формальную сторону доказательства, то достоверность – его содержательную сторону, т. е. доказательство должно соответствовать тому, что произошло в действительности. Достоверность определяется в результате установления всех обстоятельств дела, проверки каждого доказательства, их оценки в совокупности с другими доказательствами (ч. 1 ст. 17 УПК РФ). В совокупности результаты ОРД должны быть достаточными. Возникает вопрос, на каком этапе доказывания можно утверждать, что доказательство обладает всеми перечисленными качествами? При составлении обвинительного заключения следователь опирается на относимые, допустимые, достоверные и достаточные доказательства (с его точки зрения), но окончательную оценку им дает суд при постановлении обвинительного или оправдательного приговора. Получается, данная характеристика доказательств не подходит результатам оперативно-розыскной деятельности. Существует несколько обсуждаемых точек зрения на проблему соотношения результатов оперативно-розыскной деятельности и уголовно-процессуального доказывания.

1. Согласно позиции некоторых авторов (В. М. Егоршина, В. В. Зорина), возможно использовать оперативно-розыскные документы в качестве доказательств в виде иных документов в уголовном судопроизводстве[5]. В этом случае получает-

[5] См.: *Васильев Н. Н., Егоршин В. М., Зорин В. В*. Соотношение оперативно-розыскной информации и доказательств в уголовном судопроизводстве // Основы оперативно-розыскной деятельности : учеб. для юрид. вузов / под ред. В. Б. Рушайло. 4-е изд., стер. СПб., 1999. С. 644–652.

ся слияние двух видов деятельности (оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной), возможность подмены одного вида деятельности другим. Подобная мимикрия, когда результаты ОРД «прикидываются» доказательствами, не должна быть допустимой. Результаты соответствующего оперативно-розыскного мероприятия не могут изменить свой статус (результатов ОРД) и механически трансформироваться в доказательства. При формировании доказательств на основе результатов ОРД происходит не изменение правового статуса результатов ОРД, а получение новых данных – доказательств[6]. Теория автоматического перехода результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывание по уголовному делу (возможность/необходимость использования оперативно-розыскной информации, так как это заложено в правовую природу уголовного процесса) несостоятельна по следующим основаниям:

а) у результатов ОРД и доказательств по уголовному делу различная гносеология (источники, формы и методы познания; условия достоверности и истинности познания); т. е. их происхождению предшествуют различные виды познавательной деятельности;

б) различные цели и задачи, решаемые в ходе познавательной деятельности; средства и способы;

в) различная правовая база;

г) различный субъектный состав.

2. Рассматривать результаты, полученные в ходе проведения ОРМ, как повод для возбуждения уголовного дела. Сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников (кроме заявления о преступлении и явки с повинной) принимается лицом, получившим данное сообщение, о чем составляется рапорт об обнаружении признаков преступления (ст. 143 УПК РФ). Перечень иных источников законом не установлен, поскольку содержащаяся в них информация в результате проверки преобразуется в сведения, закрепляемые в рапорте об обнаружении признаков преступления. Оперативные работники допрашиваются следователем в качестве свидетелей, и эти протоколы допроса являются доказательствами по уголовному делу.

3. Результаты оперативно-розыскной деятельности допустимо рассматривать лишь в качестве основы, на которой в уголовном судопроизводстве могут быть сформированы доказательства[7]. Здесь обнаруживается следующая проблема. После собирания информации (формирования доказательств), необходимо все проверить и оценить. В законе указано, что вся *собранная ОРД информация* (ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности») подлежит тщательной, всесторонней и объективной проверке со стороны лица, производящего дознание, следователя и суда. *Проверку и оценку доказательств* (ст. 87–88 УПК РФ) осуществляют дознаватель, следователь, прокурор и суд. То есть участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения, в первую очередь суд. Они устанавливают наличие или отсутствие оснований для производства следственных и судебных действий, принимают решение об их производстве, на них лежит обязанность формировать, проверять и оценивать доказательства, принимать промежуточные и итоговые решения с целью установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Невластные субъекты уголовного судопроизводства

[6] См.: *Доля Е. А*. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2013. С. 76–77.

[7] См.: Там же. С. 341.

со стороны обвинения и защиты не осуществляют доказывание, но принимают в нем активное участие[8]. Соглашаясь с предложенной классификацией участников уголовного судопроизводства, точнее уголовно-процессуального доказывания (властные и невластные субъекты), следующие мысли представляются сомнительными. «Закон наделил их (***невластных субъектов***. – Здесь и далее выделено нами. – *Н. П.*) необходимыми правами и предусмотрел соответствующие уголовно-процессуальные формы, которые позволяют оказывать им существенное влияние на ход, содержание и результаты процесса доказывания. Указанные субъекты уголовного судопроизводства участвуют в доказывании посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с доказыванием. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять данным субъектам их права, в том числе и связанные с участием в доказывании, и обеспечить возможность их осуществления. ***Отсутствие в ст. 87 и 88 УПК РФ указания на участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты объясняется законодательной техникой, а не тем, что данные субъекты не участвуют в проверке и оценке доказательств***. Приведенные нормы следует рассматривать и толковать не изолированно, а в системной связи с другими нормами УПК РФ, регулирующими, например, права данных групп участников, позволяющими им участвовать не только в собирании, но и в проверке и оценке доказательств на предварительном расследовании и в суде»[9].

Данная позиция представляется неверной, так как очевидным остается следующее: вне зависимости от того, проверяют ли они или оценивают доказательства, это никаких правовых последствий не имеет. Так как только от волеизъявления властных субъектов, которые указаны в ст. 86–88 УПК РФ, зависит, получит та или иная информация статус доказательства или нет. Это касается утверждения по поводу активного участия в доказывании участников уголовного судопроизводства со стороны защиты[10]. Данный тезис не соответствует действительности. Участие, вне всякого сомнения, может быть очень активным, только результат этой активности нулевой. Это подтверждается следственно-судебной практикой. Но профессиональному обвинению может противостоять только профессиональная защита. В этом вопросе нас интересует адвокат-защитник. Исходя из законодательных требований, предъявляемых к адвокату, необходимо прийти к определенному однозначному выводу. Это – полноценный правовой игрок, который в уголовном процессе Российской Федерации имеет весьма ущербный инструментарий для профессиональной защиты. Его знание закона и следственно-судебной практики часто на порядок выше знаний его оппонента на предварительном расследовании. Генеральный прокурор Российской Федерации Ю. Я. Чайка отметил: «Если 20–25 лет назад следователь и преступник – это борьба интеллектов, то сейчас все очень просто… И наступает деградация… К сожалению, для многих наших следователей сегодня уголовно-процессуальное законодательство, нормы материального права – это космос»[11].

В соответствии с принципами состязательности и равноправия сторон, у стороны защиты должно быть такое же количество и качество правовых средств обеспе-

[8] См.: *Доля Е. А*. Указ. соч. С. 90–91.

[9] Там же. С. 91.

[10] См.: Там же.

[11] *Чайка Ю. Я.* Своими словами // Комсомольская правда. 2018. 1–8 марта.

чения отстаивания своей позиции, как и у стороны обвинения. Но стоит задуматься о реализации этих принципов, как становится совершенно очевидно, что логика уголовного процесса изначально подразумевает некоторое неизбежное процессуальное и фактическое неравенство сторон защиты и обвинения. Действительно, государство в лице уполномоченных органов и должностных лиц – профессионалов в сфере уголовного процесса – выдвигает и поддерживает обвинение против частного лица[12]. Следует согласиться с тем утверждением, что фактические возможности стороны защиты всегда меньше, чем у стороны обвинения – она изначально находится в ущемленном положении, что является результатом естественного положения вещей[13]. Но это должно касаться собирания доказательств, а не их проверки. Процедура проверки любой информации, в том числе добытой в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, должна быть состязательной. Это позволит держать полученные сведения под каким-либо контролем и видеть их не только с точки зрения участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения. Если используется в деле личность штатного негласного сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность и т. п. (ст. 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), что является предметом государственной тайны, то у адвоката в соответствии с ч. 5 ст. 49 отбирается подписка об их неразглашении. Существует проблема недобросовестных адвокатов-защитников, учитывая их тесное общение с преступным миром. Противовесом является дисциплинарная и уголовная ответственность адвокатов. Следователи тоже бывают разные, оперативные работники тем более, учитывая специфику их профессиональной деятельности, способы и методы добычи информации. Ими используется шантаж, провокация, использование «подсадных уток» в камерах, прослушивание телефонных переговоров, получение информации от лиц, которые являются анонимными осведомителями и т. д. То есть информация добывается путем обмана, хитрости, уловок, ложных обещаний, угроз, любых других действий, ущемляющих свободу воли лиц, к которым они применяются[14]. Происходит упование на суд как на орган государственной власти, разрешающий уголовные дела по существу. Но нельзя не сказать о том, как, точнее из кого, происходит формирование судейского сообщества в нашей стране. Это – бывшие прокурорские работники, секретари суда, помощники судей. То есть на замещение должности судьи приходят лица, обремененные обвинительным уклоном со всеми вытекающими последствиями. Все вышеперечисленное не соотносится ни с принципом состязательности в уголовном процессе, ни с построением качественной правоприменительной системы, которая является признаком правового государства.

Противоречивое законодательство порождает противоречивую практику использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам, имеет своим неизбежным последствием нарушение прав и свобод граждан, незащищенность личности от произвола оперативных работников, с одной стороны, и уязвимое положение граждан от преступных посягательств – с другой. Без деятельности оперативных работников нельзя не только раскрыть, но и предотвратить ни одно серьезное преступление. Поэтому результат их работы, трудной и опасной, не должен пропадать втуне, рассыпаясь на «молекулы» на предварительном расследовании или в суде. Но сомнительные методы «ведения

[12] См.: Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головко. М., 2016. С. 367.

[13] См.: Там же. С. 368.

[14] См.: Там же. С. 454–455.

войны» оперативных работников (например, провокация, несанкционированное прослушивание телефонных переговоров, подбрасывание наркотических средств, фальсификация результатов оперативно-розыскной деятельности), к сожалению, тоже хорошо знакомы. Здесь нужно отметить известную «палочную» систему, которая искажает всю правоприменительную деятельность: оперативную, следственную, прокурорскую и судебную. Правоохранительная и судебная системы, к сожалению, давно стали «притчей во языцех», где фамилии добросовестных работников, судей, имеющих гражданское мужество (по существу, хранящих судейскую честь, а не имеющих практику быть удобным системе) выносить оправдательные приговоры – передаются из уст в уста. Эти профессионалы – аутсайдеры среди своих же коллег. В борьбе за итоговые показатели, статистику и рейтинги нарушается закон, ломаются люди, их жизни не в переносном, а в прямом смысле. Для преодоления сложившейся ситуации, нужно очень многое, но начинать следует с высококачественной, согласованной между собой, эффективной правовой базы.

Воронежский государственный университет

Панько Н. К., *кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса*

Voronezh State University

Panko N. K., *Candidate of Legal Sciences,*
Associate Professor of the Criminal Process Department
E-mail: nkpanko@mail.ru

УДК 343

А. В. Победкин

ТАЙНОЕ ПРОНИКНОВЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОТКРЫТУЮ ДВЕРЬ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Обосновывается позиция о размывании уголовно-процессуальной формы категориями оперативно-розыскной деятельности при отсутствии для этого оснований. Результаты оперативно-розыскной деятельности сегодня могут беспрепятственно использоваться в уголовном процессе, хотя для этого нет правовых оснований.
К л ю ч е в ы е с л о в а: результаты оперативно-розыскной деятельности, доказательства, допустимость результатов оперативно-розыскной деятельности.

SECRET PENETRATION OF OPERATIVE-SEARCH ACTIVITY IN THE OPEN DOOR OF CRIMINAL PROCEEDINGS

The article justifies the position on the erosion of the criminal procedural form by the categories of operational-search activity in the absence of grounds for this. The results of the operational-search activity can now be used without hindrance in the criminal process, although there is no legal basis for this.
K e y w o r d s: results of operative-search activity, evidence, admissibility of the results of operational-search activity.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Человечество не учится на ошибках прошлого, готово неоднократно наступать на одни и те же грабли, ему не нужен «опыт, сын ошибок трудных» и «труд упорный ему … тошен». Это ясно по модному «тренду» (по-русски – основному направлению) на упрощение уголовного процесса по образцу стран, которые принято именовать «цивилизованными» (будто бы мы живем в стране нецивилизованной), до сегодняшнего дня невыразимо притягательного. Более того, не придется долго искать научные работы, в которых необходимость реформы отечественного уголовного судопроизводства аргументируется новым законодательством уже и государств постсоветского пространства, якобы оттеняющим отсталость отечественного уголовно-процессуального права.

Печальный отечественный опыт произвола по упрощенным процессуальным процедурам почти забыт. Особенности национального характера, в числе которых – стремление к истине, «глубокий инстинкт истины»[1] не учитываются. Результаты подлинно научных (не в пример ряду современных) работ ученых советского периода (М. С. Строгович, Л. Д. Кокорев, Э. Ф. Куцова, В. З. Лукашевич и др.), доказывавших важность развернутых процессуальных гарантий, востребованы все меньше. Уже и приводить их в учебно-методической литературе – плохой тон: устарели. Студенты должны читать только современную литературу, вне зависимости от качества. Как будто классика может устареть!

Было бы неразумно отрицать, что уголовное судопроизводство должно быть эффективным, рациональным, по возможности «скорым». Однако для чего нужен

[1] *Белинский В. Г.* Письмо к Н. В. Гоголю // Избранные статьи. Л., 1975. С. 162.

© Победкин А. В., 2018

суд, который не исследует доказательств, вероятно, перестанет мотивировать решения, постановленные даже по результатам судебного разбирательства в общем порядке[2].

Более чем по 70 % уголовных дел в стране приговоры постановляются в условиях, недостойных для судебного разбирательства. Ясно, что суду доверено принятие решений о виновности и (или) невиновности не потому, что он квалифицированнее прокурора, а по причине рассмотрения уголовного дела в условиях процессуальных гарантий, обеспечивающих правильный результат. Если таких условий нет, то решение судьи не вызывает доверия.

Проверка доказательств признана излишней при производстве дознания в сокращенной форме. Дверь открыта: не исключено, что эту обременительную обязанность законодатель снимет и со следователя.

Какой смысл в обвинительных заключениях, приговорах, если законодатель позволяет назначать судебный штраф (не уступающий по жесткости наказанию) без этих, похоже «отживающих, формальностей». Скоро число лиц, признанных виновными без приговоров и, по сути, подвергнутых наказанию, многократно увеличится в связи с перспективой введения в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство уголовного проступка.

Повальное упрощенчество выглядит странным на фоне незыблемости особого порядка уголовного судопроизводства в отношении отдельных категорий лиц. Если в отношении этих «отдельных категорий» (к которым теперь фактически отнесены и предприниматели) справедливость не способны обеспечить даже обычные судебные процедуры, то как же ее можно обеспечить в отношении «обычных категорий» в выхолощенных процедурах, которые и «процессуальными» можно именовать только в силу традиций с львиной долей условности? Этот вопрос справедливо поставлен в проекте концепции уголовной политики в Российской Федерации, разработанном Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации совместно с Центром стратегических разработок.

О том, что оснований для процессуального упрощенчества нет, умалчивается. Зададимся вопросами, чем плохи обычные процессуальные процедуры? Что именно мешает закончить расследование быстро, если оно не представляет сложности? Почему бы в судебном разбирательстве не проводить исследование необходимого количества доказательств по уголовным делам, не представляющим особой сложности (судя по количеству приговоров, постановленных в особом порядке, таких уголовных дел в стране – подавляющее большинство). Зачем искусственно улучшать статистику по осужденным, если фактически лицо, подвергнутое мере уголовно-правового характера, считается совершившим преступление, и негативные правовые последствия для него неизбежны? Для чего отказываться от гарантий, которые и обусловливают существование уголовно-процессуального права как самостоятельной отрасли и сближать его с правилами производства по делам об административных правонарушениях или того хуже – с гражданским процессуальным правом, основанным на принципиально ином методе правового регулирования?

Исподволь уголовно-процессуальное право расшатывается и оперативно-розыскной деятельностью (далее – ОРД). Прежде всего на законодательном уровне. Иногда по несовершенству законодательной техники, а чаще – осмысленно.

---

[2] Проект федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Sozd.parlament.gov.ru (дата обращения: 05.01.2017).

В тексте Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК) оперативно-розыскная деятельность упоминается неоднократно.

Более того, в п. 36.1 ст. 5 УПК дается определение результатам оперативно-розыскной деятельности, которому место в Федеральном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД), откуда это понятие и заимствовано УПК. Заметим, что в УПК употребляются и иные обороты: «оперативно-розыскные мероприятия», «должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность», «полномочия по осуществлению оперативно-розыскной деятельности», которым в уголовно-процессуальном законе совершенно оправданно не дается никаких определений.

В п. 1 ч. 1 ст. 40 УПК перечень органов дознания крайне неудачно определен через органы исполнительной власти, наделенные полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности. Вместо того чтобы подчеркивать различие уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности, законодатель высвечивает ошибочную позицию о родственной их природе. Делает он это неоднократно.

Буквальное толкование (которому на практике всегда отдается предпочтение) УПК дает основание полагать, что должностные лица, осуществляющие уголовное судопроизводство, не лишены права на производство оперативно-розыскной деятельности по тому же уголовному делу (проверке сообщения о преступлении). Так, согласно п. 24 ст. 5 УПК органы дознания – государственные органы и должностные лица, наделенные правом осуществлять именно процессуальную деятельность. Оперативно-розыскную деятельность осуществляет не орган дознания, а подразделение, наделенное соответствующими полномочиями Законом об ОРД. Однако в УПК почему-то предусмотрено, что следователь (дознаватель) вправе давать обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий именно органу дознания (п. 4 ч. 2 ст. 38, п. 1.1 ч. 3 ст. 41, ч. 1 ст. 144 УПК). Это значит, что субъекту, полномочному проводить процессуальную деятельность, даются поручения осуществлять деятельность оперативно-розыскную.

Согласно УПК начальник органа дознания дает поручения «должностным лицам органа дознания об исполнении письменных поручений следователя, дознавателя о проведении оперативно-розыскных мероприятий» (п. 6 ч. 1 ст. 40.2 УПК), в то время как на деле поручения проводить такие мероприятия дает начальник соответствующего подразделения подчиненному сотруднику, полномочному на осуществление оперативно-розыскной деятельности. Орган дознания здесь ни при чем.

Равно как и с подозреваемым встречается не сотрудник органа дознания (ч. 2 ст. 95 УПК), а оперативный сотрудник органа, полномочного осуществлять оперативно-розыскную деятельность. Оперативно-розыскные мероприятия по поручению следователя, невзирая на формулировку ч. 4 ст. 157 УПК, проводит также не орган дознания.

Двусмысленна формулировка ч. 2 ст. 41 УПК, запрещающая возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия. У правоприменителя велик соблазн истолковать ее неправильно, ограничительно, как не запрещающую совмещать в одном лице уголовно-процессуальную и оперативно-розыскную деятельность при осуществлении дознавателем иных процессуальных полномочий.

Направленная на исключение возможности использования в доказывании сведений, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, ст. 89 УПК звучит как разрешающая такое использование. Результаты оперативно-розыскной деятельности, отвечающие требованиям, предъявляемым к доказательствам, – это доказательства, а не результаты оперативно-розыскной деятельности, как они определяются в п. 36.1 ст. 5 УПК. Поэтому в ст. 89 УПК следовало бы запретить использование в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности, без каких-либо оговорок о требованиях, предъявляемых к доказательствам.

Заметим, что результаты оперативно-розыскной деятельности нельзя использовать именно в качестве *доказательств*, а вот в доказывании – можно и даже нужно: собирание доказательств – элемент процесса доказывания, который позволяет получить доказательство на информационных результатах любой непроцессуальной деятельности. Это означает, что вовлечение в уголовный процесс результатов ОРД (собирание на их основе доказательств) и есть использование их в доказывании.

Отождествляет с доказательствами предметы, документы и сведения, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, и п. 2.1 ч. 2 ст. 41 УПК, который относит их к недопустимым доказательствам, если они входят в производство адвоката по делам его доверителей. При этом оперативно-розыскной способ получения таких предметов, документов и сведений фактически приравнен к следственным действиям (п. 2.1 ч. 2 ст. 41 УПК). Ясно, что сведения, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности, не являются доказательствами вне зависимости от того, входят ли они в производство адвоката. Результаты ОРД – не доказательства. Правильно было бы ограничиться указанием, что сведения, входящие в производство адвоката по делам его доверителей, недопустимы в качестве доказательств, тем самым обозначив критерий недопустимости – содержание производства адвоката.

Проблема того же характера и в ч. 1 ст. 108 УПК, запрещающей использовать результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований ст. 89 УПК, в качестве «обстоятельств» (почему – обстоятельств?), являющихся основаниями для избрания заключения под стражу в качестве меры пресечения. Во-первых, никакого порядка представления результатов ОРД ст. 89 УПК не предусматривает. Во-вторых, они, будучи правильно «представленными», в смысле п. 36.1 ст. 5 УПК результатами оперативно-розыскной деятельности уже не являются.

Все изложенные недостатки можно отнести на недосмотр при подготовке текста закона. Они опасны, если УПК применяет плохо подготовленный специалист. Для грамотных юристов они, в целом, очевидны.

Гораздо серьезнее опасность в положениях УПК, прямо отождествляющих оперативно-розыскную и процессуальную деятельность.

К ним относится, например, ч. 3 ст. 144 УПК, которая предусматривает в качестве основания для продления процессуального (!) срока необходимость производства оперативно-розыскных мероприятий. Иначе говоря, конституционные права, прежде всего на доступ к правосудию, ограничиваются без доказательств, только по необходимости производства непроцессуальной деятельности.

Отсутствие в законе определенной цели привлечения к участию в следственном действии должностного лица органа, осуществляющего оперативно-розыск-

ную деятельность (ч. 7 ст. 164 УПК), чревато использованием оперативной информации для решения процессуальных задач, минуя порядок представления ее должностному лицу, осуществляющему производство по уголовному делу. Те же риски несет и возможность привлечения к работе следственной группы и группы дознавателей должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ч. 2 ст. 163, ч. 2 ст. 223.2 УПК). Обратим внимание: указанные лица входят не в следственно-оперативную группу, а на основании уголовно-процессуального закона привлекаются к работе коллектива участников уголовного судопроизводства. Какие полномочия при этом они имеют, оказавшись в роли «участников уголовного судопроизводства»?

Собственно, в литературе уже прямо пишут о возможности производства следственных действий оперативными сотрудниками, включенными в состав даже следственно-оперативной группы. Предлагается предусмотреть в УПК право дачи на это устных поручений указанным сотрудникам, минуя начальника органа дознания[3]. При этом не учитывается, что следственные действия проводятся дознавателем, органом дознания, а не оперативным сотрудником. Тем более категорически недопустимо производство следственных действий оперативными сотрудниками (даже в процессуальном статусе дознавателя), которые в составе следственно-оперативной группы, очевидно, проводят по данному делу и оперативно-розыскные мероприятия.

Предложения сблизить уголовное судопроизводство и оперативно-розыскную деятельность, «переплести» их звучат в полный голос и в науке. Активно обсуждается вопрос о введении в уголовное судопроизводство негласных следственных действий, по сути, оперативно-розыскных мероприятий, расширении негласных начал уголовного процесса[4].

Заявлено о необходимости «оперативно-розыскную деятельность … сделать непосредственной производительной силой (важнейшим средством) «мегамашины» уголовного судопроизводства»[5].

Существует также мнение, что нарушения законодательства об оперативно-розыскной деятельности не должны влечь недопустимость доказательств[6]. Этот взгляд особенно настораживает на фоне возможного включения в уголовно-процессуальный закон некоторых оперативно-розыскных мероприятий под видом негласных следственных действий. Не исключено, что и после этого нарушения при их производстве будут представляться как неопасные.

Ю. В. Астафьев, понимая неизбежность использования в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности и осознавая, что в ряде случаев она незаменима, искал пути, которыми результаты оперативно-розыскной де-

---

[3] См.: *Кучкина В. Г.* Участие сотрудников оперативных подразделений в следственно-оперативных группах : теоретические и практические аспекты // Библиотека криминалиста. 2012. № 2 (3). С. 76, 79.

[4] См.: *Павличенко Н. В., Тамбовцев А. И.* Сочетание гласных и негласных методов и средств в уголовном процессе : инновация или правовая реальность? // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 3. С. 112–114 ; *Гриненко А. В.* Уголовное судопроизводство : от прошлого – к будущему // Библиотека криминалиста. 2016. № 5 (28) С. 202.

[5] *Гмырко В. П.* Инквизиционность как принцип досудебного производства в уголовном процессе // Уголовный процесс современной России. Проблемные лекции : учеб. пособие / науч. ред. В. Т. Томин, А. П. Попов, И. А. Зинченко. Пятигорск, 2014. С. 222.

[6] См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. А. Ю. Шумилов. М., 1997.

ятельности могли бы опосредоваться в уголовно-процессуальном доказывании. Однако правильно подчеркивал, что отождествление доказательств и результатов ОРД разрушит «всю концептуальную основу уголовного процесса»[7].

Зададимся вопросами: чем вызвана активность выработки предложений о сближении уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности? Действительно ли существуют реальные препятствия к использованию результатов оперативно-розыскной деятельности для достижения назначения уголовного судопроизводства? Интересно, что на практике их нет, даже несмотря на то, что сегодня УПК не предусматривает ни единой возможности введения в уголовный процесс предметов, документов, иных материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности. Статья 89 УПК попросту запрещает их использовать, ст. 108 УПК отсылает к некому мифическому порядку представления результатов ОРД, якобы предусмотренному ст. 89 УПК, где его, очевидно, нет. В ст. 86 УПК в числе лиц, которые могут представлять предметы, документы или сведения не указаны предприятия, учреждения, организации, к которым с натяжкой можно было бы причислить органы, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности.

Несмотря на это абсолютно любые результаты ОРД успешно представляются и используются в уголовном процессе. В качестве правового основания (способа собирания доказательств) используется норма законодательства об оперативно-розыскной деятельности (ст. 11 Закона об ОРД), а в качестве порядка применения этого способа собирания доказательств – межведомственный нормативный акт. Если упростить мысль, то звучит это так: порядок собирания доказательств предусмотрен нормативным актом уровня ниже федерального закона, что явно противоречит ст. 1 УПК.

Положение не спасает указание в ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД на использование результатов ОРД в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими в том числе собирание доказательств. После представления результатов ОРД следователю (дознавателю) никаких действий по собиранию доказательств не проводится. Результаты ОРД – уже в уголовном процессе. Их остается только проверить и оценить. Поэтому ст. 11 Закона об ОРД предусматривает не что иное, как способ собирания доказательств.

Этот «шлюз» широко открыт, даже невзирая на его антиконституционность. В случае противоречия УПК иному федеральному закону, согласно правовым позициям Конституционного Суда РФ применяться должен УПК, и только в случае более надежной защиты прав человека – иной федеральный закон[8]. Очевидно, что Закон об ОРД в данном случае не подразумевается.

Зачем ломиться в открытую дверь? Лучше ее «отремонтировать» и предусмотреть правовой конституционный порядок собирания доказательств на основе

---

[7] *Астафьев Ю. В.* Особенности познавательной деятельности по раскрытию преступлений // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2011. № 1 (10). С. 370.

[8] По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : постановление Конституц. Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 27. Ст. 2804 ; По делу о проверке конституционности пункта 7 части второй статьи 29, части четвертой статьи 165 и части первой статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А. В. Баляна, М. С. Дзюбы и других : постановление Конституц. Суда РФ от 17 декабря 2015 г. № 33-П // Там же. 2015. № 52 (ч. 1). Ст. 7682.

оперативной информации. Его элементами, как справедливо считал Ю. В. Астафьев, могли бы стать нормы, проясняющие роль ОРД в доказывании, в частности использование ее результатов в качестве повода и основания для возбуждения уголовного дела, порядок формирования доказательств на основе сведений, полученных в ходе ОРД; недопустимость использования в доказывании результатов ОРД, если сведения получены с нарушением требований законодательства об оперативно-розыскной деятельности, допустимость допроса конфидентов и правила таковых и т. д.[9]

В таком случае пусть «мегамашина» оперативно-розыскной деятельности работает на нужды уголовного процесса.

---

[9] См.: *Астафьев Ю. В.* Установление истины по уголовному делу оперативно-розыскными средствами // Проблемы теории и практики уголовного процесса : история и современность / под ред. В. А. Панюшкина. Воронеж, 2006. С. 510.

Академия управления МВД России

Победкин А. В., *доктор юридических наук, профессор кафедры управления органами расследования преступлений*

Academy Management of the Russian Ministry of Internal Affairs

Pobedkin A. V., *Doctor of Legal Sciences, Professor of the Management of Crime Investigation Bodies and Units Department*

E-mail: apobedkin71@mail.ru

УДК 343

С. Б. Россинский

РЕЗУЛЬТАТЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НУЖНО ПРИЗНАТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВАМИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

В настоящей статье в очередной раз поднимается вопрос о возможности использования в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности. В результате автор приходит к выводу об объективной необходимости непосредственного использования в процессе доказывания результатов оперативно-розыскных мероприятий без придания им некой мнимой процессуальной формы.
Ключевые слова: доказательства, доказывание, оперативно-розыскные мероприятия, результаты оперативно-розыскной деятельности, собирание доказательств.

THE RESULTS OF OPERATIONAL AND INVESTIGATIVE ACTIVITIES SHOULD BE RECOGNIZED AS EVIDENCE IN A CRIMINAL CASE

In this article, once again raises the issue of the possible use in criminal proceedings the results operatively-search activity. Analyzing the current legislation, scientific positions on this issue, as well as a modern legal practice, the author concludes that the objective necessity of direct use in the process of proving the results of operational search activities without giving them some imaginary procedural form.
Key words: evidence, proof, operational search activities, the results of operational search activities, collection of evidence.

Поступила в редакцию 10 мая 2018 г.

При всем многообразии доктринальных, нормативно-правовых и практических проблем, сопровождающих доказывание по уголовному делу, особый интерес традиционно представляют вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД). Актуальность этой проблематики обусловлена тем, что при бесспорно важном значении подобных результатов для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания[1], современное законодательство не позволяет расценивать их в качестве полноценных доказательств.

Так, ст. 89 УПК РФ и корреспондирующие ей ч. 2 ст. 11 Закона «Об ОРД»[2] и Инструкция «О порядке представления результатов ОРД органу дознания, следователю или в суд»[3] фактически предполагают использование соответствующих ма-

[1] См.: *Доля Е. А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2009. С. 7 ; *Жук О. Д.* Уголовное преследование по уголовным делам об организации преступных сообществ (преступных организаций). М., 2004. С. 146 ; *Азаров В. А., Константинов В. В.* Особенности использования следователем результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании должностных преступлений, совершаемых сотрудниками органов внутренних дел // Рос. следователь. 2013. № 11. С. 21 ; и др.

[2] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144–ФЗ с изм. и доп. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[3] Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : совместный приказ от 27 сентября 2013 г. МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507,

© Россинский С. Б., 2018

териалов в качестве доказательств по уголовному делу в случае их получения в уголовно-процессуальном режиме. Однако вполне очевидно, что ОРД в принципе не может соответствовать требованиям, установленным УПК РФ.

Любое оперативно-розыскное мероприятие (ОРМ) имеет по сравнению со следственными, судебными или иными процессуальными действиями совершенно иную правовую природу и нормативную основу. При получении оперативно-розыскных данных не соблюдаются предусмотренные законом необходимые процессуальные гарантии[4]. Следовательно, результаты ОРД в момент их передачи в орган дознания, следователю или в суд принципиально не могут соответствовать требованиям допустимости доказательств.

В связи с этим в уголовно-процессуальной науке предпринимаются постоянные попытки выработать некий правовой механизм, направленный на легализацию результатов ОРД для возможности их использования в доказывании по уголовному делу. Причем большинство авторов сходятся в одном постулате, заключающемся в том, что сведения, полученные в результате ОРД, не могут использоваться в доказывании напрямую, непосредственно, а должны быть преобразованы в доказательства в соответствии с процессуальным законом[5]. Эти сведения обычно позиционируются в качестве некой информационной основы, на которой могут быть сформированы доказательства[6]. Указанный тезис находит подтверждение и в практике Конституционного Суда РФ[7].

Вместе с тем УПК РФ не содержит никаких механизмов, позволяющих придать представленным результатам ОРД какого-либо подобия процессуальной формы. Законодатель вроде бы и не запрещает органу дознания, следователю или суду получать в свое распоряжение определенные материалы, фиксирующие ход и результаты ОРМ, однако в дальнейшем субъекты уголовной юрисдикции не имеют ни малейшей правовой возможности ввести данные материалы в уголовный процесс посредством каких-либо следственных или иных процессуальных действий; подобных действий УПК РФ просто не предусматривает.

Само представление, конечно, можно считать процессуальным действием, но лишь в части взаимодействия органов предварительного расследования и суда с участниками уголовного судопроизводства: подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим и др., поскольку соответствующие нормы уголовно-процессуального закона прямо предоставляют право этих лиц на представление доказательств. В.А. Семенцов, рассматривая представление в таком контексте, указывает на невозможность его применения к процедурам легализации результатов ОРД,

---

ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[4] См.: *Петрухин И. Л.* Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. 1993. № 7. С. 90.

[5] См.: *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения и взаимодействия. Курск, 2002. С. 171–172 ; *Зажицкий В. И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. СПб., 2006. С. 353–354 ; *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. М., 2008. С. 111–112 ; и др.

[6] См.: *Доля Е. А.* Указ. соч. С. 240 ; *Астафьев Ю. В.* Оперативно-розыскной и доказательственный аспект уголовно-процессуального познания // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства : материалы Междунар. науч.-практ. конф. Иркутск, 2014. С. 24 ; и др.

[7] Определения Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О ; от 24 сентября 2013 г. № 1505-О ; и др.

поскольку осуществляющие ее субъекты не являются участниками уголовного судопроизводства[8].

Вместе с тем практика использования в доказывании по уголовным делам сведений, полученных в результате ОРД, имеет повсеместное применение, а сотрудники правоохранительных органов относятся к ней как к само собой разумеющейся. Причем выработанные на сегодняшний день практические технологии формирования доказательств на основе этих результатов фактически сводятся все к тому же простому представлению соответствующих материалов для приобщения к уголовному делу исключительно на основании норм оперативно-розыскного права. В правоприменительных решениях дознаватели, следователи и судьи ссылаются на материалы оперативно-розыскной деятельности как на полноценные доказательства.

Так, в одном из приговоров судья Московского городского суда указал, что вина подсудимого в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 290 УК РФ помимо всего прочего подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «оперативный эксперимент», полученными с соблюдением требований УПК РФ[9]. В свою очередь, в одном из апелляционных определений судьи Московского областного суда оставили приговор суда 1-й инстанции по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ без изменения. Свое решение они мотивировали тем, что вина подсудимого в совершении инкриминируемого ему преступления доказана в полном объеме и помимо всего прочего подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», также полученными с соблюдением требований УПК РФ[10].

Приведенные формулировки судебных решений неизбежно наводят на вопрос: какие именно требования уголовно-процессуального закона обусловливают получение материалов ОРД? Очевидно, что данный вопрос не может иметь позитивного ответа, тем не менее, факты прямого оперирования результатами ОРД как доказательствами по уголовному делу – это объективные реалии современной судебной и следственной практики. Впрочем, подобные формулировки имеют вполне логичное объяснение: они четко согласуются с положениями ст. 89 УПК РФ. Позиционируя «на бумаге» результаты ОРД как соответствующие требованиям уголовно-процессуального законодательства, правоприменитель таким образом создает некую правовую иллюзию, видимость их допустимости и, следовательно, законности выносимого юрисдикционного решения.

На самом деле, ни ст. 89 УПК РФ, ни какие-либо иные положения уголовно-процессуального закона не позволяют оценить допустимость указанных доказательств, поскольку их формирование происходит в принципиально иной правовой плоскости. В реальности органы предварительного расследования и суды связывают процессуальную доброкачественность этих материалов с соблюдением требований законодательства об ОРД. Для наглядности приведем несколько примеров. Так, в ходе апелляционного рассмотрения уголовного дела по ч. 3 ст. 30, ч. 4 ст. 159 УК РФ коллегия судей Московского областного суда признала недо-

---

[8] См.: *Семенцов В. А.* Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики). Екатеринбург, 2006. С. 102–103.

[9] Пример взят из ресурсов интернет-портала государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие» за 2012 г. URL: http://sudrf.ru

[10] Апелляционное определение Московского областного суда от 23 сентября 2014 г. по делу № 22-5038/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

пустимыми результаты оперативного эксперимента, проведенного сотрудниками полиции Пушкинского района Московской области, ввиду отсутствия в материалах дела постановления о проведении данного мероприятия, т. е. в связи с нарушением положений ст. 8 Закона «Об ОРД»[11]. В свою очередь, президиум Магаданского областного суда в ходе надзорного рассмотрения уголовного дела по п. «а» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ признал недопустимыми результаты проверочной закупки как проведенной с нарушением ст. 2 Закона «Об ОРД»[12]. Судебная коллегия Московского городского суда, рассматривая в апелляционном порядке уголовное дело по ч. 6 ст. 290 и ч. 4 ст. 290.1 УК РФ, наоборот, признала допустимыми результаты проведенных ОРМ в связи с точным выполнением требований Закона «Об ОРД»[13]. Кстати, подобная практика находит поддержу среди ученых-процессуалистов[14].

Таким образом, ст. 89 УПК РФ в том виде, в котором она определена законодателем, представляется не просто сомнительной, но и имеющей догматичный характер в его негативном понимании. Полагаем, что ее присутствие в системе уголовно-процессуального права формально блокирует любые возможности использования в доказывании результатов ОРД и, следовательно, побуждает изобретать некие «обходные пути», а фактически игнорировать установленные запреты.

Некоторым исключением из рассматриваемых проблем является возможность использования в доказывании по уголовному делу вещественных доказательств и иных документов, изначально полученных оперативным путем. Это исключение обусловлено тем, что уголовно-процессуальный закон вообще не предполагает жесткой процедуры возникновения данных видов доказательств. Механизм формирования вещественных доказательств заключается в их осмотре и вынесении соответствующего постановления (ст. 81 УПК РФ). Механизм формирования иных документов фактически сводится к принятию некоего процессуального решения об их приобщении к уголовному делу. Причем для судебного производства порядок принятия этого решения кратко определен в ст. 286 УПК РФ, а для досудебного производства – вообще не установлен. Указанные обстоятельства позволяют отдельным авторам утверждать о возможности формирования на основе результатов непроцессуальных мероприятий лишь таких доказательств, как вещественные доказательства и иные документы[15]. Видимо, ученые в подобных рассуждениях исходят из того, что формально иными документами могут быть признаны любые объекты документального характера, имеющие отношение к уголовному делу, в частности материалы ОМР, а признаками вещественных доказательств – любые предметы, в том числе и появившиеся в ходе непроцессуальных мероприятий. Кстати, данная позиция находит поддержку и в решениях Конституционного Суда[16].

---

[11] Апелляционное определение Московского областного суда от 5 августа 2014 г. по делу № 22-4203/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[12] Постановление президиума Магаданского областного суда от 18 июля 2014 г. по делу № 44у-7/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[13] Апелляционное определение Московского городского суда от 24 июня 2014 г. по делу № 10-7154/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[14] См.: *Астафьев Ю. В.* Оперативно-розыскной и доказательственный аспект уголовно-процессуального познания. С. 24.

[15] См.: *Семенцов В. А., Сафонов В. Ю.* Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. Екатеринбург, 2006. С. 99 ; *Шейфер С. А.* Указ. соч. С. 114–115.

[16] Например, определения Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1293-О, № 1505-О.

Существует и еще одно исключение, позволяющее «законным» способом сформировать доказательство на основании результатов ОРД – возможность допроса в качестве свидетеля сотрудника правоохранительного органа по поводу сведений, полученных им в результате оперативного наблюдения, эксперимента и т. д. Такие свидетельские показания не имеют никакого превосходства перед другими доказательствами, равно как и наоборот. Они должны быть оценены наряду с другими материалами уголовного дела на предмет их относимости, допустимости и достоверности.

Вместе с тем все подобные способы – это не более чем исключения, никак не способные претендовать на право применения в любых случаях, связанных с необходимостью «введения» в уголовный процесс результатов ОРД. Технология их использования в практической деятельности преимущественно носит искусственный характер и фактически является не более чем «прикрытием» оперативно-розыскной информации «наиболее удобным» видом доказательств, причем без разбора их гносеологической природы и сущности. Подобная практика неизбежно приводит к размыванию граней между различными видами доказательств в уголовном процессе, способствует подмене одних доказательств другими или появлению доказательств, не свойственных для восприятия определенных сведений.

Для более глубокой аргументации нашей точки зрения следует обратить внимание, что оперативно-розыскные средства восприятия информации так же, как и процессуальные действия, представляют собой определенные познавательные приемы. Именно эти способы позволяют оперативным работникам формировать в своем сознании посредством чувственного и рационального мышления соответствующие мысленные образы объектов или явлений, которые впоследствии, возможно, и приобретут значение для какого-либо уголовного дела.

По своей гносеологической природе следственные (судебные) действия и ОРМ – очень близкие, родственные познавательные процедуры, в основе которых лежат единые закономерности восприятия человеком объективной реальности. Каждое ОРМ приводит к получению того результата, который является гносеологически идентичным результату соответствующего следственного или судебного действия. По своей сущности, познавательному характеру оперативный опрос соответствует процессуальному допросу; оперативный эксперимент – следственному (судебному) эксперименту; обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств – следственному (судебному) осмотру или обыску и т. д.

Под таким углом зрения становится очевидным, что результаты ОРМ подлежат закреплению и введению в уголовный процесс посредством некой правовой формы, которая является идентичной или, по крайней мере, близкой к правовой форме результатов следственных и судебных действий. Поэтому решения дознавателя, следователя или суда о признании отдельных результатов ОРМ вещественными доказательствами, например видеозаписи, фиксирующей оперативный эксперимент, не имеют своего права на существование в той же степени, в которой невозможны аналогичные решения в части результатов следственного осмотра, обыска и других следственных или судебных действий[17]. Однако при этом, если объект материального мира, добытый в ходе проведения ОРД, все же отвечает

[17] Подробнее об этом см.: *Россинский С. Б.* Приложение к протоколу следственного действия : признавать или не признавать как вещественное доказательство? // Вестник Восточно-Сибирского ин-та МВД России. 2017. № 2 (81). С. 91–103.

условиям, предусмотренным ст. 81 УПК РФ (например, изъятый нож, пистолет, наркотическое средство и т. д.), то его признание вещественным доказательством видится абсолютно правомерным и необходимым; это и есть то самое исключение, о котором мы писали выше.

По той же причине недопустимо позиционирование результатов ОРМ как иных документов. Конечно, результаты непроцессуальных мероприятий тоже подлежат обличению в документальную форму (протоколы, акты и т. д.), тем самым приобретая внешнее подобие с иными документами письменного характера. Однако иные документы следует расценивать в качестве информационных ресурсов, выражающих сведения, сообщенные не субъектами познания, а какими-то «третьими» лицами, например различными предприятиями, учреждениями, организациями и т. д. Тогда как документальные материалы ОРМ формируют должностные лица правоохранительных органов, в рамках непроцессуальных, но, тем не менее, достаточно близких к уголовному судопроизводству познавательных процедур. Безусловно, оперативные сотрудники не являются полноценными субъектами процессуального познания; эта прерогатива принадлежит исключительно суду, дознавателю или следователю. Однако указанные лица в силу своих профессиональных функций не могут быть полностью лишены возможности установления отдельных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Иными словами, в контексте уголовно-процессуального познания их нельзя отождествлять с должностными лицами – составителями иных документов, не имеющими к данному уголовному делу никакого отношения. Кстати, подтверждением правильности нашей позиции выступает все та же ст. 89 УПК РФ, которая как бы специально выделяет результаты ОРД из всей остальной массы информации, т. е. придает им особое значение для уголовного дела. Если законодатель относился бы к ним наравне с другими документальными сведениями, исходящими от «третьих» лиц, и предполагал их приобщение к делу в качестве иных документов, то ст. 89 УПК РФ вообще не имела бы никакого смысла. Использование таких материалов в этом случае полностью вписывалось бы в режим, установленный ст. 84 УПК РФ, и дополнительной нормативной регламентации не требовалось бы. Вместе с тем в ходе ОРМ вполне могут быть изъяты или каким-то иным образом получены определенные документы, подпадающие под гипотезу ст. 84 УПК РФ. В таких случаях их приобщение к материалам уголовного дела в качестве иных документов представляется совершенно справедливым; это опять является тем самым исключением, о котором мы писали выше.

Допрос оперативного сотрудника тоже не может подменять собой результаты непроцессуальных мероприятий. Разница между ними заключается в том, что субъекты ОРМ фиксируют в протоколе или акте свои мысленные образы непосредственно в момент их возникновения или сразу после. Такой порядок обусловливает достаточно высокую степень достоверности и адекватности письменно изложенных сведений. Тогда как при последующем допросе свидетель (бывший субъект познания) описывает возникшие ранее мысленные образы по прошествии определенного времени. Поэтому степень достоверности и адекватности подобных сведений намного ниже. Человек вполне может забыть или неправильно запомнить какие-то фрагменты объективной реальности; мысленные образы, сформированные в ходе проведения различных познавательных мероприятий, могут в его сознании наложиться один на другой и т. д. В связи с этим уместно вспомнить позицию Н. И. Порубова о невозможности получения дознавателем,

следователем, судом из свидетельских показаний такого ясного и правильного представления о происшедшем, как будто они сами были свидетелями произошедшего[18]. Невозможность подмены результатов ОРМ допросом соответствующего сотрудника, видимо, обусловлена теми же причинами, которые порождают запрет на подмену оглашения материалов следственных действий в зале судебного заседания в порядке ст. 285 УПК РФ допросом в качестве свидетеля соответствующего следователя или дознавателя.

Если же использовать практику простого переписывания оперативно-розыскных материалов в протокол допроса свидетеля, то данные сведения можно считать показаниями лишь сугубо формально. Фактически это будет не допрос, предполагающий получение сведений о мысленных образах, сформированных в сознании свидетеля, а лишь некий «правовой суррогат». Дознаватель, следователь или суд станут в этом случае «допрашивать» не свидетеля, а сам протокол или акт соответствующего непроцессуального мероприятия, что будет противоречить сути допроса как следственного действия. Поэтому все подобные случаи следует расценивать как исключительно незаконные приемы.

Кроме того, допрос оперативного сотрудника вообще направлен не на превращение непроцессуальной информации в доказательство, а на формирование органом дознания, следователем или судом нового, отдельного доказательства – показаний свидетеля, предметом которых будут не фрагменты объективной реальности, являющиеся отражением познаваемого события, а обстоятельства его участия в проведении соответствующих ОРМ.

Итак, резюмируя все вышеизложенное, мы приходим к выводу, что единственный вариант решения проблемы использования в доказывании результатов ОРД заключается в легализации механизмов их прямого, непосредственного введения в уголовный процесс без необходимости какого-то мнимого процессуального оформления. По крайней мере, ни одному специалисту, работающему в данном направлении, до настоящего времени не удалось сконструировать какой-либо иной действенный и эффективный способ формирования доказательств, основанных на сведениях, полученных в ходе непроцессуальных мероприятий. На сегодняшний день отрицать возможность прямого использования в доказывании результатов ОРД абсолютно бессмысленно. Наоборот, их необходимо узаконить, придать им более правовой характер. Что же касается возможных фальсификаций и злоупотреблений, то, по мнению В. М. Бозрова, они не исключаются и при следственных действиях. Автор считает, что нужно постараться свести вероятность подобных явлений до минимума посредством уголовных и уголовно-процессуальных гарантий[19].

Вместе с тем прекрасно отдавая отчет в том, какого «джина мы предлагаем выпустить из бутылки», сразу поспешим сделать несколько оговорок. Во-первых, мы не настаиваем на возможности использования в доказывании любых результатов ОРМ. Представляется, что таким правовым потенциалом могут обладать лишь те из них, которые в дальнейшем не смогут быть воспроизведены следственным или судебным путем[20].

---

[18] См.: *Порубов Н. И.* Допрос в советском уголовном процессе. Минск, 1968. С. 8–9.

[19] См.: *Бозров В. М.* Результатам ОРД – статус доказательств // Законность. 2004. № 12. С. 24–25.

[20] Подобная позиция ранее высказывалась В. В. Абрамочкиным (см. *Абрамочкин В. В.* Использование результатов негласных ОРМ в уголовном судопроизводстве : позиция Конституционного Суда РФ // Уголовный процесс. 2011. № 1. С. 23).

Во-вторых, для использования в процессе доказывания по уголовным делам соответствующих результатов сами ОРМ должны быть возведены в такой правовой режим, который в последующем позволил бы дознавателю, следователю или суду проверить их доброкачественность, в частности условия соблюдения прав и свобод личности при их осуществлении. В. А. Лазарева совершенно справедливо отмечает, что для признания результатов ОРМ допустимыми для уголовного дела доказательствами необходимо, чтобы предоставляемый законодательством об ОРД уровень гарантий прав личности был не меньшим, чем уровень гарантий, предоставляемый УПК РФ. К законности же самой ОРД не могут предъявляется меньшие требования, чем к законности деятельности процессуальной. В противном случае существование уголовно-процессуального права с его жесткой правовой регламентацией теряет практический смысл[21]. В свою очередь, Н. А. Громов, В. В. Лисовенко и А. Н. Гущин считают, что необходимыми правовыми условиями применения результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания по уголовному делу является обеспечение безопасности источников, достоверности, относимости и проверяемости результатов оперативно-розыскных мероприятий[22].

Прекрасно осознавая возможную критику данной позиции со стороны наших оппонентов, считающих что при подобной новации грань между уголовным процессом и ОРД вообще исчезнет, и последняя превратится в еще одно квазирасследование, сразу поспешим оговориться: мы вовсе не ратуем за полную аналогию процессуального режима следственных действий и соответствующих им по способу познания ОРМ, а говорим лишь о соразмерности общего уровня процессуальных гарантий доброкачественности, которые вполне могут разниться с учетом различного назначения и условий осуществления ОРД и уголовного судопроизводства.

К сожалению, в настоящее время правовая регламентация ОРМ оставляет желать лучшего. Условия и порядок проведения некоторых из них прописаны в законе лишь фрагментарно, а для некоторых – отсутствуют и вовсе. Мы совершенно согласны с Я. М. Мазуниным, отмечающим, что неопределенность в данном вопросе вынуждает сотрудников оперативно-розыскных подразделений самостоятельно искать способы, позволяющие дать правовые гарантии допустимости полученных ими сведений либо использовать накопленный опыт, который, к сожалению, часто противоречит законодательству. Он же указывает, что имеющиеся здесь законодательные пробелы порождают «процессуальные суррогаты», которые вместо усиления доказательственного значения оперативно-розыскных мероприятий дискредитируют их в глазах правосудия[23]. Представляется, что подобное положение дел как раз и вызывает то негативное отношение к их использованию в процессе доказывания, которое на сегодняшний день вытекает из текста уголовно-процессуального закона и которого придерживаются многие ученые-процессуалисты. Поэтому для реализации наших предложений, связанных с возможностью придания результатам ОРМ статуса полноценных доказательств, в будущем предстоит большая работа по формированию соответствующей норма-

---

[21] См.: *Лазарева В. А.* Доказывание в уголовном процессе. М., 2009. С. 200–201.

[22] См.: *Громов Н. А., Лисовенко В. В., Гущин А. Н.* Оценка доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе // Следователь. 2003. № 3. С. 17–19.

[23] См.: *Мазунин Я. М.* Использование результатов ОРД в доказывании нуждается в законодательной регламентации // Инновационное образование и экономика. 2010. № 7, т. 1. С. 44.

тивно-правовой базы и внесению целой серии дополнений в оперативно-розыскное законодательство.

Итак, исходя из возможности прямого использования в процессе доказывания результатов ОРМ, представляется необходимым внесение следующих дополнений в главы 10–11 УПК РФ.

1. Дополнить ч. 2 ст. 74 УПК РФ п. 6.1, предполагающим признание отдельным видом доказательств результатов ОРМ.

2. Дополнить главу 10 УПК РФ новой ст. 84.1, определяющей правовые условия и порядок приобщения к уголовному делу результатов ОРМ. Этой же процессуальной нормой предлагается закрепить перечень таких мероприятий, чтобы исключить возможность неправильного применения уголовного-процессуального законодательства и, тем более, злоупотреблений в данном сегменте доказывания. Следует подчеркнуть, что в данный перечень не могут быть включены негласные ОРМ, как изначально не позволяющие обеспечить надлежащий уровень гарантий доброкачественности.

3. Дополнить ст. 86 УПК РФ ч. 1.1, регламентирующей возможность собирания доказательств посредством представления результатов ОРМ в орган дознания, следователю или в суд. Сформулированные нами предложения не связаны с необходимостью внесения изменений в ст. 89 УПК РФ, запрещающую использование в доказывании результатов ОРД, которые не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам самим Кодексом. Ввиду предлагаемых нами законодательных новаций такие изменения представляются бессмысленными.

Следует также отметить, что прямое использование в процессе доказывания по уголовному делу результатов ОРМ допустимо лишь в том случае, если эти результаты подтверждаются иными собранными по делу доказательствами. Разрешение уголовного дела, по существу, на основании одних только результатов непроцессуальной деятельности является недопустимым.

Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина

***Россинский С. Б.**, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовно-процессуального права*

Moscow State Law University named after O. E. Kutafin

***Rossinskiy S. B.,** Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Criminal Procedure Law Department*

УДК 343

Р. Е. Савонюк

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Рассмотрены актуальные проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании по уголовным делам. Внесены предложения по совершенствованию действующего уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.
К л ю ч е в ы е с л о в а: Конституция РФ, доказательства, результаты ОРД, УПК РФ, уголовно-процессуальное доказывание.

ACTUAL PROBLEMS OF USE THE RESULTS OF OPERATIVE-INVESTIGATIVE ACTIVITY IN CRIMINAL PROCEDURAL PROOF IN CRIMINAL CASES

The article deals with actual problems of use results of operative-investigative activity in criminal procedural proof in criminal cases. Proposals have been made to improve the current criminal procedure legislation of the Russian Federation.
K e y w or d s: the Constitution of the Russian Federation, evidence, the results of the RDD, the Code of Criminal Procedure, criminal procedural proof.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

В силу конституционных положений (ст. 45–55, 118–123, 126 и др. Конституции РФ) государство гарантирует защиту прав и свобод человека и гражданина, а также определяет основные принципы уголовного судопроизводства[1]. В частности, в Конституции РФ закреплены важные положения о том, что обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность (ч. 2 ст. 49) и что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50) и др.

В соответствии с Конституцией РФ современное уголовное судопроизводство России имеет своим назначением защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (п. 1, 2 ч. 1 ст. 6 Уголовно-процессуального кодекса РФ, далее – УПК РФ)[2].

Основу предварительного расследования по уголовным делам составляет уголовно-процессуальное доказывание. Должностные лица, ведущие расследование, обязаны в предусмотренном законом порядке (ст. 85–90 УПК РФ) устанавливать все обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ). Одним из проблемных в уголовно-процессуальном доказывании, в связи

[1] Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосование // Рос. газета. 1993. 25 дек.

[2] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ с изм. и доп. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

© Савонюк Р. Е., 2018

с отсутствием достаточной правовой регламентации, остается вопрос об использовании в доказывании по уголовному делу результатов оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД). В силу своей специфики (секретности) тема не получила должного разрешения в уголовно-процессуальном законе. Основные вопросы и проблематика заключаются в том, как негласно (тайно) полученную (нередко вне рамок уголовного дела) информацию использовать легально в качестве доказательства по уголовному делу, каковы ценность и значимость этих доказательств. О существующих проблемах использования (легализации) результатов, полученных в ходе осуществления ОРД, в современном уголовно-процессуальном доказывании по уголовным делам отмечали в своих работах российские ученые В. Зайковский, В. Шиканов, Ю. Кореневский, М. Токарева, Е. Доля, Ю. Астафьев, Н. Изотова и др.[3]

Отдельные проблемные вопросы соотношения уголовно-процессуального доказывания и оперативно-розыскной деятельности и использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам также получили освещение[4].

Помимо специфики уголовно-процессуального доказывания, существуют проблемы и неурегулированные вопросы взаимодействия следователя и сотрудника(ов) оперативного подразделения, осуществляющего(их) ОРД, где многие аспекты регламентируются не законом, а ведомственным нормативным актом (приказом, инструкцией).

Действующий Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД) содержит целый ряд положений, направленных на обеспечение раскрытия преступлений и содействие расследованию уголовных дел[5]. Так, в числе задач оперативно-розыскной деятельности, указанный закон (ст. 2) определяет «…раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих и совершивших; осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда…». Исходя из смысла Закона об ОРД законным поводом (с позиции УПК РФ) для возбуждения уголовного дела будет являться рапорт оперативного работника об обнаружении признаков преступления, в том числе полученных им опосредованно из иных источников (ст. 143 УПК РФ). При этом остается неразрешенным вопрос об обязательной процедуре предупреждения лица, заявившего о преступлении об уголовной ответственности за заведомо ложный донос (ст. 306 УК РФ). Положение не разъясняет, а лишь констатирует ч. 5 ст. 141 УПК РФ.

---

[3] См.: *Зайковский В. Н*. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе доказывания по уголовному делу : дис. … канд. юрид. наук. СПб., 1996 ; *Шиканов В. И*. Об использовании в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности. Иркутск, 1998 ; *Кореневский Ю. В., Токарева М. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. М., 2000 ; *Доля Е. А*. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ : материалы науч.-практ. конф. // Государство и право. 2002. № 10 ; *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения и взаимодействия. Курск, 2002.

[4] См.: *Савонюк Р. Е.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность (проблемные вопросы) // Новое уголовное и уголовно-процессуальное законодательство и вопросы подготовки кадров ОВД : материалы Междунар. науч.-практ. конф. // Вестник Луганской академии внутренних дел. Спец. вып. : в 2 ч. Луганск, 2002. Ч. 2. С. 116–19.

[5] Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 06.07.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

В числе оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий Закон об ОРД (ч. 1, 3 ст. 7) предусматривает: 1) наличие возбужденного уголовного дела; 2) поручение следователя, органа дознания … по уголовным делам, находящимся в их производстве. В своем большинстве оперативно-розыскные мероприятия (ст. 6 Закона об ОРД), хотя и отличаются по процедуре, субъектам проведения, оформлению и носят негласный характер, по названию и содержанию весьма сходны или совпадают по своей сущности со следственными действиями, предусмотренными действующим УПК РФ. Например, опрос граждан (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и допрос обвиняемого, подозреваемого, свидетеля, потерпевшего, эксперта (ст. 173, 187–191, 205 УПК РФ); сбор образцов для сравнительного исследования (п. 3 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и получение образцов для сравнительного исследования (ст. 202 УПК РФ); исследование предметов и документов (п. 5 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и производство судебной экспертизы (ст. 195–207 УПК РФ); обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности, транспортных средств (п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и осмотр места происшествия, предмета, документов, транспортных средств, трупа (ст. 176–178 УПК РФ); контроль почтовых отправлений, телеграфный и иных сообщений (п. 9 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и наложение ареста на почтово-телеграфные отправления (ст. 185 УПК РФ); прослушивание телефонных переговоров (п. 10 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ); снятие информации с технических каналов связи (п. 11 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186.1 УПК РФ); оперативный эксперимент (п. 14 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и следственный эксперимент, проверка показаний на месте (ст. 181, 194 УПК РФ). По сути, речь идет о негласных следственных (розыскных) действиях, однако не в рамках уголовного дела, а оперативно-розыскного. Проведение указанных оперативно-розыскных мероприятий в определенной мере формирует заданность и содержание производства будущих следственных действий, а также поведение и характер действий (например, показаний) его участников (очевидец – свидетель; пострадавший – потерпевший; подозреваемый – обвиняемый). При этом весьма логичен вопрос: если получена информация (сведения о фактах) при проведении оперативно-розыскных мероприятий, а затем по уголовному делу произведены (аналогичные по сути) следственные действия, легализовавшие их в качестве доказательств, то какова их ценность и юридическая сила? Ведь, по сути, обнаружены (собраны) и сформированы такие доказательства в ходе оперативно-розыскного мероприятия, а при производстве следственного действия они (доказательства) лишь формально подтверждены (закреплены). При этом архиважным в доказывании является элемент оценки таких доказательств следователем, прокурором, судом. Формальный подход к оценке доказательств исключает возможность принятия по уголовному делу законного решения, а в последующем – постановление законного, обоснованного и справедливого приговора.

Еще одно оперативно-розыскное мероприятие «Отождествление личности» (п. 7 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) весьма схоже с таким следственным действием, как «Предъявление лица для опознания» (ст. 193 УПК РФ), если при этом не брать во внимание терминологическое расхождение: «лицо» и «личность». В случае участия лица в проведении отождествления личности в последующем, исключается возможность предъявления этого лица (например, подозреваемого) для опознания тому же опознающему лицу (например, потерпевшему) ввиду того, что он

ранее уже участвовал в проведении такого оперативно-розыскного мероприятия, как отождествление личности. Производство повторного, т. е. с нарушением процедуры, предусмотренной УПК РФ, предъявления лица для опознания и получение в результате этого следственного действия доказательств, будет являться недопустимым, они (доказательства) не будут иметь юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения по уголовному делу (ст. 75, 193 УПК РФ).

Проблема заключена и в том, что законодательного закрепления порядка (процедуры) использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам в действующем УПК РФ не содержится. В ст. 89 УПК РФ «Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности» лишь указано: «В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ». На наш взгляд, весьма кратко и не конкретно для такого ключевого понятия (в последующем, не исключено – доказательства), как «результаты оперативно-розыскной деятельности». Результаты ОРД прямо не указаны в числе доказательств, которые законом (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) допускаются по уголовному делу в качестве таковых. Доказательства – результаты ОРД, предлагаемые к использованию в доказывании по уголовному делу, должны обладать свойствами доказательств и отвечать предъявляемым к ним требованиям, а именно: а) относимости; б) допустимости; в) достаточности; г) достоверности. Представляемые сотрудниками оперативных подразделений в качестве возможных доказательств по уголовному делу результаты ОРД чаще всего, как свидетельствует следственная практика, «страдают» именно отсутствием достоверности.

Важным, если не основным, критерием оценки допустимости доказательств, а также способов их получения и методов доказывания, является соблюдение прав и свобод участников уголовного судопроизводства. Институт допустимости доказательств соподчинен и является составной частью принципа законности при производстве по уголовному делу (ст. 7 УПК РФ). В ч. 3 ст. 7 УПК РФ указано: «Нарушение норм настоящего Кодекса судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем *в ходе уголовного судопроизводства* (выделено нами. – *Р. С.*) влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств». Очевидно, что действие указанной нормы не распространяется на деятельность сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия пусть и в рамках расследования по уголовному делу (например, по поручению следователя). Вместе с тем, как верно подчеркнул С. А. Шейфер, эффективность следственного действия может быть повышена с учетом ориентирующей оперативно-розыскной информации, получаемой от оперативного работника (оперативное сопровождение следственного действия)[6]. Вот только достоверность их порой весьма сомнительна и трудно проверяема, а это важно для установления лица, совершившего преступление, законного, т. е. полного, объективного и всестороннего, расследования уголовного дела.

Важным правилом законотворчества является требование, чтобы нормы принимаемых законов не порождали коллизийности и не были конкурирующими. И уголовно-процессуальная, и оперативно-розыскная деятельность априори не могут содержать исключения при их осуществлении, относительно возможных нарушений прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституци-

[6] См.: *Шейфер С. А.* Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. М., 2004. С. 28.

ей РФ. Так, Пленум Верховного Суда РФ (п. 16) разъяснил: «…доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами»[7]. В связи с этим представляется недостаточно аргументированным (ввиду его персональной исключительности с целью создания дополнительных гарантий независимости адвокатов) дополнение ч. 2 ст. 75 УПК РФ «Недопустимые доказательства» п. 2.1, которым к недопустимым доказательствам отнесены *предметы, документы* или сведения, *входящие в производство адвоката* по делам его доверителей, полученные как в ходе оперативно-розыскных мероприятий, так и следственных действий, *за исключением предметов и документов,* указанных в ч. 1 ст. 81 УПК РФ[8], т.е. вещественных доказательств, в числе которых указаны *иные предметы и документы*, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела (п. 3).

Очевидно и то, что порядок (процедура) использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу нуждается в более полной правовой регламентации. С учетом изложенного действующий УПК РФ (ч. 2 ст. 74) «Доказательства», на наш взгляд, необходимо дополнить п. 7 «результаты оперативно-розыскной деятельности».

Часть 1 ст. 89 УПК РФ «Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности» предлагается изложить в следующей редакции:

«1. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы в доказывании и приобщены к уголовному делу лишь по решению дознавателя, следователя или суда (судьи).

2. Представляемые результаты оперативно-розыскной деятельности для использования в качестве доказательства в доказывании по уголовному делу должны отвечать требованиям относимости, допустимости, достаточности и достоверности.

3. Запрещается приобщать к материалам уголовного дела и использовать в уголовном судопроизводстве результаты оперативно-розыскной деятельности, не отвечающие по форме и/или по содержанию требованиям, предъявляемым к доказательствам, предусмотренным настоящим Кодексом».

---

[7] О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. с изм. и доп. URL: http://www.constitution.ru/decisions/10003328/10003328.htm (дата обращения: 10.04.2017).

[8] О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

г. Симферополь

Савонюк Р. Е., *кандидат юридических наук, доцент*

Simferopol

Savonyuk R. E., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor*
E-mail: romansavonjuk@rambler.ru

УДК 343

Ю. Б. Чупилкин

НЕЗАВИСИМЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ПРОВЕДЕНИЕМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ, ДОПУСКАЮЩИХ СИМУЛЯЦИЮ ПРОТИВОПРАВНОГО ПОВЕДЕНИЯ

Рассматриваются проблемы осуществления независимого контроля за проведением оперативно-розыскных мероприятий, допускающих симуляцию противоправного поведения.
К л ю ч е в ы е с л о в а: расследование, оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия.

INDEPENDENT CONTROL OF CONDUCTING THE INVESTIGATION AND SEARCH OPERATIONS ALLOWING SIMULATION OF ILLEGAL BEHAVIOR

In article problems of implementation of independent control of conducting the investigation and search operation allowing simulation of illegal behavior are considered.
K e y w o r d s: investigation, operational search activity, investigation and search operation.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В ряде случаев оперативно-розыскные органы (ОРО) используют симуляцию противоправного поведения (совершение мнимой сделки купли-продажи запрещенных препаратов, легендирование агента под видом наркодилера, киллера и пр.) для взаимодействия с заподозренным лицом в целях выполнения задач, предусмотренных Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ «Об ОРД»). Подобные методы применяются при проведении проверочной закупки; контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен; оперативного эксперимента; оперативного внедрения должностных лиц органов, осуществляющих ОРО, а равно лиц, оказывающих им содействие.

Использование подобных методов таит в себе опасность применения провокационных приемов, с помощью которых лицо, находящееся в оперативной разработке, склоняется, подстрекается к совершению преступления, а также различного рода злоупотреблениям со стороны сотрудников правоохранительных органов и их агентов. В связи с этим производство подобного рода мероприятий требует эффективного контроля за их производством.

Существенным недостатком правового регулирования указанных мероприятий в российском законодательстве является отсутствие независимого санкционирования на их проведение. В соответствии с ФЗ «Об ОРД» они проводятся с согласия руководителей органов, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ). Поскольку руководители совместно с подчиненными объединены общими целями и задачами борьбы с преступностью, а критериями их профессиональной деятельности являются статистические показатели раскрытия преступлений, то они, конечно, не заинтересованы в выявлении нарушений и ошибок в проводимых с их согласия ОРМ.

© Чупилкин Ю. Б., 2018

В делах против Российской Федерации Европейский суд неоднократно устанавливал, что контролируемые полицией проверочные закупки, по сути, были бесконтрольными в части поведения негласных агентов и информаторов по причине отсутствия ясной и предсказуемой процедуры получения санкций[1].

ЕСПЧ запрещает санкционировать производство ОРМ руководителю органа, отвечающего за изобличение лица, подозреваемого в преступлении и в отношении которого планируется проведение этого ОРМ: «Санкционирующий агент не должен быть каким-либо образом привлечен к исполнению операции, то есть не должен быть исполняющим агентом, принадлежащим к той же службе, что и исполняющий агент, или иметь иерархическую или надзорную власть по отношению к исполняющему агенту»[2].

В постановлении по делу «Веселов против РФ» ЕСПЧ указал, что в России имеется системная проблема, заключающаяся в отсутствии ясной и предсказуемой процедуры получения санкции на проверочные закупки, а также независимого контроля (судебного или прокурорского) за обоснованностью и порядком проведения ОРМ.

Позже в постановлении, вынесенном 30 апреля 2015 г. по делу «Сергей Лебедев и другие против Российской Федерации», ЕСПЧ в очередной раз указал: «п.19. Суд повторяет, что отсутствие в российской правовой системе четких и предсказуемых процедур принятия решений о возможности санкционирования проверочных закупок остается одной из структурных проблем, которая подвергает заявителей опасности произвольных действий полиции и не позволяет национальным судам производить эффективную судебную проверку доводов о провокации».

С целью исключить случаи ущемления прав человека и гражданина при применении ОРМ, Комитетом министров Совета Европы была разработана Рекомендация № Rec (2005) 10 «Об особых методах расследования» тяжких преступлений, в том числе террористических актов» (Рекомендация № 10). В Рекомендации № 10 под особыми методами расследования понимаются (ОМР) – методы, применяемые компетентными органами в области уголовных расследований в целях раскрытия и расследования тяжких преступлений и установления подозреваемых и направленные на сбор информации таким образом, чтобы не вызвать подозрений у объекта расследования.

Для обеспечения справедливого баланса между поддержанием общественной безопасности путем применения мер правового принуждения и защитой прав человека, предусмотренных положениями Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ) и прецедентным правом Европейского суда по правам человека в частности (ЕСПЧ), в Рекомендации № 10 предлагается государствам – членам СЕ при разработке внутреннего законодательства пересмотреть использование «особых методов расследования», а при реформировании законодательства руководствоваться определенными принципами (требованиями) и мерами, содержащимися в приложении к данной рекомендации (п. i).

В частности, при производстве ОМР, которые наиболее существенно затрагивают права граждан, предварительно должна быть получена судебная санкция, а

---

[1] См.: Постановления ЕСПЧ по делам: «Ваньян против России», § 46–47 ; «Худобин против России», § 135 ; «Банникова против России», § 49–50 ; «Веселов и другие против России», § 106, 126–127 ; «Лагутин и другие против России», § 93 ; «Сергей Лебедев и другие против Российской Федерации», § 19.

[2] По делу «Худобин против Российской Федерации» (жалоба № 59696/00) : постановление ЕСПЧ от 26 октября 2006 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2007. № 11.

в последующем проводится регулярный пересмотр целесообразности использования особого метода расследования: «Государства – члены СЕ должны принять надлежащие законодательные меры, чтобы обеспечить надлежащий контроль за применением специальных методов расследования судебными органами и другими независимыми органами посредством предварительной выдачи разрешения на использование, контроля во время расследования или последующего пересмотра».

Рассматривая дело «Веселов и другие против России», ЕСПЧ провел сравнительное исследование законодательства 22 государств – участников Совета Европы (§ 50–63), в результате которого установил, что в 21 из 22 государств, практику которых он обобщил, проведение проверочной закупки и подобных негласных мероприятий находится под независимым контролем.

Сравнение показало, что во всех этих странах полиция вправе проводить негласные мероприятия, в частности в делах о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков. Только в Ирландии отсутствует формальная законодательная или регулятивная база для привлечения негласных сотрудников полиции. Ряд стран допускают также привлечение частных лиц и разрешают использование негласных сотрудников только в том случае, если применение иных средств является слишком затруднительным или невозможным.

Исследование, проведенное ЕСПЧ в рамках рассмотрения дела «Веселов против России», показывает, что в большинстве затронутых им государств предусмотрена исключительная или частичная ответственность судебных органов за процедуру получения санкции, хотя в некоторых странах решение принимается прокурором, административными органами или руководителями полицейских служб.

Судебная санкция требуется в Болгарии (суд), Хорватии (следственный судья), Эстонии (следственный судья), Греции (обвинительная камера), Лихтенштейне, Польше (региональный суд с предварительного согласия генерального прокурора), Словении (следственный судья) и Турции (судья).

В Австрии и Бельгии правом санкционировать негласные мероприятия наделен исключительно прокурор.

В ряде стран (Германия, Чехия, Румыния, Франция, Литва, Македония, Португалия, Испания) предусмотрено участие прокурора или суда, или обоих в зависимости, например, от вида операции или, как более общего критерия, стадии разбирательства.

В Германии по общему правилу использование негласных сотрудников должно быть санкционировано прокурором. Если объектом мероприятия является конкретное лицо или предполагается проникновение в частное помещение, то помимо санкции прокурора, дополнительно требуется согласие суда.

Согласно французскому законодательству, при производстве дознания разрешение выдается прокурором, а при производстве предварительного следствия – следственным судьей (juge d'instruction).

В Италии отсутствует требование о формальном разрешении прокурора или суда, но соответствующий орган должен представить компетентному прокурору предварительное уведомление о начале операции.

По законодательству ряда стран суд или прокурор не участвует в процедуре получения санкции. Так, в Финляндии решение о негласных мероприятиях по ходатайству полицейского органа принимается руководителем национального бюро

расследований или руководителем полиции безопасности. При этом органы, санкционирующие решения, отделены от служб, осуществляющих операцию.

В Соединенном Королевстве (Великобритании) и Ирландии для проведения негласных мероприятий предусматривается административное санкционирование. Полиция или иные правоохранительные органы принимают и исполняют все оперативные решения относительно негласных мероприятий самостоятельно.

Таким образом, во многих государствах – членах СЕ, за методами негласных мероприятий осуществляется надзор со стороны суда либо совместно с судом и прокурором. Однако ЕКПЧ не требует только судебного контроля, поэтому прокурорский надзор не нарушает требований Конвенции.

На необходимость установления независимого контроля за проведением ОРМ указывалось и в российской литературе. Так, А. Е. Чечетин пишет: «…существующая система контроля за ОРД, как показывает анализ практики, не обеспечивает надежной защиты от провокации при проведении оперативного эксперимента, а если ничего не менять, то ЕСПЧ в силу прецедентного характера своих решений и дальше будет их выносить не в пользу России»[3].

При этом ряд авторов высказывается за то, чтобы контроль за обоснованностью и порядком проведения таких ОРМ, как проверочная закупка и оперативный эксперимент, осуществлялся судом[4].

По мнению Т. В. Трубниковой, возложение на суд непосредственного контроля за осуществлением ОРМ нерационально и может привести к формированию у судьи преждевременного мнения по делу. Поэтому осуществление действенного контроля должно быть возложено на органы прокуратуры[5].

Разделяя мнение Т. В. Трубниковой, дополнительно следует отметить, что введение судебного контроля за методами ОРД в современных российских реалиях, когда не решен вопрос о введении института следственных судей, действительно представляется преждевременным по ряду причин. Во-первых, действующий судебный контроль за таким ОРМ, как прослушивание телефонных переговоров, признается как в российской литературе, так и в постановлениях ЕСПЧ неэффективным средством контроля. Во-вторых, судебный контроль за производством следственных и процессуальных действий, действующий с 2002 г. в России, многими учеными подвергается справедливой критике, так как в 97 % случаев ходатайства органов предварительного расследования санкционируются судом. Как точно отмечает С. Б. Россинский: «…предварительный судебный контроль представляет собой весьма слабую и достаточно сомнительную процессуальную гарантию, а его использование оказывает скорее негативное влияние на современную право-

---

[3] *Чечетин А. Е*. Проблемы применения оперативного эксперимента в борьбе с коррупцией // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями : материалы XIV Междунар. науч.-практ. конф. / под ред. А. А. Андреева. Барнаул, 2016. Ч. 1. С. 27.

[4] См.: *Астафьев Ю. В*. Оперативный эксперимент и провокация : критерии разграничения // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ) : материалы Междунар. науч.-практ. конф. Екатеринбург, 2005. Ч. 1. С. 51–57 ; *Глухова Е. В., Сергеев А. Б*. Законодательная регламентация использования результатов ОРМ в уголовном судопроизводстве в соотношении с европейскими установками законности их (ОРМ) проведения. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Садчикова О. В.* Различные виды злоупотреблений при проведении оперативно-розыскных мероприятий и гарантии против подобных злоупотреблений // Уголовная юстиция. 2016. № 1(7). С. 109–113.

[5] См.: *Трубникова Т. В*. Запрет на использование данных, полученных в результате провокации преступления, как один из элементов права на судебную защиту и гарантии его реализации в уголовном процессе РФ // Вестник Томского гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 2 (16). С. 123.

применительную практику. Стопроцентная судебная поддержка результатов таких следственных действий, как осмотр, обыск или выемка, превращает установленную законом гарантию доброкачественности последующего судебного контроля за производством указанных следственных действий в профонацию»[6].

На основании изложенного представляется правильным, что контроль за производством ОРМ, допускающим симуляцию преступного поведения, должен осуществляться надзирающим прокурором. Утверждение постановления о проведении проверочной закупки или контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативного эксперимента и оперативного внедрения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, а равно лиц, оказывающих им содействие, должно осуществляться с санкции надзирающего прокурора.

В связи с этим нуждаются в изменении нормы ФЗ «Об ОРД» и в дополнительной регламентации положения приказа Генерального прокурора РФ от 15 февраля 2011 г. № 33 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности».

---

[6] *Россинский С. Б*. Размышления об эффективности судебного контроля за производством следственных действий // Вестник Томского гос. ун-та. 2017. № 423. С. 231.

Южно-Российский институт управления
филиал Российской академии народного хозяйства
и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

Чупилкин Ю. Б., *кандидат юридических наук,*
доцент кафедры процессуального права

South Russian Institute of Management (Branch) Russian Academy of
National Economy and Public Administration Under
of the Russian Federation

Chupilkin Yu. B., *Candidate of Legal Sciences,*
Associate Professor of the Procedural Law Department
E-mail: yury.chupilkin@gmail.com
Tel.: 8-909-411-12-22

УДК 343

А. С. Александров

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ, КОТОРЫЕ НАДО РЕШАТЬ В СВЯЗИ С ПЕРЕХОДОМ В ЭПОХУ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

Современная теория уголовно-процессуальных доказательств превратилась в тормоз судебной реформы. Ее надо менять. К этому подводит неизбежный переход в цифровую эпоху. Пересмотр ключевых положений этой теории должен происходить по трем направлениям: предмет доказывания, средства доказывания и субъекты доказывания. Цифровые технологии могут способствовать переходу со следственной парадигмы на состязательную. Однако эта потенциальная возможность может состояться при укреплении процессуальных гарантий и создании подлинно состязательной модели уголовно-процессуального доказывания, независимой судебной власти.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовный процесс, доказывание, доказательства, субъекты доказывания, цифровые технологии, состязательность.

THE PROBLEMS OF THE THEORY OF CRIMINAL PROCEDURAL PROOF, WHICH MUST BE SOLVED IN CONNECTION WITH THE TRANSITION TO THE DIGITAL AGE

The modern theory of criminal procedural evidence has become a brake on judicial reform. It must be changed. This leads to an inevitable transition to the digital age. The revision of the key provisions of this theory should take place in three directions: the subject of proof, the means of proof and the subjects of proof. Digital technology can facilitate the transition from the investigative paradigm to the adversarial paradigm. However, this potential opportunity can be achieved by strengthening procedural safeguards and creating a truly adversarial model of criminal procedural proof, an independent judiciary.

K e y w o r d s: proof, evidence, subjects of proof, digital technologies, competitiveness.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

> Насколько эффективно мы сможем использовать колоссальные возможности технологической революции, как ответим на ее вызов, зависит только от нас. И в этом смысле ближайшие годы станут решающими для будущего страны. Подчеркну это: именно решающими.
>
> *В. В. Путин.*
> *Послание Федеральному Законодательному Собранию*
> *1 марта 2018 г.*

Отечественная теория уголовно-процессуальных доказательств и доказывания, равно как и вся уголовная процессуалистика, т. е. корпус знаний о деятельности государства по противодействию преступности уголовно-правовыми средствами, сложилась в эпоху господства в уголовно-процессуальной системе письменной речи при фиксации, передаче информации, а также следователя как

© Александров А. С., 2018

изготовителя письменных документов (носителей информации), которые составляют «уголовное дело».

Следователь и протокол следственного действия – две главные составляющие традиционной, унаследованной со времен тайной канцелярии царя, парадигмы доказывания. Риторика об объективной истине, всесторонности, полноте и объективности расследования (предварительного и судебного) оправдывала следственный (авторитарный) порядок доказывания. В этом порядке человек (обвиняемый) находится во власти следственной, и даже судебная власть, не говоря уже об адвокате со всем его набором псевдодоказательственных средств, не могут принципиально повлиять на ход и результаты формирования доказательств по уголовному делу. В условиях демократии эта риторика не работает. Вся советская теория уголовно-процессуальных доказательств, с которой продолжают возиться коллеги, превратилась в тормоз судебной реформы.

«Голова дракона», или программа, которая управляет современным (следственным) уголовно-процессуальным механизмом правоприменения, – в алгоритме действий и решений следственной власти. Следственный изоморфизм[1] стандартизирует деятельность участников уголовно-процессуального доказывания. Следователь «формирует» доказательства в составляемых им процессуальных документах (протоколах), через созданные им документы информирует судью о предмете дела (рассказывает ему историю преступления) и даже предлагает наиболее правдоподобный исход этой истории. Судья видит дело глазами следователя, через него он познает обстоятельства дела; следователь – посредник между ним и следами преступления. Судья судит на основе дела, которое «сшил» для него следователь, и продукты познавательной деятельности органа предварительного расследования – почти единственный источник информации для суда. Судебная аргументация в такой информационной системе сводится к обрядовому судоговорению, мало что значащему и решающему. Отсюда обвинительный уклон в уголовной юстиции, безотходность уголовно-процессуального конвейера производства уголовных дел.

Для того чтобы в уголовно-процессуальной системе суд стал независимым и беспристрастным вершителем правосудия, его надо вывести из информационной зависимости от следственной власти. А это означает – произвести переворот в трактовке доказательств и доказывания, т. е. создать новую теорию уголовно-процессуальных доказательств. По нашему мнению, коренная причина неудач всех проведенных и будущих судебных реформ – в косности теории. Теория доказательств стала тормозом для развития уголовно-процессуальной системы. Более того, она превратилась в одно из препятствий для перехода в новую социально-экономическую реальность, к которому призывает руководство страны.

Научно-технический прогресс всегда накладывал отпечаток на уголовно-процессуальное доказывание[2], но не затрагивал его принципиальных основ. Наука,

---

[1] Социологи называют «институциональным изоморфизмом» склонность разных бюрократических организаций перенимать друг у друга практики (см.: *Титаев К., Шклярук М.* Российский следователь : призвание, профессия, повседневность. М., 2016. С. 48 и др.). В уголовно-процессуальной системе – организационно-правовом пространстве функционирования письменной речи, следственный изоморфизм проявляет себя в стандартах письма (бланки процессуальных документов), стандартах оценки информации, способах коммуникации и т. д.). В следственной системе и прокурор, и судья, и адвокат, и вообще любой «субъект доказывания» ориентирован на следственную модель поведения, деятельность этих участников документооборота склонна к унификации (канцелярской).

[2] В работах воронежских ученых, включая Д. В. Зотова, Г. В. Стародубову и других, эта тема

прежде всего криминалистика, просто адаптировала уголовно-процессуальную форму к технологическим новшествам на уровне методики.

Многие убеждены в том, что так будет и далее, а именно информационная составляющая не должна превалировать над формой уголовного процесса[3]. Разумеется, ценность процессуальной формы нами под сомнение не ставится. Вопрос о цене следственной и состязательной формы. Надо ли и дальше цепляться за следственную форму, за архаику следственного способа доказывания или пора переходить на другую технологию доказывания?

Лучшие представители отечественной уголовно-процессуальной науки, к каковым, безусловно, надо отнести Ю. В. Астафьева, вполне подошли к осознанию ограниченности существующей правовой модели уголовно-процессуального доказывания. Это особенно остро ощущается в искусственном запрете на использование в доказывании результатов ОРД, о чем много писал наш воронежский коллега. Им, как и другими воронежцами, признавалось общее отставание уголовно-процессуальной формы от научно-технического прогресса.

Но решающий шаг так и не был сделан по ликвидации этого отставания. Трудно отказаться от привычной картины уголовно-процессуального мира и пересмотреть лежащие в ее основании понятия, выработанные научной доктриной, потому что сам находишься в ней. Тем не менее это необходимо сделать. К этому подталкивает новый этап в развитии технологий – цифровых. Как заявил Джек Ма: «Люди говорят о цифровой эпохе, об информационных технологиях. Я бы сказал, что мир переходит от IT к цифровым технологиям. Сейчас как раз пришло время больших данных, и цифровая эпоха – это обновленная версия информационных технологий, а данные совершенно отличаются от IT»[4].

По словам В. Путина, изменения в мире носят цивилизационный характер. «И масштаб этого вызова требует от нас такого же сильного ответа»[5]. И далее: «...скорость технологических изменений нарастает стремительно, идет резко вверх... Технологическое отставание, зависимость означают снижение безопасности и экономических возможностей страны»[6].

Ближайшей реальностью станет создание квантовых компьютеров, внедрение цифровых технологий (блокчейна) во все сферы жизнедеятельности людей, в отношения между человеком, бизнесом, государством. Это будет новый тип общественных отношений, новое государство.

Основываясь на мнении экспертов, мы склонны связывать с переходом на новый технологический уклад серьезные изменения в информационно-коммуникативной модели, парадигме уголовно-процессуального доказывания[7]. Укажем те принципиально новые моменты, которые появятся (уже появились) в трех ее

освещалась очень достойно (см., например: *Зотов Д. В*. Уголовно-процессуальное доказывание и научно-технические достижения : теоретические проблемы. Воронеж, 2005).

[3] См.: *Головко Л. В.* Можно приветствовать наших судей, которые не хотят упрощения правосудия // Уголовный процесс. 2017. № 1. С. 39.

[4] Заседание Международного дискуссионного клуба «Валдай» под названием «Мир будущего : через столкновение к гармонии». URL: http://kremlin.ru/events/president/news/55882

[5] Послание Президента РФ Федеральному Собранию 1 марта 2018 г. URL: http://kremlin.ru/events/president/news/56957

[6] Там же.

[7] О порядке формирования и исследования «фактического материала» Н. Н. Полянский говорил как об одном из двух (наряду с обвинением) краеугольных камней правовой организации процесса (см.: *Полянский Н. Н*. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 83–84).

элементах: предмете доказывания, средствах доказывания и субъектах доказывания.

Во-первых, о *предмете доказывания*, который, в свою очередь, производен от объективной реальности – преступлений. Как пишет один из ведущих экспертов в области использования цифровых технологий в правоприменении (прокурорском надзоре) И. Бегтин, «классические преступления» будут оставлять много «цифровых следов». Эти преступления будут происходить в совершенно ином мире. В мире, где большая часть людей находится под постоянным наблюдением. То, что происходит сейчас – анализ данных сотовых операторов, активности человека в Сети и многое другое – будет многократно усилено. Число датчиков вокруг нас будет расти. Они станут выполнять важную роль в сборе информации, начиная от самого события преступления, до данных о взаимодействии с окружающей цифровой инфраструктурой. С каждым годом число «невидимых» областей, не закрытых статичными или передвигающимися видеокамерами, будет сокращаться[8].

Проверка датчиков даст новые возможности в проверке алиби подозреваемых и свидетельских показаний. Специальные программные продукты будут применяться для автоматической регистрации выстрелов, распознавания лиц преступников и выявления аномальной городской активности по геотегам. Появится «новая преступность». Главным отличием «новых преступлений» будет тщательное планирование, знание современных технологий и гонка вооружений с правоохранительными органами. Например, станет возможным удаленный захват хакером автомобиля, управляемого искусственным интеллектом, и использование его как орудия убийства. Или же нарушение работы городских систем управления водоснабжением, электричеством. Или же слежка за человеком с помощью его гаджетов. Чтобы противодействовать подобным преступлениям, правоохранительным органам придется быть вровень или даже на шаг впереди преступников. Их преимуществом будет сбор огромного объема данных[9].

Во-вторых, новая реальность (цифровая) неминуемо скажется и на средствах выявления, раскрытия преступлений как старых, так и «компьютерных преступлений» – способах собирания, получения доказательств.

Существующая система следственных действий, созданная в эпоху традиционной преступности, малопригодна в современных условиях. Какой смысл в таких следственных действиях, как осмотр, выемка, обыск, когда предметом выступает цифровая информация? Зачем ее переносить в письменный протокол следственного действия? С соблюдением всех этих следственных ритуалов, гарантирующих ее доброкачественность?

Считаем, что на смену им должно прийти универсальное следственное действие, о котором было написано еще в «Доктринальной модели уголовно-процессуального доказательственного права России»[10], а именно: ***получение цифровой информации*** (машинным способом).

---

[8] См.: *Бегтин И*. Правоохранительная система будущего. URL: http://2035.media/2017/06/09/rbc-begtin/

[9] См.: *Бегтин И*. Правоохранительная система будущего ; *Его же*. Профилактика преступлений : какое будущее ждет правоохранительную систему. URL: https://www.rbc.ru/opinions/technology_and_media/08/06/2017/593911d19a7947bd6ab766ef?from=newsfeed

[10] См.: Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментарии к ней / А. С. Александров [и др.]. М., 2015. С. 104–105.

Средствами фиксации цифровой информации, имеющей доказательственное значение, могут выступать как традиционные «протоколы», так и любые иные носители (включая «электронные носители информации»). В письменных документах, традиционном документообороте необходимость отомрет. Информация в рамках уголовного процесса будет передаваться на электронных носителях, по телекоммуникационным, информационным каналам связи.

Назревшей мерой, на наш взгляд, является ликвидация института следственных допросов, проводимых следователем. От протокола следственного допроса надо отказаться и считать личными доказательствами только показания, данные лицом перед судебным органом с участием обеих сторон. Передача сообщений лица о фактах возможна только на прямой связи с судьей. Для проведения этого положения надо ввести статьи о перекрестном и прямом допросах в Кодекс. Перекрестный допрос – это основа состязательного судоговорения. В любого рода публичной деятельности диалог был, есть и будет основой для выработки и принятия решений.

Получение цифровой информации техническими средствами ставит под сомнение прежние стандарты допустимости средств доказывания, ориентированные на следователя – человека. Главным критерием допустимости – полезности информации для использования в деле является способность субъекта доказывания подтвердить в суде аутентичность представляемой информации информационным следам преступления. По требованию процессуального противника субъектом доказывания должна быть предъявлена не вызывающая разумных сомнений *цепь законных владений цифровой информацией*[11].

По поводу средств доказывания следует особо отметить использование так называемых «больших данных» (big data). Технологии использования «больших данных» многократно увеличивают возможности правоохранительных органов государства по мониторингу криминогенной обстановки, выявлению признаков преступлений, криминальных наклонностей личности (в целях профилактики преступлений в том числе). И. Бегтин отмечает, что преимуществом правоохранительных органов в борьбе с преступностью станет сбор и использование «больших данных», многие из которых накапливаются и применяются уже сейчас[12].

«Большие данные», характеризующие профиль лица (физического или юридического) – по его запросам, транз-акциям в сети «Интернет» – могут быть получены, проанализированы роботом, техническим устройством, таким образом, может быть установлен преступник: субъективная и объективная сторона совершенного им «информационного преступления» или продолжаемой преступной деятельности.

Уже созданы технологии и есть ресурсы, использование которых обесценивают понятие алиби, презумпции невиновности, допустимости доказательств, оценки доказательств по внутреннему убеждению и пр. Нет сомнения, что дальнейшее развитие цифровых технологий приведет к глобальному кризису существующую

---

[11] «Цепь законных владений» – порядок процессуального документирования цифровой (электронной) информации, имеющей доказательственное значение, который обеспечивает сохранность информации при передаче ее на всех этапах доказывания от момента получения до передачи ее вплоть до судебного органа, рассматривающего дело по существу или по отдельному спорному вопросу (см. подробнее: Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментарии к ней / А. С. Александров [и др.]. М., 2015. С. 28, 45).

[12] См.: *Бегтин И.* Профилактика преступлений : какое будущее ждет правоохранительную систему.

еще с древнейших времен систему формальных средств доказывания, основанную на презумпциях, фикциях, иных искусственных правилах.

Разумеется, это имеет и свою негативную сторону. Повсеместный контроль чреват потерей свободы и здесь как раз есть повод вспомнить о процессуальных гарантиях этой свободы. В глобальном плане необходим *государственный и общественный надзор* за правоохранительной системой, за органами уголовного преследования[13].

По мнению некоторых экспертов, реальность тотального контроля правительства за своими гражданами может стать ближайшим будущим[14]. Поэтому для уголовно-процессуальной доктрины критически важным является выработка подхода к формулированию новых правил игры, системы формальных – искусственных ограничений для применения технических средств и цифровых технологий.

В-третьих, надо сказать о субъектах доказывания[15]. Профессия следователя как составителя следственных протоколов, иных документов, в которых фиксируются фактические данные, которые могут быть использованы судом для установления фактов по делу, на наш взгляд, морально устарела и в среднесрочной перспективе отомрет. Такова общая тенденция роботизации и замены управленческого аппарата роботами. В будущей системе государственно-общественного управления «государства как платформы» многие государственные функции *неминуемо отомрут,* произойдет постепенная замена функций, выполняемых госслужащими, работающими на базе платформы, интеллектуальными агентами[16].

По мнению разработчиков концепции *государства как платформы*, наиболее важными составляющими этого являются следующие технологические решения: аутентификация пользователей и информационная безопасность; работа с большими данными; распределенные реестры (blockchain); искусственный интеллект и машинное обучение; интеграция интернета вещей[17].

Считаем, что этой платформе будут не нужны как паразитарные некоторые посреднические государственные структуры, вроде следственного аппарата. В системе оказания государственной услуги по защите от преступления «следственная власть» видится излишним посредником между потребителем государственной услуги (человек, бизнес) – сыщиком – обвинителем – судом. Общая цифровая платформа позволит создать единое окно для конечного пользователя государственными услугами и устранит посредников, «прокладки» между ним и услугой (набором услуг), решающей его жизненную ситуацию. Функция «предварительного следствия» (всестороннего полного и объективного раскрытия и расследования преступления), по нашему мнению, является избыточной в обвинительной системе: агент обвинительной власти/получатель цифровой информации – обвинитель – суд. Следственная инстанция как место для принятия управленческих ре-

---

[13] См.: Там же.

[14] Уже сейчас можно оценить возможности обмена биометрическими данными клиентов между банками и правительственными органами (уголовного преследования). Это нечто большее, чем даже «всеобщая дактилоскопизация населения» (по Бастрыкину).

[15] См. подробнее об этом: *Александров А. С.* Учение о следственных действиях на пороге «цифрового мира» // Юрид. вестник Самарского ун-та. 2017. Т. 3, № 4. С. 80–85.

[16] Создатели концепции «цифрового государства» отмечают, что общая платформа государственного управления и тотальная цифровизация документооборота между всеми государственными структурами и на всех уровнях сделает «ненужной» бюрократию (см.: Государство как платформа – Россия 2035 : возможная перспектива /Экспертные материалы Центра стратегических разработок А. Кудрина. Официально опубликованы не были).

[17] См.: Там же.

шений (решений о движении уголовного дела, т. е. возбуждение уголовного дела, предъявление обвинения, обвинительное заключение) утрачивает смысл. Упрощается процедура принятия решений: регистрация сообщения о преступлении – обвинение – приговор (альтернативное решение).

Таким образом, предлагаем «соскочить» со следственной на состязательную модель получения-передачи информации, в центре которой находятся судебный орган и главным средством проверки-исследования любых доказательств сделать открытое устное судоговорение. Судью надо информировать не через следственное уголовное дело (письменное), а через устную речь, которая должна вестись в виде открытого диалога обвинителя и защиты, а также других участников судебного заседания.

Субъектом доказывания – на этапе получения информации – может быть любой человек (ассоциация граждан) как участник процесса с той или иной стороны, так и любой желающий оказать содействие в установлении фактов по уголовному делу и способный использовать для этого цифровые технологии.

Обработка огромного количества обращений и жалоб граждан, анализ криминальной статистики, создание макетов для управленческих решений будет осуществляться искусственным интеллектом[18].

Просматривается перспектива, когда вместо следователя, сотрудника оперативного подразделения правоохранительного органа, «субъектом расследования», чья задача в конечном итоге сводится к установлению IP-адреса, с которым предположительно связан субъект преступления, в качестве субъекта расследования может выступить любой «пользователь» цифровой технологией: программист, специалист по информационной безопасности корпорации (профессиональный «антихакер»), но также и «робот», «бот». В этом состоит законченный вывод о деперсонализации «субъекта» доказывания. Агентами уголовного розыска будут интеллектуальные агенты: они будут получать, анализировать цифровую информацию, на основании которой обвинитель будет формировать «доказательство обвинения».

Итак, возможно, мы переживаем один из самых драматичных моментов в развитии цивилизации – мир становится другим, однако в нем, разумеется, останутся преступность и государственный механизм противодействия преступности, но преступность и средства борьбы с ней изменятся. Полагаем, что на очередном крутом повороте развития технологий снова есть шанс создать новую процессуальную систему[19] и с ее помощью проводить новую уголовную политику.

Однако это невозможно сделать без преодоления отсталости в науке.

«Именно отставание – вот главная угроза и наш враг. И если не переломим ситуацию, оно будет неизбежно усиливаться. Это как тяжелая хроническая болезнь, которая неутомимо, шаг за шагом, подтачивает и разрушает организм изнутри. Организм часто этого и не чувствует»[20].

Надо менять интеллектуальную составляющую позитивных преобразований механизма противодействия преступности – следственную теорию уголовно-про-

---

[18] См.: *Бегтин И*. Правоохранительная система будущего. URL: http://2035.media/2017/06/09/rbc-begtin/

[19] Провести реформу предварительного расследования, довести до конца судебную реформу, которая никак не делается, а без этого настоящая судебная реформа невозможна.

[20] Послание Президента РФ Федеральному Собранию 1 марта 2018 г. URL: http://kremlin.ru/events/president/news/56957

цессуальных доказательств. Вместо тормоза для реформ, прежде всего реформы предварительного расследования, она должна выполнить свою миссию – расчистки смыслового пространства для выстраивания новой парадигмы доказывания, в которой будут практиковаться цифровые технологии получения, накопления, передачи, анализа и обработки информации (включая большие данные) и *формальные ограничения по представлению и исследованию их в суде в качестве доказательств*.

В цифровую эпоху старые запреты и ограничения, практиковавшиеся в традиционном доказывании по уголовным делам, утрачивают свою актуальность. К этим запретам надо отнести не только запрет на использование в доказывании результатов ОРД, но и даже сам следственный стандарт допустимости доказательств. Пришло время отрицания различия между ОРД и уголовно-процессуальным – следственным доказыванием, снятия других следственных ограничений на использование информации в доказывании обвинения: институт следственных действий, процедуры возбуждения уголовного дела, ведения предварительного следствия и пр.

Однако место для процессуальных гарантий и судебной уголовно-процессуальной формы останется всегда. Надо признать, что в использовании big data, в деперсонализации сбора цифровой информации, использовании цифровых технологий в доказывании, при отсутствии реального гражданского контроля кроется и угроза правам личности. И потому надо иметь мужество и мудрость, чтобы остановиться на поверхности, избежать соблазна *знать все*. В этом сейчас гуманитарная задача классической процессуалистики и учения о формальной природе средств доказывания *судебной истины*. Необходимо поставить Кодексом предел пронырливому технократу (криминалисту), ро-*боту* в доказывании. Оценивать доказательства, обвинять и судить должен только человек – судья с использованием формальных средств доказывания, пусть не таких совершенных, как «большие данные», детектор лжи и пр., но зато гарантирующих свободу личности. Это условие для игры, которой остается и будет таковым человеческое правосудие.

Фундаментальный фактор состоит в *новой открытости, которую дает* информационное «государство как платформа». Можно предположить, что новая открытость сформирует *новый тип* отношений между государством и народом, новое качество гражданского общества, новую степень свободы принятия решений и ответственности за их принятие. Самоуправление и самозащита получает новый простор для реализации. Верховенство закона, которое всегда саботируется бюрократией, получает технологическую гарантию: все равны как пользователи ресурсами «государства как платформы». Органы власти (прокуратура, с нашей точки зрения) являются, скажем, не только администратором и дизайнером системы обвинения, но и сами присутствуют на платформе со своими услугами в режиме реального времени, как любой пользователь – подобно блокам в системе блокчейна. Мы верим в то, что цифровые технологии – предпосылка для воссоздания прямой непосредственной демократии, когда каждый гражданин участвует в управлении государством, когда произойдет сокращение разрыва между публичной властью и народом, глобальное сокращение бюрократии, а также отпадение институтов и процедур, свойственных авторитарному бюрократическому государству. Открытое государство и открытое общество – это позитивная перспектива, которую надо реализовывать изо всех сил.

При этом нельзя забывать, что любые технологии – это инструмент, который можно использовать для различных целей: или сохранения существующей модели власти, или ее трансформации. Нельзя путем оцифровывания сделать «кривой» – современный уголовный процесс – эффективным. Сам по себе технократический подход недостаточен для решения давно назревшей проблемы институциональной реформы механизма применения уголовного закона. Этот механизм был создан авторитарным государством и имеет ту отличительную особенность, что привлечение к уголовной ответственности происходит, по существу, не судебной, а следственной властью, причем не в режиме законности (верховенства права), а в режиме ручного управления. Есть опасность смычки аппарата государственного управления и олигархата, которые попытаются установить тотальный контроль над обществом.

Существующая модель правового механизма регулирования общественных отношений может быть оцифрована, но это будет решением проблемы создания независимой судебной власти и применения уголовного закона в форме справедливого судебного разбирательства.

Цифровизацию государства надо связать с его демократизацией. Считаем, что переход на цифру должен сопровождаться решением политико-правовой задачи перехода на судебную – состязательную уголовно-процессуальную модель. В нашем представлении «государство как платформа» – это современный аналог Агоры. Это н*овая древнегреческая агора* – публичная площадка, где совместно, открыто принимаются решения, которые становятся доступными для каждого. Все функции государства становятся действительно общественными, а не бюрократическими (коррупциогенными). В том числе функция по обеспечению правопорядка.

Коротко программу преобразований правового механизма противодействия преступности в цифровую эпоху можно выразить следующими положениями[21]:

– Отказ от «функционала следователя» как лишнего звена в обвинительной подсистеме – части состязательной уголовно-процессуальной системы, в которой вырабатывают основания решений в сфере применения уголовного закона. Субъектами расследования могут быть полицейские органы, но также и частные лица и даже «интеллектуальные агенты» (боты). Все они могут раскрывать цифровые преступления, получать сведения (цифровую информацию), относящуюся к предмету доказывания. Суд может использовать эту информацию, если подтвердится ее аутентичность.

– Деформализация доказывания и переход к самой «цифре», а также технологиям получения, передачи, поверки аутентичности цифровой информации. Вместо юридического стандарта допустимости должен быть стандарт «аутентичности цифровой информации», представляемой суду.

– Отказ от следственной технологии формирования доказательств, от «протокола следственного действия» как главного источника доказательств. Фактические материалы, содержащие цифровую информацию, могут быть представлены в любом виде – на электронных носителях, в телекоммуникационных каналах и сетях.

– Оценку доказательства должен осуществлять только человек (прокурор, судья). Обвинять и судить могут только люди, но не машины, потому что оценить

[21] В развернутом виде она представлена на сайте «Открытая полиция» Института проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге (см.: URL: https://openpolice.ru/pages/reform/diskussiya-o-reforme-ugolovnogo-processa/doktrinalnaya-model/rbk-eksperty-kudrina-predstavili-proekt-reformy-ugolovnogo-prava/).

правовую ситуацию и принять решение о применении закона к человеку – предъявить обвинение, осудить, оправдать может только другой человек. Принятие решения о доказанности обвинения и, соответственно, о привлечении к уголовной ответственности подсудимого должен только судья (присяжные заседатели). Машина должна быть априори исключена из этой сферы, ибо она не может судить человека.

Нижегородская академия МВД России

Александров А. С., *доктор юридических наук,*
профессор кафедры уголовного процесса

Nizhny Novgorod Academy of the Russian
Ministry of Internal Affairs

Aleksandrov A. S., *Doctor of Legal Sciences,*
Professor of the Criminal Process Department

E-mail: anrc@rambler.ru

УДК 343.137.5

Е. В. Брянская

УВАЖЕНИЕ ЛИЧНОСТИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО В ПРОЦЕССЕ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

Центральным звеном в уголовном судопроизводстве выступает процесс доказывания по уголовному делу. Процесс доказывания при расследовании преступлений и рассмотрении их в суде в рамках российского уголовного судопроизводства должен соответствовать тем гарантиям прав несовершеннолетних, которые закреплены в Пекинских правилах. Одной из гарантий, которая соответствует международным требованиям, является ст. 9 УПК РФ, которая закрепляет положения об уважительном, корректном отношении к участнику уголовного судопроизводства.
Ключевые слова: честь, достоинство, личность, несовершеннолетний, доказывание, процессуальные гарантии.

RESPECT OF THE IDENTITY OF THE MINOR IN THE COURSE OF PROOF ON CRIMINAL CASE

The central link in criminal proceedings is the process of proving in a criminal case. The process of proof in the investigation of crimes and their consideration in court within the framework of Russian criminal proceedings should be consistent with those guarantees of the rights of minors, which are enshrined in the Beijing Rules. One of the guarantees that meets international requirements is art. 9 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, which fixes provisions on a respectful, correct attitude towards a participant in criminal proceedings.
Key words: honor, dignity, personality, minor, proof, procedural guarantees.

Поступила в редакцию 10 мая 2018 г.

Самым верным критерием оценки доброго воспитания является способность увидеть образ Божий в другом человеке[1]. Данные слова актуальны при производстве по уголовным делам в отношении несовершеннолетних. Именно дети являются той уязвимой категорией участников уголовного судопроизводства, которые нуждаются в обеспечении корректного производства по уголовному делу.

Процесс доказывания по уголовному делу является стержневым понятием и реализуется посредством проведения процессуальных, следственных действий. Этап собирания доказательств по уголовным делам в отношении несовершеннолетних должен проходить в тесной взаимосвязи с обеспечением всех гуманных гарантий ребенка. Относительно расследования и рассмотрения в суде уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних цель заключается не столько в том, чтобы наказать несовершеннолетнего, а сколько в помощи ему встать на истинный путь, сделать выводы и предупредить возможную дальнейшую преступность несовершеннолетних. В этом заключается смысл восстановительного правосудия. Каждый следователь, дознаватель, судья должен понимать, что в его руках судьба еще не сформировавшейся личности, значит, нужно так строить процесс доказывания по уголовному делу, чтобы он был продуманным, гуманным, с учетом психологического, индивидуального подхода к каждому ребенку.

[1] См.: *Дробышевская Н. А*. Не должны быть потеряны дети : из опыта работы с трудными детьми. М., 2013. С. 117.

© Брянская Е. В., 2018

В связи с этим М. Н. Садовникова отмечает, что впервые термин «дружественное к ребенку правосудие» раскрыт в Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 гг. В частности, под «“дружественным к ребенку правосудием” подразумевается система судопроизводства в отношении детей, гарантирующая уважение прав ребенка и их эффективное обеспечение»[2].

В целях развития гуманного подхода к правам несовершеннолетних юридическим институтом Иркутского государственного университета регулярно проводятся мероприятия, направленные на совместное обсуждение проблем прав несовершеннолетних. Научно-практические мероприятия ЮИ ИГУ являются отправной точкой для приложения усилий к формированию согласованных подходов судебных органов, образовательных учреждений и всех государственных и негосударственных институтов по созданию системы дружественного к ребенку правосудия и восстановительных технологий для эффективного механизма защиты прав детей[3].

В аспекте дружественного правосудия наиболее актуальным выступает принцип уважения чести и достоинства личности. Именно дружественное правосудие предполагает отношение к ребенку, к его правам в аспекте уважения. Дружественное правосудие имеет своей предпосылкой личностный подход к несовершеннолетнему.

В целом хотелось бы отметить, что независимо от статуса несовершеннолетнего при производстве по уголовному делу следует предъявлять особые требования к дознавателю, следователю, судье, в производстве которых находится уголовное дело. Высоконравственное поведение сотрудников органов уголовного преследования, суда, в том числе и защитника, их моральные начала – это показатели реализации основополагающей нормы уголовного судопроизводства об уважении чести, достоинства личности несовершеннолетнего.

Принцип уважения чести и достоинства личности направлен на реализацию гарантий как Пекинских правил, так и ст. 2 Конституции РФ, согласно которой высшей ценностью в нашем государстве признаются человек, его права и свободы.

В УПК РФ нашла отражение концепция, согласно которой уголовное судопроизводство рассматривается в качестве средства защиты от любых форм произвола. Так, в качестве одного из видов назначения уголовного судопроизводства определена защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ).

В свете ст. 9 УПК РФ 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.

Ни один несовершеннолетний не может подвергаться насилию, пыткам, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению.

Общеизвестным фактом является то, что в результате действий сотрудников правоохранительных органов и суда наносится урон чести и достоинству лично-

---

[2] *Садовникова М. Н., Раднаева Э. Л.* Дружественное к ребенку правосудие и восстановительно-медиативные технологии : аналитический обзор науч.-практ. форумов в Восточной Сибири // Сибирский юрид. вестник. 2016. № 1 (72). С. 92.

[3] См.: *Садовникова М. Н*. Медиация и медиативные технологии в профессиональной деятельности сотрудников субъектов системы профилактики преступности несовершеннолетних // Сибирский юрид. вестник. 2013. № 3. С. 76.

сти, следовательно, нарушается принцип уважения чести и достоинства личности. В связи с этим подчеркнем, что уважение чести и достоинства в правовом аспекте – это конституционная обязанность государственных органов и их должностных лиц, которая основана на признании несовершеннолетнего личностью и служит охране моральных благ[4].

В соответствии со ст. 21 Конституции РФ государство обязано охранять достоинство личности во всех сферах, чем утверждается приоритет личности и ее прав (ч. 2 ст. 17, ст. 18 Конституции РФ). Из этого следует, что личность ребенка в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ) и спорить с государством в лице любых его органов, посредством всех процессуальных гарантий, закрепленных УПК РФ.

Никто не может быть ограничен в защите перед судом своего достоинства, а также всех связанных с ним прав. Данное обстоятельство напрямую отражает принятие во внимание достоинства ребенка именно с позиции уважения, т. е. отношения к несовершеннолетнему как высшей ценности в обществе. Статья 2 Конституции РФ гласит: человек, его права и свободы являются высшей ценностью и признание, соблюдение, защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства.

Представляются важными высказывания авторов о том, что «принцип уважения чести и достоинства личности обнаруживается в обязанности лица, производящего дознание, следователя, прокурора и судьи не допускать действий, умаляющих честь подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в процессе расследования и разбирательства дела, не обращаться таким образом, будто виновность его уже установлена»[5]. Такие слова особенно актуальны и в защиту законных прав несовершеннолетних.

Уважение достоинства личности ребенка имеет прямую связь с гуманным отношением к нему, которое построено на человеколюбии. Гуманизация прав несовершеннолетних предполагает необходимость уважать и принимать ребенка как личность, учитывая его умственные, физические, нравственно-психологические особенности.

Разумеется, может возникнуть вопрос: достоин ли уважения несовершеннолетний, совершивший умышленное убийство? Уважение нами рассматривается в аспекте реализации процессуальных гарантий несовершеннолетнего, в основе которого заложено понимание заботы о ребенке. Совершение преступления ребенком – это социальная, глобальная проблема всего государства. В преступности несовершеннолетних заложены глубокие факторы нашей общей реальной действительности. Поэтому в силу п. 5.1 Пекинских правил система правосудия в отношении несовершеннолетних должна быть направлена на обеспечение благополучия несовершеннолетнего и обеспечение того, чтобы любые меры воздействия на несовершеннолетних правонарушителей были всегда соизмеримы как с особенностями личности правонарушителя, так и с обстоятельствами правонарушения.

---

[4] См.: *Мельникова Э. Б.* Ювенальная юстиция : проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики : учеб. пособие. М., 2000. С. 28.

[5] *Москалькова Т. Н.* Уважение чести и достоинства личности как принцип уголовного процесса : дис. … канд. юрид. наук. М., 1987. С. 45.

Кроме того, уважение к правам несовершеннолетнего должно быть реализовано в аспекте конфиденциальности, во избежание причинения вреда из-за ненужной гласности или ущерба репутации. На основании п. 8.2 Пекинских правил не должна публиковаться никакая информация, которая может привести к указанию на личность несовершеннолетнего правонарушителя. Материалы уголовных дел несовершеннолетних должны быть доступны ограниченному кругу лиц. Таким образом, такие положения обязывают применять правила конфиденциальности производства по делам несовершеннолетних на уровень основополагающего права судопроизводства в целом.

Анализ уголовно-процессуального закона позволяет сделать вывод о том, что объем прав несовершеннолетних в некоторой степени сужен. В главе 50 УПК РФ, посвященной производству по уголовным делам в отношении несовершеннолетних, нет ни одной нормы, закрепляющей право несовершеннолетнего на конфиденциальное производство[6].

Пекинские правила требуют уважения прав подростка на конфиденциальность на всех стадиях уголовного процесса (п. 8.1). Представляется, что УПК РФ необходимо дополнить аналогичной нормой с той целью, чтобы не только судебные заседания по делам несовершеннолетних проходили в закрытой форме, но и предварительное расследование носило строго конфиденциальный характер.

В связи с этим стоит вспомнить ч. 2 ст. 161 УПК РФ, которая обязывает следователя и дознавателя предупреждать участников судопроизводства о недопустимости разглашения ставших им известными данных предварительного расследования по всем уголовным делам без исключения, о чем у них берется подписка о предупреждении об ответственности в соответствии со ст. 310 УК РФ. Лицам, ведущим расследование, особенно по делам несовершеннолетних, необходимо строго и неуклонно соблюдать обязанность, предусмотренную для них ст. 161 УПК РФ, которая к тому же является общим условием предварительного следствия и дознания (глава 21)[7].

В результате проведенного нами исследования можно констатировать факты, имеющие место при производстве предварительного расследования, когда, в частности, одновременно в одном кабинете могут допрашиваться несовершеннолетние, проходящие по одному и тому же уголовному делу, хотя и разными следователями, но в присутствии одного защитника, который одновременно оказывает защиту в двух допросах. Думается, такое положение не только противоречит нормам о процессуальной форме допроса, но и правилам тактичности и уважительного отношения к участникам процесса.

Особого внимания требует участие психолога по уголовному делу в отношении несовершеннолетнего. К такому мнению приходят многие авторы, но у нас возникает несогласие с такой позицией. Конечно, психолог как лицо, владеющее специальными познаниями, может оказать в процессе консультативную помощь. Однако всем ли психологам можно доверять, особенно судьбу ребенка?

К сожалению, в России нет отлаженной государственной системы оказания психологической помощи. Психологи пользуются разными методиками, не объясняя их сущность ни следователю, ни судье. Еще в 2000 г. в лекциях по юридической

---

[6] См.: *Якушева Т. В*. О конфиденциальности в отношении несовершеннолетних в уголовном судопроизводстве // Изв. Алтайского гос. ун-та. 2015. № 4. С. 92.

[7] См.: *Тетюев С. В.* Производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних : учеб. пособие / под ред. А. В. Кудрявцевой. М., 2007. С. 22.

психологии на курсах повышения квалификации судей в Российской академии правосудия автор монографической и учебной литературы профессор В. В. Романов подчеркивал необходимость разработки системы методов психологической диагностики и представил свое соответствующее пособие, изданное в Московском НИИ судебной психиатрии имени В. П. Сербского. В частности, ученый предложил свой механизм изучения уровня эмоциональных переживаний потерпевшего и те психологические приемы, которые позволят наиболее правильно определить уровень его эмоционального потрясения. К сожалению, такие методики законодательно никак не закреплены и носят рекомендательный характер. Думается, что разрозненность знаний психологов и порой их слабая научная подготовленность не являются гарантами прав несовершеннолетних.

Данный вопрос остается до сих пор открытым, и правоприменители неоднозначно относятся к роли психолога при производстве по уголовным делам несовершеннолетних. Для многих подростков то обстоятельство, что они стали жертвой преступления, не случайно, а обусловлено их поведением, психологическими, личностными особенностями (в том числе и возрастными), условиями воспитания и жизненным опытом[8].

Полагаем, что реализацией одного из принципов уважения чести и достоинства личности несовершеннолетнего будет являться грамотный, специализированный подход к личности ребенка. Однако некоторые авторы подчеркивают, что индивидуальное воздействие специалистов на личность несовершеннолетнего является не вполне эффективным, и причины видятся в совокупности следующих обстоятельств: неконструктивное либо деструктивное взаимодействие с ним; формальный подход к выполнению своих функций; сохранение карательного подхода в работе с несовершеннолетним, который выражается в наказывании, а не в принятии мер в восстановлении прав несовершеннолетнего; игнорирование проблем несовершеннолетнего; отсутствие должного внимания к индивидуальным и возрастным психологическим особенностям несовершеннолетнего[9].

В силу несформировавшейся психики ребенка достаточно сильное влияние могут оказывать эмоции. С такой позиции следует учитывать, что эмоции могут или усилить процесс восприятия, запоминания и воспроизведения информации, или ослабить его.

Действующий УПК РФ в п. 4 ст. 196 не предусматривает обязательного назначения и проведения судебной экспертизы для определения психического или физического состояния несовершеннолетнего свидетеля в случаях, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и давать о них правильные показания[10].

Значит, можно поддержать мнение О. Ю. Андрияновой, что производство по уголовным делам о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, является особой уголовно-процессуальной формой, сущность которой состоит в обеспечении дополнительными гарантиями несовершеннолетних в ходе реализации

---

[8] См.: *Топорикова О. О.* Виктимологическая характеристика личности несовершеннолетнего, потерпевшего от посягательств на нормальное нравственное и физическое развитие // Проблемы укрепления законности и правопорядка : наука, практика, тенденции. 2013. № 6. С. 72.

[9] См.: *Садовникова М. Н*. Медиация и медиативные технологии в профессиональной деятельности сотрудников субъектов системы профилактики преступности несовершеннолетних // Сибирский юрид. вестник. 2013. № 3. С. 77.

[10] См.: *Волчецкая Т. С*. Криминалистическое изучение личности свидетеля : основные методы // Вестник Балтийского федер. ун-та им. И. Канта. 2012. Вып. 9. С. 96.

ими прав и законных интересов и снижении негативного воздействия судопроизводства по уголовному делу на психику несовершеннолетних[11].

При собирании доказательств в производстве отдельных следственных действий следует предупреждать вторичную психотравматизацию по факту ранее совершенного преступления.

Хотелось бы заметить, что по преступлению, совершенному в соучастии с взрослыми, уголовное дело в отношении несовершеннолетнего выделяется в отдельное производство. Нужно учитывать, что по выделенному уголовному делу несовершеннолетний, возможно, будет проходить в качестве подозреваемого, обвиняемого, а в суде в качестве подсудимого, а по уголовному делу, возбужденному в отношении взрослых соучастников, несовершеннолетний будет проходить свидетелем. Вот в такой ситуации каждому дознавателю, следователю, судье нужно особенно тонко подойти к вопросу личности несовершеннолетнего свидетеля, с участием которого следственные и процессуальные действия следует проводить осторожно, максимально корректно, в свете международных стандартов. По нашему мнению, процессуальные действия с участием несовершеннолетних должны быть корректными именно с позиции уважения их чести и достоинства.

В частности, в п. 5.1 Пекинских правил имеет место следующее положение: система правосудия в отношении несовершеннолетних направлена на обеспечение благополучия несовершеннолетнего и гарантии того, чтобы любые меры воздействия на несовершеннолетних правонарушителей были всегда соизмеримы как с особенностями личности правонарушителя, так и с обстоятельствами правонарушения. В связи с этим все более очевидна необходимость в создании единой государственной службы психологов, которые могли бы обеспечить в силу своих знаний, опыта стабильное психоэмоциональное состояние несовершеннолетнего участника следственных и процессуальных действий по уголовному делу.

---

[11] См.: *Андриянова О. Ю.* Особенности судопроизводства по уголовным делам о преступлениях несовершеннолетних : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 17.

Юридический институт Иркутского государственного университета

Брянская Е. В., *кандидат юридических наук,*
доцент кафедры судебного права

Judicial Institute of Irkutsk State University

Bryanskaya E. V., *Candidate of Legal Sciences,*
Associate Professor of the Department

УДК 343.1

И. М. Комаров

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЛИЦО КАК ПОТЕРПЕВШЕЕ ОТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Рассмотрены отдельные вопросы, связанные с участием юридического лица в уголовном судопроизводстве, а также особенности его участия в расследовании уголовного дела в качестве потерпевшего.
К л ю ч е в ы е с л о в а: юридическое лицо, уголовное судопроизводство, потерпевший.

LEGAL ENTITY, AS POTERPEVSHIE FROM CRIME IN THE RUSSIAN CRIMINAL PROCESS

The article discusses selected issues related to the participation of legal persons in criminal proceedings, as well as the peculiarities of his participation in the investigation of the criminal case as a victim.
K e y w o r d s: legal person, criminal proceedings, battered.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Действующий в Российской Федерации Уголовно-процессуальный кодекс в ст. 42 определил, что потерпевшим по уголовному делу может быть признано юридическое лицо в случае «причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации».

Этой правовой нормой законодатель определил два вида вреда для признания потерпевшим от преступления юридического лица. На факт необходимости введения в отечественное уголовно-процессуальное законодательство подобной нормы давно обращали внимание российские процессуалисты. Достаточно привести цитату из соответствующего обоснования, высказанного Л. Д. Кокоревым еще в 1964 г. В связи с этим он писал, что сложившаяся судебно-следственная практика уже давно обратила внимание правоприменителей на необходимость законодательного решения вопросов о «признании потерпевшими всех лиц, в том числе юридических, если им преступлением причинен вред»[1].

Проблема причинения вреда в уголовном процессе исследуется давно, и процессуалисты высказывают схожие мнения относительно содержания понятия вреда. Материальный вред понимается не только как реальный ущерб в имуществе, но и иные возможные лишения материальных благ, в какой бы форме они ни проявлялись. Физический вред рассматривается не только в качестве телесного повреждения, но и причинения физического вреда жизни и здоровью без телесных повреждений (заражение тяжелой или неизлечимой болезнью и пр.), моральный вред связывается не только с умалением чести и достоинства граждан, но и с причинением нравственных страданий лицу, против интересов которого было совершено преступление.

[1] *Кокорев Л. Д.* Потерпевший от преступлений в советском уголовном процессе. Воронеж, 1964. С. 6.

© Комаров И. М., 2018

Действующие положения Пленума Верховного Суда РФ закрепили определение морального вреда как «нравственных и физических страданий, причиненных действием (бездействием), посягающим на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, тайна и т. д.), или нарушающие его личные неимущественные права…»[2]. Это постановление Пленума носило в некотором смысле революционный характер, так как, основываясь на гражданско-правовом законодательстве, распространило положения о защите деловой репутации гражданина на юридическое лицо. В постановлении было указано: «Правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию гражданина, применяются и в случае распространения таких сведений в отношении юридических лиц».

Однако введение подобной нормы было воспринято судебными органами неоднозначно, как одним из «камней преткновения»; проблемой в судебной правоприменительной деятельности явилась практика отказа в удовлетворении исков о денежной компенсации морального вреда юридическим лицам. Обоснованием таких решений обычно являлся аргумент того, что суд не нашел оснований для удовлетворения заявленных требований.

Неправомерное действие, с которым связывается распространение несуществующих в действительности сведений, порочащих деловую репутацию юридического лица, имеет определенную специфику. Она заключается в том, что эти неправомерные действия могут одновременно порочить честь, достоинство и деловую репутацию определенного гражданина – сотрудника конкретного юридического лица. В этом особенность функционирования последнего, так как юридическое лицо действует не только через свои органы, но и преимущественно через своих сотрудников, и эти действия являются фактически «действиями» самого юридического лица. На этом основании достаточно часто сведения, что, например, юридическое лицо не добросовестно взаимодействует со своими контрагентами, содержат информацию о гражданах, через которых юридическое лицо совершает сделку. Аналогия с гражданско-правовым законодательством, определенная постановлением Пленума указывает только на возможность денежной компенсации морального вреда исключительно гражданину, установив в судебном разбирательстве меру его физических или нравственных страданий. Невозможность подобного правового поведения относительно юридического лица и является основанием неудовлетворения подобных его требований о возмещении морального вреда.

Современная российская экономика развивается в условиях рыночных отношений и жесткой конкуренции, а это обстоятельство уже давно требует обоснования и создания нормативно-правового механизма, который в состоянии был бы обеспечить возможность нормального функционирования субъектов рынка без искажения их деловой репутации в глазах общественного мнения. Деловая репутация фирм уже стала одним из видов их нематериальных активов. Это понимают и все игроки рынка, в связи с чем возрос интерес к нормам, регламентирующим деловую репутацию. Об этом с достоверностью свидетельствует положительная динамика судебных исков о защите деловой репутации в арбитражных судах.

Что же подразумевается под деловой репутацией юридического лица? Нормы действующего законодательства не дают однозначного ответа на этот вопрос.

[2] Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10.

Ответ можно найти в специальной литературе и правовых периодических изданиях. Одно из определений этого понятия гласит, что под «деловой репутацией юридического лица понимают приобретаемую им общественную оценку о качествах, достоинствах и недостатках, относящихся к его работе и профессиональной деятельности»[3]. Действующее законодательство охраняет деловую репутацию хозяйствующих субъектов[4] и запрещает любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, что может нанести ущерб деловой репутации других хозяйствующих субъектов – конкурентов. В связи с этим запрещается распространение ложных сведений, неточных и искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации.

Практика свидетельствует о том, что деловая репутация юридического лица порочится посредством СМИ, через оглашение информации, содержание которой не соответствует в действительности сведениям об этой организации. Обычной является практика реализации права юридического лица на опровержение порочащих сведений как в судебном, так и внесудебном порядке. Использование одного вида защиты деловой репутации не исключает возможности заинтересованного юридического лица обратиться и к другому виду защиты, например после опровержения через СМИ порочащей информации предъявить в общем порядке в суд иск о защите своей деловой репутации, если внесудебных мер недостаточно.

Право на защиту деловой репутации юридического лица может быть реализовано только в гражданском или административном судопроизводстве в отличие от защиты чести и достоинства гражданина. Уголовное право не предусматривает ответственности за посягательство этого рода на юридическое лицо, несмотря на то, что от деловой репутации во многом зависит успешность юридического лица на рынке. В связи с этим нам кажется обоснованным неоднократные высказывания относительно необходимости закрепления в действующем законодательстве возможностей возмещения вреда, причиненного деловой репутации юридического лица в виде денежных компенсаций.

Законодатель обоснованно признает юридическое лицо потерпевшим от преступления. Этот факт хорошо обосновывается общими принципами рыночных отношений, такими, например, как усложнение социальной организации общества, динамикой развития экономических отношений, развитием уровня общественного сознания и пр.

Однако прежде чем далее развивать тему заявленной публикации следует обратиться к историческим аспектам становления правового понятия «юридическое лицо». Появление этого понятия является заслугой римского частного права и было обусловлено в своем дальнейшем развитии потребностями экономики, что предопределило появление в качестве самостоятельного участника общественных производственных отношений так называемого олицетворенного имущества, которое требовало всего юридического оформления.

---

[3] *Иваненко Ю. Г.* Деловая репутация юридических лиц и ее правовая защита // Законодательство. 2000. № 10. С. 11.

[4] О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках : федер. закон от 22 марта 1991 г. // Ведомости ВС РФ. 1991. № 16. Ст. 499.

В России термин «юридическое лицо» получил правовое закрепление в Гражданском кодексе РСФСР (1922 г.), им признавалась организация, обладающая обособленным имуществом и могущая от своего имени приобретать имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцами и ответчиками в суде.

Развитие этого гражданско-правового понятия позволило в современном Гражданском кодексе представить юридическое лицо следующим определением – «юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязанностям этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде».

Современное представление о юридическом лице позволяет выделить некие его признаки. Так, юридическое лицо должно иметь определенную структуру, выполнять функции, иметь органы управления. Организационное единство юридического лица основано на нормативно-правовой основе, которая соответствует уставу или учредительным документам. В этих документах определяются основные компоненты юридического лица, его наименование, предмет ведения и цели деятельности, структура органов управления и контроля, компетенции, порядок функционирования и пр. Юридическое лицо имеет обособленное имущество, это материальная основа его деятельности. Имущественная обособленность юридического лица в соответствии с предметом его деятельности определяется самостоятельным балансом или сметой (в зависимости от того, является ли организация коммерческой или некоммерческой). Юридическое лицо всегда несет самостоятельную имущественную ответственность, что соответствует правилу – участники юридического лица не отвечают по его обязательствам, а юридическое лицо не отвечает по их обязательствам, если иное не предусмотрено законом. Юридическое лицо выступает от своего имени, т. е. приобретает и осуществляет права и обязанности, выступает истцом и ответчиком в суде.

Интерпретируя признаки юридического лица на уголовно-процессуальные отношения, можно сказать, что, будучи признанным в качестве потерпевшего по уголовному делу, юридическое лицо наделяется комплексом процессуальных прав (ст. 42 УПК РФ). Однако в связи с этим возникает некая процессуальная проблема, в основе которой лежит отсутствие законодательного разграничения прав потерпевшего – физического лица и юридического лица. Между тем их неидентичность очевидна.

Возьмем, к примеру, право потерпевшего давать показания. В гражданском законодательстве оно принадлежит руководителю, который наделен такими полномочиями в соответствии с учредительными документами. В уголовном судопроизводстве интересы юридического лица как потерпевшего делегированы представителю, но соответствующая процессуальная форма такого представительства уголовным процессом не предусмотрена. Не решает эту процессуальную проблему и ч. 9 ст. 42 УПК РФ, где права признанного потерпевшим юридического лица осуществляет его представитель, так как в ней не идет речь об обязанностях последнего, т. е. как быть в ситуациях, когда возникает вопрос об ответственности юридического лица в случае дачи его представителем ложных показаний, разглашения данных предварительного расследования и пр. Эти и многие другие коллизионные проблемы указывают на необходимость процес-

суального разграничения физического и юридического лица как потерпевших от преступления.

Институт представительства юридического лица в уголовном судопроизводстве указывает на некие ограничения юридического лица реализовывать принадлежащие ему права и обязанности в полном объеме, что негативно характеризует полноценность данных процессуальных положений.

Уголовно-процессуальное законодательство (ч. 1 ст. 45 УПК РФ), определяя представительство в уголовном процессе отсылает нас к гражданскому законодательству (ч. 1 ст. 182 ГК РФ), где различаются представительства, основанные: а) на административном акте; б) на законе; в) на договоре. Раскрывая содержание каждого, отметим, что на административном акте основано представительство, где представитель действует от имени, представляемого в силу административного распоряжения, что основано на членстве в организации, а также обстоятельствах, когда юридическое лицо издает приказ о назначении работника на должность, связанную с осуществлением определенных представительских функций. Представительство, основанное на законе, возникает по прямому указанию закона и без участия воли представляемого лица в ситуациях, когда представляемое лицо является недееспособным. Договорное представительство представляет собой отношения, которые возникают по воле представляемого лица (договор, поручение).

Исходя из действующего уголовно-процессуального законодательства, которое признает потерпевшим юридическое лицо, наиболее актуальным видом представительства юридического лица следует считать представительство на основе административного акта (ч. 9 ст. 42 УПК РФ).

Вместе с тем следует согласиться, что представительство в уголовном процессе менее разработанный правовой институт в сравнении с гражданским законодательством, что постоянно вызывает затруднение у правоприменителя, когда потерпевшим признается юридическое лицо. Одна из главных проблем здесь относится к механизму вступления представителя юридического лица в уголовный процесс. В гражданском судопроизводстве все обстоит проще. При наличии административного акта в качестве основания представительства суды в дополнительное подтверждение требуют учредительные документы организации, что считается достаточным. Но что должен требовать от представителя юридического лица, потерпевшего по уголовному делу, соответствующий правоприменитель? Если представителем выступает его работник или третье физическое (юридическое) лицо, то в подтверждение полномочий достаточно доверенности с возложением прав и обязанностей. Однако какой письменный документ может ввести его в уголовный процесс? Как вариант таким документом, вероятно, может стать поручение, содержащее некое задание для поручителя с его соответствующими, конкретно определенными полномочиями.

Еще одной проблемой юридического лица, потерпевшего от уголовного преступления, является способ защиты нематериальных благ – чести, достоинства, доброго имени и деловой репутации. Если рассматривать гражданско-правовой аспект этого вопроса, то здесь особых проблем не возникает. Гражданское законодательство предоставляет гражданину, в отношении которого распространяются сведения, порочащие его честь и достоинство, а также деловую репутацию, право на опровержение и требование возмещения причиненных убытков и морального вреда (ст. 152 ГК РФ). Аналогичные правила распространяются и на юридиче-

ских лиц[5], которым по решению суда компенсация морального вреда может быть определена в денежном выражении.

В уголовном судопроизводстве это невозможно, что требует дальнейшего совершенствования этой части уголовного процесса, для того чтобы найти процессуальные формы решения данной уголовно-процессуальной проблемы без необходимости последующего обращения с соответствующим иском в гражданское судопроизводство. На наш взгляд, не следует бояться изменять текущее законодательство с тем, чтобы максимально улучшить возможности функционирования юридических лиц в российских социально-экономических условиях.

[5] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3.

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Комаров И. М., *доктор юридических наук,*
профессор кафедры криминалистики

Moscow State University named after M. V. Lomonosov

Komarov I. M., *Doctor of Legal Sciences,*
Professor of the Criminalistics Department
E-mail: mgu/ikomarov@mail.ru
Tel.: 8-495-938-26-42

УДК 343

Р. В. Костенко

СООТНОШЕНИЕ ПРЕДМЕТА И ПРЕДЕЛОВ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Рассматривается проблема соотношения предмета и пределов доказывания в уголовном процессе, а также связанная с этим проблематика определения надлежащих средств установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

К л ю ч е в ы е с л о в а: доказывание в уголовном процессе, доказательства в уголовном процессе, пределы доказывания по уголовным делам, предмет доказывания по уголовным делам, обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовным делам.

THE RATIO OF THE SUBJECT AND LIMITS OF PROVING IN THE CRIMINAL PROCESS

This article discusses the problem of the relation of the subject and limits of proving in criminal process, as well as associated issues determine appropriate means of establishing the circumstances relevant to the proper resolution of the criminal case.

K e y w o r d s: proving in criminal proceedings, of evidence in criminal proceedings, the limits of proof in criminal cases, the subject of proof in criminal cases, circumstances subject to averment on criminal cases.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В науке уголовного процесса считается общепризнанной прямая корреляция между обстоятельствами, подлежащими доказыванию (предметом доказывания), и пределами доказывания по уголовным делам[1]. Причем большинство авторов склонны утверждать, что различия в классификации обстоятельств и фактов, входящих в предмет доказывания, оказывают непосредственное влияние на изменения пределов доказывания[2].

С точки зрения гносеологии уголовно-процессуальное доказывание можно рассматривать как деятельность, направленную на получение знаний об определенных явлениях материального мира, объектах окружающей действительности. Эти явления объективной действительности выражены в «обстоятельствах»

---

[1] См.: *Банин В. А.* Проблема предмета доказывания и истины в советском уголовном процессе // Доказывание по уголовным делам : сб. науч. трудов. Красноярск, 1986. С. 38 ; *Давлетов А. А*. Основы уголовно-процессуального познания. 2-е изд., испр. и доп. Екатеринбург, 1997. С. 125–126 ; *Шейфер С. А*. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. С. 83.

[2] См.: *Боруленков Ю. П*. Пределы доказывания как категория // Уголовное судопроизводство. 2014. № 3. С. 29–32 ; *Мичурина О. В., Герасимова В. А*. О возможных негативных последствиях необоснованного сужения предмета доказывания по уголовному делу // Вестник Моск. ун-та МВД России. 2016. № 4. С. 90–93 ; *Пелих И. А.* Классификация фактов, входящих в предмет доказывания и их влияние на изменение пределов доказывания // Вестник Омск. ун-та. Серия: Право. 2015. № 4 (45). С. 192–194 ; *Его же*. Структура предмета доказывания и ее влияние на пределы доказывания // Судебная власть и уголовный процесс. 2016. № 1. С. 109–114 ; *Татаров Л. А.* Соотношение предмета и пределов доказывания в уголовном процессе // Закон и право. 2013. № 3. С. 65–69.

© Костенко Р. В., 2018

и «фактах». Понятие «факт» означает действительное, вполне реальное событие, явление; то, что действительно произошло[3]. «Обстоятельство» – это явление, сопутствующее какому-нибудь другому явлению и с ним связанное[4].

При производстве по уголовному делу выясняется значительное число всевозможных фактов и обстоятельств. Необходимо согласиться с мнением тех авторов, которые все факты (обстоятельства), устанавливаемые по уголовным делам, разделяют на три группы[5]. «Одна из них – юридические факты, предусмотренные законом в качестве оснований разрешения уголовного дела, то есть для постановления приговора, постановления или определения о прекращении дела либо иного решения, завершающего производство по уголовному делу. В законе и в юридической литературе они именуются обстоятельствами, подлежащими доказыванию, или главным фактом либо предметом доказывания. Вторую группу составляют юридические факты, предусмотренные законом в качестве оснований для отдельных решений, предшествующих завершению производства по делу: о возбуждении уголовного дела, применении мер процессуального принуждения, назначении экспертизы и др. Третью, наиболее многочисленную и разнообразную группу, представляют обстоятельства, которые сами по себе лишены юридического значения, но исследуются в уголовном процессе для установления юридических фактов первых двух групп. Они именуются доказательственными, или побочными, или вспомогательными фактами, или фактами, относящимися к доказыванию»[6].

Как полагают другие процессуалисты, кроме названных групп, необходимо выделять еще и обстоятельства, имеющие значение для оценки доказательств. Так, Н. П. Кузнецов предлагает относить к их числу обстоятельства, необходимые для определения достоверности доказательств, а также допустимости доказательств[7].

Подобного рода обстоятельства по своему назначению и природе не могут составлять самостоятельную группу. В частности, к примеру, установление факта неприязненных взаимоотношений между свидетелем и обвиняемым может содействовать определению достоверности показаний указанных лиц. Однако данное обстоятельство не выступает в качестве основания применения норм ни материального, ни процессуального права. Оно представляет собой разновидность вспомогательных (доказательственных) фактов, относящихся к доказыванию. Обстоятельства, которые служат основаниями исключения недопустимых доказательств, могут самостоятельно выступать в качестве оснований решений процессуального характера. Так, факт неуведомления следователем перед началом допроса о положениях ст. 51 Конституции РФ влечет за собой недопустимость полученных впоследствии показаний в качестве доказательств. В связи с этим обстоятельства, являющиеся основаниями для определения достоверности доказательств, должны относиться к побочным, промежуточным фактам, выясняемым по уголовному делу. Обстоятельства же, имеющие значение для определения допустимости доказательств, составляют юридические факты, предусмотренные УПК РФ в качестве оснований для отдельных решений, предшествующих завершению производства по уголовному делу.

---

[3] См.: *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. М., 2008. С. 692.

[4] См.: Там же. С. 351.

[5] См.: *Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М*. Уголовный процесс России : лекции-очерки / под ред. В. М. Савицкого. М., 1997. С. 88.

[6] Там же.

[7] См.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П*. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 83–85.

Следует согласиться с мнением тех авторов, которые утверждают, что в содержание предмета доказывания необходимо включать лишь те фактические обстоятельства, которые имеют правовое значение[8], поэтому «предмет доказывания – это определяемая согласно положениям УПК РФ и УК РФ совокупность подлежащих обязательному доказыванию по делу фактов (основных), а также иных существенных фактов, ставших предметом расследования и уголовно-правового спора»[9].

Как полагает В. Джатиев, обстоятельства предмета доказывания представляют собой исключительно обстоятельства преступления, поскольку доказывание есть не что иное, как функциональный компонент обвинения (материально-правовым компонентом обвинения является формулирование обвинительного тезиса)[10].

Обстоятельства предмета доказывания необходимо отождествлять с обстоятельствами, подлежащими доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ). Они непосредственно связаны с понятием преступления (ст. 14 УК РФ), основаниями уголовной ответственности (ст. 8 УК РФ), основаниями освобождения от уголовной ответственности (ст. 75–78 УК РФ), общими началами назначения наказания, признаками конкретных составов преступлений, предусмотренных Особенной частью УК РФ.

Перечень в ст. 73 УПК РФ обстоятельств, подлежащих доказыванию, не только является основанием для уголовного преследования и постановления обвинительного приговора, но и указывает на обстоятельства, которые исключают преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), обстоятельства, смягчающие наказание (п. 6 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания (п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). В связи с этим обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, всегда влияют на определение квалификации деяния и решение иных уголовно-правовых вопросов. Как указывает П. А. Лупинская, правильное применение уголовного закона зависит не только от применения надлежащей нормы уголовного закона к уже установленным обстоятельствам, а определяется самим ходом исследования фактических обстоятельств дела, его всесторонностью и полнотой[11].

Надо полагать, основным показателем отнесения тех или иных обстоятельств к предмету доказывания является возможность их установления посредством достаточных доказательств, когда достигаются необходимые пределы доказывания по уголовным делам. Другие сведения, не относящиеся к достаточным доказательствам, не могут быть использованы для определения обстоятельств предмета доказывания. Соответственно, предмет доказывания по уголовным делам опосредован существованием необходимых пределов доказывания, которые представляют собой достаточные доказательства.

---

[8] См.: *Зотов Д. В*. От элементов состава преступления к пределам доказывания : отдельные аспекты взаимосвязи уголовного права и процесса // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 4. С. 217–218 ; *Пелих И. А*. Структура предмета доказывания и ее влияние на пределы доказывания // Судебная власть и уголовный процесс. 2016. № 1. С. 109–114.

[9] *Кучина Я. О.* Пределы доказывания по уголовным делам и их соотношение с пределами уголовной ответственности // Известия Тульского гос. ун-та. Экономические и юридические науки. Тула, 2016. № 2/3. С. 316.

[10] См.: *Джатиев В*. О некоторых вопросах теории доказательств, обвинения и защиты // Рос. юстиция. 1994. № 8. С. 16.

[11] См.: *Лупинская П. А.* Значение судебной практики для совершенствования доказательственной деятельности // Советская юстиция. 1986. № 18. С. 7.

Между тем некоторые авторы склоняются к тому, что не всегда средствами установления обстоятельств предмета доказывания могут выступать только достаточные доказательства[12]. При этом другие процессуалисты считают, что с помощью достаточных доказательств выясняются любые обстоятельства в ходе производства по уголовным делам[13].

С представленными выше взглядами нельзя согласиться по следующим причинам. Во-первых, ученые, отстаивающие позицию о том, что достаточными доказательствами можно устанавливать любые обстоятельства и факты уголовного дела, придерживаются точки зрения, что доказательства обладают только двумя обязательными признаками: относимостью и допустимостью. В таком случае получение достаточных доказательств будет означать достижение вероятного знания о наличии или отсутствии обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела. Однако эти же авторы не отрицают возможность получения достоверного знания также с помощью достаточных доказательств. Получается, что в одних случаях достаточные доказательства будут характеризоваться вероятными пределами доказывания, в других – достоверными. На наш взгляд, при данных выводах страдают законы формальной логики. Если признать, что достаточные доказательства в некоторых случаях обеспечивают достижение вероятного уровня знаний об обстоятельствах и фактах уголовного дела, то получается, что достаточные доказательства должны быть тождественны недостаточным доказательствам. Поскольку бесспорным является тот факт, что недостаточные доказательства всегда означают недостоверное (вероятное) знание. Пределы доказывания не могут выражаться посредством достаточных доказательств в двух совершенно противоположных друг другу значениях. Во-вторых, как показывает анализ положений действующего УПК РФ, категория «достаточность доказательств» используется законодателем применительно к установлению именно обстоятельств и фактов, входящих в предмет доказывания. Тем самым обеспечиваются надлежащие пределы доказывания обстоятельств, обладающих материально-правовым значением. Например, обстоятельства, являющиеся основаниями для обвинения лица в совершении преступления, должны быть установлены достаточными доказательствами (ст. 171 УПК РФ). Согласно ч. 1 ст. 215 УПК РФ, обстоятельства предмета доказывания, составляющие основу обвинительного заключения, выясняются посредством достаточных доказательств. В-третьих, как представляется, необходимо учитывать особенности установления обстоятельств исключительно процессуального характера, которые выступают основаниями решений о применении мер принуждения, о признании лиц участниками процесса, о производстве следственных действий, об отводах, о приостановлении, соединении, выделении уголовных дел, о судьбе вещественных доказательств и

---

[12] См.: *Карнеева Л. М.* Доказательства в советском уголовном процессе. Волгоград, 1988. С. 19–20 ; *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве : теория, законодательство, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 11–12 ; *Резник Г. М.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977. С. 15–16.

[13] См.: *Зинатуллин З. З., Егорова Т. З., Зинатуллин Т. З.* Уголовно-процессуальное доказывание : концептуальные основы. Ижевск, 2002. С. 27–28 ; *Кочкина М. А.* Оценка достаточности доказательств на этапе окончания предварительного расследования по уголовному делу : дис. … канд. юрид. наук. М., 2015. С. 55–56 ; *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания / науч. ред. Я. С. Аврах. Казань, 1976. С. 48–49 ; *Чирков Ф. В.* Оценка доказательств в ходе окончания предварительного следствия : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2012. С. 11–12.

т. п. Средствами выяснения подобного рода обстоятельств нередко являются достаточные данные, т. е. сведения, которые не всегда можно считать доказательствами по уголовному делу. В УПК РФ в нормах, регламентирующих порядок и основания выяснения обстоятельств исключительно процессуального характера также в основном не встречается понятие «достаточные доказательства». Например, применение мер пресечения в соответствии с ч. 1 ст. 97 УПК РФ («Основания для избрания меры пресечения») возможно при наличии достаточных оснований. Производство обыска согласно ч. 1 ст. 182 УПК РФ возможно при наличии достаточных оснований.

«Оценке с точки зрения достаточности в уголовном судопроизводстве подлежат не только доказательства в их совокупности, необходимые для принятия итогового процессуального решения по уголовному делу, но и данные, полученные в ходе предварительного расследования, на основе которых дознаватель, следователь, суд принимают промежуточные решения (проведение следственных действий, избрание меры пресечения в виде заключения под стражу и др.)»[14]. В частности, С. И. Скабелин предлагает выделять следующие особенности понятия «данные»:

1. «Данные» в отличие от «доказательств» не всегда входят в предмет доказывания по уголовному делу.

2. Процессуальная форма закрепления характерна для «доказательств», «данные» могут не обладать этим свойством, но влиять на принятие решений по уголовному делу[15].

Достаточные данные не связаны с обстоятельствами, подлежащими доказыванию по уголовным делам. Так, сведения, представляемые в суд для обоснования избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, не относятся к обстоятельствам, подлежащим доказыванию в соответствии со ст. 73 УПК РФ. Кроме того, достаточные данные, используемые в качестве оснований установления обстоятельств исключительно процессуального характера, не обязательно должны быть достоверными. Этим достаточные данные отличаются от достаточных доказательств, которые предполагают достижение достоверных пределов доказывания по уголовным делам. Согласно ст. 74 УПК РФ доказательствами необходимо устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Полагаем, что сформулированные в данной норме «иные обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела», представляют собой промежуточные факты. Промежуточные (доказательственные) факты не имеют юридического значения, однако используются в качестве средств обоснования наличия или отсутствия обстоятельств предмета доказывания. Эти факты выясняются по всем уголовным делам, в которых для установления искомых обстоятельств предмета доказывания используются косвенные доказательства. При помощи достаточных косвенных доказательств определяются промежуточные (доказательственные) факты. По словам А. А. Хмырова, содержанием косвенных доказательств являются сведения о промежуточных фактах, не входящих в предмет доказывания, но в силу своей объективной связи с ним дающих основание для

[14] *Скабелин С. И.* Соотношение понятий «достаточные данные» и «достаточные доказательства» в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1753.

[15] См.: Там же. С. 1754.

вывода о наличии или отсутствии обстоятельств исследуемого правонарушения[16]. Более того, отдельные исследователи утверждают, что уголовно-процессуальное доказывание всегда является косвенным (опосредованным) по своей природе[17]. Вместе с тем содержащиеся в ч. 1 ст. 74 УПК РФ положения не могут расцениваться посредством отождествления обстоятельств, подлежащих доказыванию, с промежуточными фактами, а также включения последних в содержание предмета доказывания по уголовным делам. Такой вывод делают некоторые процессуалисты, полагающие, что в ч. 1 ст. 74 УПК РФ корректнее было бы зафиксировать, что с помощью доказательств устанавливаются обстоятельства, имеющие значение для дела, охватывая, таким образом, и обстоятельства, перечисленные в ст. 73 УПК РФ, и промежуточные (доказательственные) факты[18]. В качестве опровержения указанной позиции необходимо обратить внимание на то, что в ст. 73 УПК РФ прямо перечислен в самом общем виде круг обстоятельств, имеющих только материально-правовое значение, тем самым промежуточные (доказательственные, вспомогательные) факты находятся за рамками предмета доказывания по уголовному делу.

---

[16] См.: *Хмыров А. А.* Косвенные доказательства в уголовных делах. СПб., 2005. С. 13.

[17] См.: *Шелегов Ю. В.* Использование косвенных доказательств в уголовном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2016. С. 16.

[18] См.: *Григорьев В. Н., Победкин А. В*. О методологии совершенствования доказательственного права // Государство и право. 2003. № 10. С. 57.

Кубанский государственный университет

Костенко Р. В., *доктор юридических наук,*
профессор кафедры уголовного процесса

Kuban State University

Kostenko R. V., *Doctor of Legal Sciences,*
Professor of the Criminal Process Department
E-mail: rom-kostenko@yandex.ru

УДК 343

Г. В. Стародубова

ИСТИНА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ: КОГДА «ДВОЙНЫЕ СТАНДАРТЫ» УМЕСТНЫ

Установление объективной истины как инвариантного и интерсубъективного знания о преступлении и лице, его совершившем, является необходимым условием постановления обвинительного приговора в общем порядке. Однако абсолютизации истины быть не должно, поскольку обязательство государства расследовать преступление является обязательством в отношении средств, а не результата.
К л ю ч е в ы е с л о в а: истина, уголовный процесс, доказывание, уголовное дело.

THE TRUTH IN THE CRIMINAL PROCESS: WHEN THE "DOUBLE STANDARDS" ARE APPROPRIATE

The objective truth as invariant and intersubjective knowledge about the crime and the person which made it is a necessary condition of the resolution of a conviction sentence in the general order. However absolutization of the truth should not be as the obligation of the state to investigate crime is the obligation to means, but not result.
K e y w o r d s: truth, criminal process, proof, criminal case.

Поступила в редакцию 10 мая 2018 г.

Да и кто сказал, что одна истина действительна?
Ложь так же живуча, как и истина, если не более.

И. С. Тургенев
Дневник лишнего человека

Нормы уголовно-процессуального права регулируют деятельность суда, прокурора, следственных органов, органов дознания и их отношения между собой, а также с гражданами и организациями при расследовании, рассмотрении и разрешении уголовных дел. Залогом высоких результатов при выполнении государственными органами и их должностными лицами своих функций в сфере уголовного судопроизводства являются сбалансированные и гармоничные правовые модели поведения, закрепленные в законе. С ними и их применением связывается эффективность правового регулирования.

В то же время необходимо понимать, что правовое регулирование эффективно только тогда, когда смысл правовых текстов представляется субъектам понятным, доступным и приемлемым. Но эти качества зависят не только от буквального содержания предписаний, их логико-грамматической стороны. Право как текст должно иметь определенное ценностное содержание, и только оно по-настоящему важно[1].

Ценностное содержание уголовно-процессуального права выражается в его назначении, которое неразрывно связано с установлением истины об обстоятельствах преступления и лице, его совершившем. Негативны последствия постановления как оправдательного, так и обвинительного приговора, если истина по делу не

[1] См.: Эффективность правового регулирования / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017. С. 8.

© Стародубова Г. В., 2018

достигнута. Оправдание виновных порождает ощущение безнаказанности, что, в свою очередь, способствует дальнейшему совершению преступлений. Осуждение невиновных своим итогом имеет незаконное и безосновательное ограничение или лишение их прав и свобод, что является основой для негативного отношения как к праву, так и ко всей системе государственных органов, включая суд. Результатом и того и другого будет неверие в справедливость, законность правосудия, пренебрежительное отношение к нему и законодательству в целом, рост преступности, в особенности профессиональной[2]. При этом необходимо отдавать себе отчет, что постановление приговоров исключительно на основании истинного знания – идеальная модель отправления правосудия по уголовным делам, воплощение которой в реальной действительности сталкивается с препятствиями, связанными с несовершенством процессуальной формы, человеческим фактором, недостаточными материально-техническими ресурсами и т. п.

УПК РФ содержательно ориентирован на достижение истины в ходе доказывания. Такой вывод в своей основе имеет системный анализ положений ст. 73, 86 и многих других его норм. Однако отсутствие самого этого слова в законе ощущается как «недоработка».

В условиях кризиса ценностей в российском обществе, который проявился в «потере целей, способных консолидировать людей в силу их связи с удовлетворением существенных для человека потребностей»[3], в переживании смыслоутраты, нельзя не учитывать, что «законное» и «нравственное» – это не одно и то же. Закон не способен заменить совесть, государство не может сделать людей нравственными всегда и во всем. Закон может сдерживать социальное зло, включая произвол со стороны системы органов государственной власти, исключительно внешним образом, устанавливая систему формальных правил. Но этого недостаточно. Закон должен отражать «высокие идеалы». Закрепление в УПК РФ истины как цели доказывания в уголовном процессе уже само по себе будет являться свидетельством нравственности закона. Кроме того, установка на получение достоверного знания об обстоятельствах преступления является понятной для правоприменителя.

В то же время нужно уберечься от противоположной крайности по отношению к полному отрицанию объективной истины в доказывании по уголовным делам. Истину нельзя идеализировать и абсолютизировать. Лозунг Глеба Жиглова: «Вор должен сидеть в тюрьме! И неважно, как я его туда посажу» – в правоприменении играет отрицательную роль. Признание уголовно-процессуальным законом приоритета защиты личности от необоснованного ограничения, а порой и лишения ее прав и свобод не противоречит истине как цели доказывания. Ее достижение в честном судопроизводстве, в котором в полной мере реализуются положения ст. 2 Конституции РФ о человеке с его правами и свободами как высшей ценности, является действенным способом повысить авторитет системы органов, осуществляющих предварительное расследование и реализующих судебную власть.

Классическая концепция объективной истины в полной мере должна реализовываться в случае постановления обвинительного приговора при рассмотрении и разрешении уголовного дела в общем порядке. В его основе предполагается знание, адекватно отражающее действительность, соответствующее реальности.

---

[2] См.: *Стародубова Г. В.* Установление истины в уголовном процессе. Воронеж, 2010. С. 38–39.

[3] *Знаков В. В., Рябикина З. И.* Психология человеческого бытия. М., 2017. С. 203.

Совершенно верно вновь и вновь возникает вопрос о том, каким образом достигается соответствие знания действительности?[4] Как оценить объективность знания о преступлении? Первым признаком нашего знания является субъективность, и она же считается худшим его недостатком. С ним человечество боролось столетиями, считая идеальным такое знание, которое хотя и приобретается субъектом, но не зависит от него в своей достоверности, понимаемой как форма существования истины, которая каким-либо образом обоснована.

Знание, получаемое субъектами, будет независимым от них, если оно является одним и тем же для всех знающих субъектов. Принципиальное значение в данном случае имеют два аспекта. Во-первых, знание должно быть *одним и тем же* для знающих субъектов. При этом оно должно быть получено из одних и тех же источников при одинаковых условиях. В этом случае тождественность выводов познающих субъектов о познаваемом объекте обозначается как *инвариантность* знания. Во-вторых, знание должно быть одинаковым *для всех знающих субъектов.* Смещение акцента на некоторое множество субъектов, в сознании которых формируется знание, об объективности которого ставится вопрос, указывает на такую его характеристику, как *интерсубъективность*. Кроме того, знание нужно признавать объективным и в том случае, если оно получено одним и тем же субъектом при разных условиях.

Уголовный процесс содержит необходимые механизмы объективации знания: сам его постадийный характер, обусловливающий проверку не только формальной стороны деятельности участников уголовного судопроизводства, но и качество полученного ими знания об обстоятельствах преступления; требование получить достаточную для разрешения уголовного дела систему доказательств, в том числе и проверяющих достоверность сведений, составляющего содержание других доказательств в этой системе; возможность рассмотрения уголовного дела коллегией судей. Механизмами объективации знания совершенно справедливо можно назвать и многие другие компоненты уголовно-процессуальной формы, включая выделение функции защиты, при реализации которой «испытывается на прочность» версия о совершении преступления обвиняемым. Состязательность полностью вписывается в эту «схему», обеспечивая всестороннюю проверку объективной доказанности обвинения.

Предъявляемое к знанию о преступлении, получаемому в ходе уголовного судопроизводства, требование соответствовать реальной действительности, прежде всего, связано с постановлением обвинительного приговора на основе данного знания. В этом случае истина тождественна доказанности обвинения, а доказанность обвинения представляет собой объективное знание – инвариантное и интерсубъективное. Такой обвинительный приговор имеет особую социальную ценность. Строгость наказания уходит на второй план по сравнению с доказанностью обвинения в рамках справедливой процедуры рассмотрения и разрешения уголовного дела.

Совсем другое дело – оправдательный приговор. Ввиду формализма правовой презумпции истинности приговора, вступившего в законную силу, его содержание в части описания события или его отсутствия тоже необходимо формально именовать истиной. Оно может абсолютно объективно отражать реальность, а может

[4] См., например: *Смирнов А. В*. Формальные средства юридического доказывания в уголовном праве и процессе : тезисы доклада. URL: http://www.iuaj.net/node/2382 (дата обращения: 01.03.2018).

и не отражать ее вовсе. От государства требуется принять все возможные меры к установлению истины. Обязательство государства расследовать преступление является обязательством в отношении средств, а не результата. Подобная позиция признается и на международном уровне. В действительности представляется допустимой ситуация, когда предприняв все возможные и возможные в рамках закона меры по установлению обстоятельств совершения преступления, тем не менее, следователь установил не все из них. Именно поэтому и существует оправдательный приговор в связи с недоказанностью виновности лица в совершении преступления, которая ныне «маскируется» его непричастность к преступлению.

Кроме того, УПК РФ закрепляет ряд других моделей, когда правомерным будет отказ от установления истины по причине нецелесообразности ее поиска, к примеру, в случае смерти обвиняемого либо по основаниям, имеющим в своей основе обеспечение стабильности функционирования государства, по договоренности при примирении сторон или особом порядке и др.

Различные варианты завершения производства по уголовному делу не противоречат требованию объективной доказанности обвинения и возможности установления истины в уголовном процессе, но дополняют их. Сама же истина в тексте уголовно-процессуального закона – свидетельство в пользу его нравственной основы и стремления к справедливому судопроизводству.

Воронежский государственный университет

Стародубова Г. В., *кандидат юридических наук, доцент,*
и.о. заведующего кафедрой уголовного процесса

Voronezh State University

Starodubova G. V., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Acting*
Head of the Criminal Process Department
E-mail: gv_starodubova@mail.ru

УДК 343

А. В. Аспидов

ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ДАННЫХ ДИСТАНЦИОННОГО МОНИТОРИНГА ЛЕСОВ ДЛЯ СБОРА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ О НЕЗАКОННОЙ РУБКЕ ЛЕСНЫХ НАСАЖДЕНИЙ НА ПРИМЕРЕ ПЕРМСКОГО КРАЯ

В статье кратко описано содержание дистанционного мониторинга лесов как составной части системы государственной инвентаризации лесов. Рассмотрена проблема использования данных дистанционного мониторинга лесов, препятствующая установлению лиц, совершивших незаконные рубки леса. Приведен вариант решения описанной проблемы.

Ключевые слова: государственная инвентаризация лесов, дистанционный мониторинг, незаконная рубка леса, сбор доказательств.

TO A QUESTION OF USE OF DATA OF REMOTE MONITORING OF THE WOODS FOR COLLECTING PROOFS ON CRIMINAL CASE ABOUT THE ILLEGAL CABIN OF FOREST PLANTINGS ON THE EXAMPLE OF PERM REGION

In article the content of remote monitoring of the woods as component of system of the state inventory of the woods is briefly described. The problem of use of the woods given remote monitoring interfering establishment of the persons who have made illegal cabins of the wood is considered. The version of the solution of the described problem is given.

Key words: state inventory of the woods, remote monitoring, illegal cabin of the wood, collecting proofs.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Лес – это динамичная, постоянно развивающаяся биологическая система. Одно из главных условий сбалансированного состояния окружающей среды. Для России как одной из немногих стран, обладающей огромными лесными запасами, лес имеет важнейшее экологическое, социокультурное и экономическое значение. Леса изменчивы, и причинами этих изменений могут быть как природные (ураган, наводнение, воздействие биологических организмов-вредителей), так и антропогенные процессы.

Антропогенное воздействие на леса представляет собой любой вид деятельности человека, оказывающий на них существенное положительное или отрицательное влияние, например лесные пожары по вине человека, вырубка лесов и др.

Уничтожение естественного леса всегда осуществлялось путем его вырубки или поджога. Лесные пожары уменьшают прирост деревьев, ухудшают состав леса, уничтожают кормовую базу диких животных, гнездовья птиц, нарушают связи корней с почвой, усиливают буреломы. Древесину используют в качестве сырья, топлива для целлюлозно-бумажных фабрик, строительного материала и т. д.[1]

[1] См.: *Олейникова Е. В., Зиновьева И. С.* Антропогенное воздействие на леса. URL: https://www.rae.ru/forum2012/183/108

© Аспидов А. В., 2018

Учитывая столь важное значение леса, в целях его сохранения государству необходимо постоянно проводить мероприятия по отслеживанию состояния лесов. Одним из таких мероприятий является дистанционный мониторинг – одна из составляющих работы по государственной инвентаризации лесов.

В соответствии со ст. 90 Лесного кодекса РФ, государственная инвентаризация лесов представляет собой мероприятия по проверке состояния лесов, их количественных и качественных характеристик.

Государственная инвентаризация лесов проводится в целях:

1) своевременного выявления и прогнозирования развития процессов, оказывающих негативное воздействие на леса;

2) оценки эффективности мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов;

3) информационного обеспечения управления в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов, а также в области федерального государственного лесного надзора (лесной охраны)[2].

В соответствии с п. 2 Методических рекомендаций по проведению государственной инвентаризации лесов, утвержденных приказом Федерального агентства лесного хозяйства России от 10 ноября 2011 г. № 472 (в ред. от 07.05.2013) «Об утверждении Методических рекомендаций по проведению государственной инвентаризации лесов» одним из мероприятий, проводимых в целях решения задач инвентаризации, является дистанционный мониторинг состояния лесов. Под дистанционным мониторингом использования лесов (далее – мониторинг) подразумевается систематическое слежение за состоянием использования лесов для выявления случаев нарушения лесного законодательства при организации и осуществлении использования земель лесного фонда на основе контурного и аналитического дешифрирования материалов дистанционного зондирования Земли. Исполнителем работ по дистанционному мониторингу лесов, как правило, являются территориальные подразделения ФГУП «Рослесинфорг».

В процессе проведения мониторинга решаются следующие задачи:

– оценка соблюдения лесного законодательства при использовании лесных участков;

– выявление лесных участков с незаконным использованием лесов;

– определение площади и запасов древесины на лесных участках с незаконным использованием лесов;

– расчет ориентировочного размера ущерба от незаконного использования лесов.

Объектом ежегодных работ по мониторингу является лесничество или его часть (участковое лесничество)[3].

Как же работает система дистанционного мониторинга?

В состав работ, выполняемых в ходе дистанционного мониторинга лесов входит получение и анализ исходных данных на лесничество, подготовка (формирование) на объект работ цифровой картографической основы, контурное и

---

[2] Лесной кодекс Российской Федерации : федер. закон от 4 декабря 2006 г. № 200-ФЗ (в ред. от 29.12.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[3] Об утверждении Методических рекомендаций по проведению государственной инвентаризации лесов : приказ Федерального агентства лесного хозяйства России от 10 ноября 2011 г. № 472 (в ред. от 07.05.2013). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

аналитическое дешифрирование по материалам аэрокосмической съемки мест использования лесов, выборочная натурная проверка результатов дешифрирования материалов аэрокосмической съемки, анализ и обобщение результатов, подготовка ежегодных отчетов по субъектам РФ в разрезе лесничеств по результатам работ)[4].

Проведение работ по дистанционному мониторингу начинается с запроса Федерального агентства лесного хозяйства России в министерствах и департаментах лесных отношений субъектов РФ документации о том, какие рубки, на каких участках, в каком объеме должны проходить. Информация об этом содержится в лесном плане субъекта РФ, лесохозяйственных регламентах лесничеств, договорах аренды лесных участков, договорах купли-продажи лесных насаждений, проектах освоения лесов, лесных декларациях, технологических картах разработки лесосек и т. д.

Далее по объекту работ, т. е. по одному или нескольким лесничествам формируется цифровая картографическая основа, представляющая собой обработанные материалы космосъемки.

Материалы космосъемки наносятся на границы отводов лесных участков по видам использования лесов на основе данных лесных деклараций, геоданных материалов отводов. Затем следует операция дешифрирования, в процессе которой сопоставляется информация, полученная в ходе космосъемки, с материалами отвода (сведения о рубках леса, содержащиеся в документах).

В случаях несоответствия фактических границ участков использования лесов представленным материалам отвода, а также действующим нормативным документам фиксируются нарушения лесного законодательства. Производится сравнительный анализ площадей и запасов древесины по данным материалов отводов и по материалам аэрокосмических съемок на основе таксационных описаний лесоустройства[5].

Безусловно, дистанционный космический мониторинг является одним из способов выявления незаконных рубок лесных насаждений. Но, как показала практика, эффективному использованию данных космического мониторинга лесов препятствует несвоевременное предоставление мониторинговой информации в уполномоченные органы. Дешифрованные материалы космосъемки поступают в Министерство природных ресурсов, лесного хозяйства и экологии Пермского края спустя продолжительное время после заготовки древесины. Необходимо учесть, что сотрудники лесничеств для подтверждения или опровержения данных мониторинга обязаны провести натурный осмотр мест рубок, а это возможно только в бесснежный период. При таких обстоятельствах временной промежуток между заготовкой древесины и установлением противоправности заготовки составляет не менее одного года. Так, в период января-февраля 2017 г. в Министерство природных ресурсов, лесного хозяйства и экологии Пермского края поступили сведения о результатах космического мониторинга лесов по состоянию за 2016 г. Натурный осмотр лесосек по причине наличия снежного покрова был проведен в бесснежный период 2017 г.

Предоставленная в региональное Министерство природных ресурсов и территориальные органы МВД России по Пермскому краю информация позволила

[4] Там же.

[5] Там же.

лишь выявить факт незаконной рубки, способствовала регистрации нераскрытых преступлений и не имела иного практического значения. Результаты мониторинга не способствовали расследованию уголовных дел о незаконных рубках леса, установлению лиц, совершивших незаконную заготовку древесины, а также возмещению причиненного лесному фонду ущерба. Вероятность установления лиц, совершивших преступления, выявленных в ходе мониторинга, сведена к минимуму, так как с момента их совершения прошел один год.

Повысить качество расследования уголовных дел, возбужденных по фактам незаконного лесопользования, увеличить объем возмещаемого ущерба при помощи применения данных космического мониторинга возможно только при оперативном, постоянном и своевременном предоставлении этих сведений.

Так, в 2016 г. Главным управлением МВД РФ по Пермскому краю совместно с Центром географических информационных систем и технологий Пермского государственного национально-исследовательского университета успешно организовано применение оперативно предоставленных данных дистанционного зондирования земли (спутниковых снимков высокого разрешения) в расследовании уголовного дела по незаконной рубке лесных насаждений.

Незаконная рубка была совершена на территории одного из районов Пермского края. Ущерб от незаконной рубки составил свыше 4 млн рублей, объем незаконно заготовленной древесины – около 800 кубических метров. В ходе расследования уголовного дела обвиняемый вину не признал, пояснил, что незаконно древесину не заготавливал, участок, на котором осуществлялась заготовка, был принят сотрудниками лесничества без нарушений, незаконная заготовка древесины произведена неустановленными лицами после приемки лесного участка сотрудниками лесничества.

Проведенное экспертами Пермского госуниверситета сравнение космических снимков участка, на котором была совершена рубка лесных насаждений, позволило не только с высокой точностью установить временной промежуток, в течение которого производилась рубка, но и доказать отсутствие изменений на данном лесном участке до и после проведения рубки. Таким образом, удалось опровергнуть версию защиты о заготовке древесины неустановленными лицами и после приемки лесного участка.

Выводы специалиста, изложенные в материалах исследования и подтвержденные в судебном заседании, суд признал относимыми и допустимыми доказательствами, подтверждающими вину лица, руководившего работами по заготовке древесины. Судом вынесен обвинительный приговор.

В настоящее время прорабатывается возможность более широкого применения данных дистанционного зондирования земли при расследовании уголовных дел о незаконных рубках. Специалистами Центра географических информационных систем и технологий Пермского государственного национально-исследовательского университета создана программная оболочка, позволяющая сопоставлять сведения о легальном использовании лесных участков для рубки леса и мультивременные композиты, получаемые в результате дешифрирования данных дистанционного зондирования земли. При этом периодичность обновления информации на мультивременном композите составляет всего две недели, что позволит максимально оперативно выявлять и пресекать незаконные рубки.

Применение программной оболочки позволит оперативно выявлять факты незаконной заготовки древесины, предупреждать причинение ущерба лесному фонду и принимать меры по установлению лиц, совершивших преступления.

Главное управление МВД России по Пермскому краю

Аспидов А. В., *заместитель начальника отдела Управления экономической безопасности и противодействия коррупции*

General Directorate of the Russian Ministry of Internal Affairs in Perm Region

Aspidov A. V., *Deputy Chief of the Management of Economic Security and Anticorruption Department*

E-mail: avaspidov@gmail.com

УДК 343

К. Ф. Багаутдинов

ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ, ПО КОТОРЫМ ЗАКЛЮЧЕНО ДОСУДЕБНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

Рассматриваются особенности уголовно-процессуального доказывания по уголовным делам, по которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве. Особое внимание уделено вопросам признания доказательств недопустимыми.
К л ю ч е в ы е с л о в а: досудебное соглашение о сотрудничестве, уголовно-процессуальное доказывание, следователь, прокурор, особый порядок судебного разбирательства, недопустимость доказательств.

FEATURES OF EVIDENCE IN CRIMINAL CASES, WHICH CONCLUDED A PRE-TRIAL AGREEMENT ON COOPERATION

The article discusses the features of criminal procedural evidence in criminal cases in which a pre-trial cooperation agreement is concluded. Particular attention is paid to the recognition of evidence inadmissible.
K e y w o r d s: pre-trial cooperation agreement, criminal procedure, evidence, investigator, Prosecutor, special judicial proceedings, the inadmissibility of evidence.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В настоящее время приобретают особое значение вопросы уголовно-процессуального доказывания в рамках особого порядка принятия судебного решения. По таким делам, в том числе связанным с досудебным соглашением о сотрудничестве, следователи нередко предпочитают обходиться минимальным набором доказательств, главное место среди которых занимает признание лица, его согласие с предъявленным обвинением.

Заместитель Генерального прокурора РФ В. Гринь на совещании прокуроров субъектов Федерации отметил: «Имеют место случаи, когда следователи при попустительстве своих руководителей, вопреки целям и задачам, предусмотренным главой 40.1 УПК РФ, допускают провалы в формировании доказательственной базы и не утруждают себя установлением других доказательств, кроме показаний лиц, с которыми заключено досудебное соглашение о сотрудничестве»[1].

Генеральный прокурор РФ в приказе от 28 декабря 2016 г. № 826 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» требует от прокуроров брать на контроль расследование уголовных дел, по которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, добиваясь от органов предварительного следствия тщательного собирания доказательств, необходимых для полного и достоверного установления предусмотренных ст. 73 УПК РФ обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу.

В соответствии с п.16 постановления Пленума от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при

[1] Информационно-аналитический бюллетень Генеральной прокуратуры Российской Федерации. М., 2016. С. 495.

© Багаутдинов К. Ф., 2018

осуществлении правосудия» доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами[2].

Как следует из постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2017 г. № 51 «О практике применения законодательств при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции», суд может признать доказательства недопустимыми, если следователь допустил не любые, а только существенные нарушения установленного УПК РФ порядка собирания и закрепления доказательств.

Вполне очевидно, и это не оспаривается в юридической науке, исчерпывающим образом закрепить в уголовно-процессуальном законе все правовые основания признания доказательств недопустимыми невозможно.

Если обвиняемый, реализуя поданное им ходатайство о заключении досудебного соглашения, уже до его заключения начал оказывать содействие следствию, дал признательные показания, изобличил соучастников, однако по тем или иным причинам досудебное соглашение не было заключено, возникает вопрос о допустимости в качестве доказательств его признательных показаний. Предположим, что узнав об отказе прокурора в заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, обвиняемый отказался от признательных показаний, данных им в период рассмотрения ходатайства о заключении досудебного соглашения. При этом обвиняемый пояснил, что дал признательные показания в обмен на обещания следователя и прокурора заключить досудебное соглашение о сотрудничестве.

В УПК РФ отсутствуют положения о том, что в случае отказа заключить с подозреваемым (обвиняемым) досудебное соглашение о сотрудничестве данные им признательные показания не могут использоваться в доказывании. По мнению отдельных авторов, названное обстоятельство может служить почвой для тактической уловки стороны обвинения по получению изобличающих подозреваемого (обвиняемого) показаний под мнимым предлогом заключения досудебного соглашения[3].

Мы разделяем указанные опасения. Считаем, что в таких случаях обвиняемый (подозреваемый), защитник вправе заявить прокурору либо в судебном заседании ходатайство о признании подобных доказательств недопустимыми. Априори признать такие доказательства недопустимыми, указав об этом в ст. 75 УПК РФ, считаем невозможным. В каждом конкретном случае требуется всесторонняя, полная, комплексная оценка. Если обвиняемый, подав ходатайство о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, до его рассмотрения указал на места хранения похищенного, оружия, наркотиков и т. д., и все это было там изъято, как можно признавать такие объективные доказательства недопустимыми? Если обвиняемый дал признательные показания, которые впоследствии были подтверждены другими объективными доказательствами (заключениями экспертиз, показаниями свидетелей, потерпевших и т. д.), также нет оснований признавать такие доказательства недопустимыми. Если признательные показания обвиняемого ни-

---

[2] Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

[3] См.: *Вдовцев П. В., Каркошко Ю. С.* К вопросу о предмете досудебного соглашения о сотрудничестве // Рос. следователь. 2015. № 11. С. 16–18.

какими другими доказательствами не подтверждаются, они, безусловно, не могут считаться допустимыми.

В соответствии с ч. 7 ст. 316 УПК РФ судья может вынести обвинительный приговор, если придет к выводу о том, что обвинение, с которым согласился подсудимый, подтверждено доказательствами, собранными по уголовному делу. Так как по делам с досудебным соглашением о сотрудничестве доказательства не исследуются на основе устного, непосредственного и состязательного процесса, то судья должен внимательно изучить материалы уголовного дела на стадии подготовки судебного заседания, обратив особое внимание на доказанность обвинения, его подтверждение собранными по делу доказательствами, оценить допустимость, достаточность доказательств для обвинения.

При этом в судебном заседании должны быть обязательно исследованы доказательства, подтверждающие соблюдение подсудимым условий досудебного соглашения о сотрудничестве и значение этого сотрудничества для раскрытия и расследования преступления. Подсудимому должно быть предложено дать показания по существу предъявленного обвинения.

Как отмечается в литературе, в судебном заседании при рассмотрении дела в отношении лица, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, роль прокурора, по существу, сводится не к поддержанию государственного обвинения, а к подтверждению оказанного подсудимым предварительному следствию содействия и его результатов, отраженных в представлении прокурора об особом порядке судебного заседания. Основное отличие судебного разбирательства в таких случаях заключается в отсутствии его центральной части – судебного следствия[4].

Следует отметить, что предусмотренный главой 40.1 УПК РФ порядок проведения судебного заседания не в полной мере предоставляет сторонам и участникам процесса возможности по исследованию доказательств вины сотрудничающего лица. Такое исследование носит узкий и ограниченный характер, что сохраняет риск судебной ошибки по делу не только для лица, заключившего досудебное соглашение, но и его участников.

Исходя из системного толкования норм, содержащихся в ч. 6 ст. 317.7 и ч. 7 ст. 316 УПК РФ, их взаимосвязи, суд при наличии досудебного соглашения о сотрудничестве постановляет обвинительный приговор и назначает подсудимому наказание, только если придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, является обоснованным и подтверждается допустимыми доказательствами, собранными по делу.

Так, Ф. была осуждена за покушение на сбыт наркотических средств группой лиц по предварительному сговору. Приговор в отношении ее был постановлен в соответствии с главой 40.1 УПК РФ в особом порядке принятия судебного решения в связи с заключением обвиняемой досудебного соглашения о сотрудничестве.

Суд кассационной инстанции, рассмотрев кассационное представление прокурора, пришел к выводу, что суд первой инстанции надлежащим образом не проверил подтверждение обвинения Ф. допустимыми доказательствами. Как следовало из материалов дела, Ф. была задержана за сбыт наркотических средств при проведении сотрудниками наркоконтроля оперативно-розыскного мероприятия «контрольная закупка». Таким образом, задача, предусмотренная ст. 2 Федерального

[4] См.: *Шадрин В.* Участие прокурора в судебном разбирательстве уголовного дела с досудебным соглашением о сотрудничестве // Законность. 2018. № 1. С. 26.

закона «Об оперативно-розыскной деятельности», была выполнена – преступления выявлены и установлены лица, их совершившие.

Однако в это же время разработку лиц, занимающихся сбытом наркотических средств, проводила и служба уголовного розыска полиции, которая провела однотипное оперативно-розыскное мероприятие якобы в отношении неустановленного лица, которым в последующем оказалась Ф. Это мероприятие не вызывалось необходимостью, поскольку оно не могло иметь продолжения, никаких новых обстоятельств в результате его проведения установлено не было.

После первичного задержания, при контрольной закупке, сотрудники правоохранительных органов не пресекли действия Ф. и вновь провели в отношении ее однотипное оперативно-розыскное мероприятие. Таким образом, разные оперативные службы при выполнении поставленных задач оперативно-розыскной деятельности действовали несогласованно. И самое главное – оба эпизода, связанные с задержанием Ф. при сбыте наркотических средств службами полиции и наркоконтроля, были предъявлены в обвинение. Ф. с обвинением согласилась, заключила досудебное соглашение о сотрудничестве, прокурор внес соответствующее представление, и дело было рассмотрено в особом порядке. Суд, не исследовав подтверждение обвинения допустимыми доказательствами, постановил приговор в особом порядке.

Суд кассационной инстанции пришел к выводу, что по второму эпизоду задержания Ф. при сбыте наркотических средств в основу обвинения были положены недопустимые доказательства. Правоохранительные органы не должны были после первого задержания Ф. еще раз проводить ОРМ в отношении ее. Суд указал, что проведение ОРМ разными службами и несогласованность работы этих служб при выполнении задач ОРД не может служить основанием для признания полученных в результате такой работы доказательств допустимыми, когда проведение очередного ОРМ в отношении одного и того же лица не вызывалось необходимостью и не имело продолжения.

В связи с этим суд кассационной инстанции изменил приговор в отношении Ф., по второму эпизоду покушения на сбыт наркотических средств приговор был отменен и производство по делу прекращено за отсутствием в деянии состава преступления[5].

Полагаем, что положения ст. 317 УПК РФ о недопустимости обжалования приговора, вынесенного в особом порядке, по мотивам несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам дела, не могут носить абсолютный характер. При появлении новых обстоятельств возможность пересмотра приговора должна быть сохранена. По такому пути идет и судебная практика.

---

[5] Постановление Ставропольского краевого суда от 19 января 2015 г. по делу № 44У-391/2014.

Следственный комитет России по Республике Татарстан

Багаутдинов К. Ф., *руководитель Азнакаевского межрайонного следственного отдела Следственного управления*

Investigative Committee of Russia in the Republic of Tatarstan

Bagautdinov K. F., *Head of Aznakayevsky Interdistrict Investigative Department*

E-mail: kamilskrt@mail.ru

УДК 343

М. О. Баев

ТАКТИКО-КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Основной составляющей тактики защиты по уголовным делам выступает деятельность защитника по формированию доказательств в ходе производства по уголовному делу. Особенность такой деятельности обусловлена уголовно-процессуальными функциями защитника и средствами доказывания, предоставленными стороне защиты действующим уголовно-процессуальным законодательством.
К л ю ч е в ы е с л о в а: доказывание, защитник, тактика, следственные действия.

TACTICAL AND FORENSIC FEATURES OF THE PARTICIPATION OF A DEFENSE LAWYER IN PROVING CRIMINAL CASES

The main component of the protection tactics in criminal cases is the activities of the defense lawyer on the formation of evidence in the course of criminal proceedings. The peculiarity of such activities is due to the criminal procedural functions of the defense lawyer and the means of proof provided to the defense by the criminal procedural legislation.
K e y w o r d s: proof, defense lawyer, tactics, investigative actions.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Анализируя содержание тактики защиты в реалиях действующего УПК РФ, в первую очередь (в основном в дидактических целях), следует говорить о необходимости ее изучения и разработки применительно к составным элементам деятельности защитника по выполнению им своей уголовно-процессуальной функции в доказывании – к собиранию, исследованию, использованию и представлению доказательств. В качестве содержательных и относительно самостоятельных элементов можно выделить тактику исследования, тактику использования, тактику собирания и тактику представления адвокатом доказательств.

Тактика собирания доказательств защитником более специфична. Дело в том, что до УПК 2001 г. защитник, как известно, не являлся «полноценным» субъектом доказывания в уголовном судопроизводстве; он не обладал правом собирать доказательства (что, по сути, является первоначальным этапом доказывания), а мог их только представлять (ст. 51 УПК РСФСР). Говоря точнее, защитник чаще всего имел возможность представлять не доказательства как таковые, а их источники, используя которые органы предварительного расследования и суд могли формировать судебные доказательства в точном уголовно-процессуальном смысле этого понятия. Предоставив защитнику право на самостоятельное собирание доказательств, УПК (ч. 3 ст. 86) сделал шаг по пути дальнейшего развития принципа состязательности и реального обеспечения права на защиту от уголовного преследования, однако при этом возникает целый ряд вопросов:

– какова доказательственная сила объяснений, полученных защитником в ходе опроса лиц с их согласия;

© Баев М. О., 2018

– обязаны ли органы предварительного расследования представлять защитнику вещественные доказательства и иные объекты для привлечения им специалистов для исследования таковых;

– каковы (ввиду отсутствия предусмотренного законом механизма) способы трансформации результатов адвокатского опроса и иных сведений, полученных в рамках прав, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК, в доказательства и пути их легализации в материалы уголовного дела?

Относительно самостоятельными специфическими элементами тактики защиты являются вопросы взаимодействия адвоката при осуществлении им своей профессиональной деятельности. Диапазон их весьма широк: от взаимодействия защитника с подзащитным и клиентом, не являющимся подзащитным, с лицами, осуществляющими уголовное преследование подзащитного (работниками органа дознания, следователем, прокурором), и судом до взаимодействия с коллегами-защитниками по тому же делу других обвиняемых (подозреваемых, подсудимых). При этом взаимодействия между представителями стороны защиты часто носят коллизионный характер, что оказывает существенное влияние на тактику защиты (это проблема более подробно будет рассматриваться далее).

Очевидным и весьма существенным элементом содержания тактики защиты является участие адвоката в отдельных следственных действиях, проводимых с подзащитным по инициативе следователя или по ходатайству адвоката. Обратим внимание: это элемент не следственной тактики, а именно тактики защиты, ибо изучаться и разрабатываться эти вопросы должны применительно к деятельности защитника, а не следователя, профессиональные интересы которого, как правило, противоположны интересам защитника. Сказанное не только не исключает, но, напротив, предполагает необходимость разработки соответствующего ему элемента следственной тактики, которому, к сожалению, до настоящего времени не уделено необходимого внимания, – тактики производства отдельных следственных действий с участием защитника. Нет сомнений, что присутствие адвоката при таких действиях существенным образом влияет на тактические возможности следователя по успешному достижению стоящей перед ним цели.

Тактическое значение имеют также и сущность, и момент заявления защитником ходатайств, направленных на собирание, исследование и использование доказательств. Основная сложность, а порой и опасность заключаются, в частности, в том, чтобы не заявить ходатайства, удовлетворение которого не улучшит, а усугубит положение подзащитного.

Выделенными элементами далеко не ограничивается содержание тактики профессиональной защиты от уголовного преследования. Она, по сути, – система открытая, допускающая (и, более того, предполагающая) включение иных аспектов деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве, которые могут иметь тактический характер и притом обладают специфичностью и относительной самостоятельностью. Например, вполне правомерным представляется выделение такого самостоятельного элемента содержания тактики защиты, как тактика использования защитником специальных познаний.

Вся процессуально-тактическая деятельность адвоката-защитника лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, состоит в допустимом и рациональном представлении, исследовании и использовании доказательственной информации, оправдывающей подзащитного или смягчающей его ответственность, обеспечении его прав и интересов в уголовном судопроизвод-

стве. Иными словами, – воспользуемся выражением А. Ф. Кони – во всемерном отстаивании позиции, что его клиент не виноват вовсе или виноват вовсе не в том и не так, в чем и как его обвиняют.

Основой же деятельности защитника, как, впрочем, и лиц, профессионально осуществляющих уголовное преследование, в свою очередь, является деятельность информационно-познавательная. В противном случае и уголовное преследование, и профессиональная защита от него превращаются в формальное выполнение процессуальных обязанностей, и тогда, как писали о том более 80 лет тому назад В. Громов и Н. Логовиер, «вместо доподлинного расследования и искания истины оказывается чисто обрядовая регистрация всевозможных фактов, которые всплыли сами собой». Поэтому криминалистическая деятельность является «подводной частью» любого уголовно-процессуального исследования преступлений, независимо от того, кем из профессиональных субъектов судопроизводства это исследование осуществляется.

Именно поэтому адвокат-защитник лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, в своей доказательственной деятельности должен – не может не использовать все достижения науки криминалистики. Особое значение имеет учет адвокатом прагматической значимости для успешной защиты результатов проявления изученных криминалистикой в целом и отдельными ее теоретическими учениями закономерностей информационно-познавательного процесса в рамках уголовного судопроизводства и особенностей их преломления в средствах ее разделов.

Но в то же время основополагающим принципом уголовного судопроизводства любого правового государства является принцип презумпции невиновности, в соответствии с которым каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Обвиняемый свою невиновность доказывать в уголовном процессе не обязан; бремя доказывания виновности обвиняемого всецело возлагается на лиц и органы, осуществляющие уголовное преследование.

Сказанное в целом предопределяет основное стратегическое направление всей доказательственной деятельности защитника. Оно же, с учетом уголовно-процессуальной функции адвоката в уголовном процессе и предмета защиты, по большинству уголовных дел состоит в обосновании неполноты, ущербности, а следовательно, недостоверности конкретных сформированных органами уголовного преследования доказательств и/или недостаточности их совокупности для уголовного преследования (обвинения) его подзащитного в совершении инкриминируемого ему преступления.

Ущербность в обвинительной деятельности органов уголовного преследования, в свою очередь, является прямым следствием ошибок и недостатков, допускаемых следователями[1], главным образом, в трех имеющих методологическую значимость направлениях их криминалистической деятельности, сущность которых издавна и углубленно изучена наукой криминалистикой, составляет общую теорию этой науки.

Здесь, в первую очередь, имеются в виду недостатки и ошибки следователя, допущенные им:

[1] Под следователем здесь и далее понимаются и все другие лица, осуществляющие уголовное преследование, а также суд.

а) при обнаружении уголовно-релевантной (доказательственной) информации и при формировании на этой основе судебных доказательств;

б) в процессе осуществления криминалистической идентификации (других видов криминалистического распознавания);

в) в своей версионной деятельности.

Адвокат должен не только знать соответствующие методологические положения криминалистики, уметь оценивать полноту, всесторонность и объективность восприятия и учета их следователем при уголовном преследовании подзащитного, но и рационально использовать результаты их объективного проявления, соответствующим образом их экстраполировать в доказательственной деятельности по достижении указанной выше своей стратегической цели по каждому уголовному делу.

Основным способом формирования доказательственной информации выступают следственные действия и действия судебные следственного характера, исчерпывающий перечень которых регламентирован уголовно-процессуальным законом (а также ряд других мероприятий, им предусмотренных, например получение доказательственной информации в результате проведения допустимых для использования в уголовном процессе оперативно-розыскных (негласных) действий, и т. д.).

Зная гносеологические возможности каждого из следственных и других действий и мероприятий по собиранию, исследованию и использованию отдельных видов следов преступления, возникающих (повторим) на типовых объектах и типовых по своему доказательственному содержанию, возможно без особого труда составить их набор, минимально необходимый для уголовно-процессуального исследования конкретного преступления криминалистически определенного вида.

Отсюда следует, что одним из наиболее существенных направлений процессуальной деятельности адвоката-защитника является углубленное обоснование того, что: а) при осуществлении уголовного преследования следователем не использованы все необходимые возможности для формирования доказательств, оправдывающих подзащитного или смягчающих его ответственность; б) при формировании судебных доказательств обвинения следователем допущены невосполнимые ошибки и упущения, ставящие под сомнение достоверность того или иного из таковых доказательств.

Но, как известно, возможности переработки следователем, иным субъектом уголовно-процессуального исследования преступления следов обусловливаются складывающейся для него криминалистической ситуацией (следственной, защитной). От нее, если не всецело, то во многом, зависит и последовательность направленных на то следственных действий и других мероприятий по доказыванию, и характер обстоятельств, на выяснение которых каждое из них направлено.

В основе возникновения той или иной ситуации для защитника лежит, в первую очередь, не объективная информация по делу, а субъективное отношение подзащитного к сущности предъявленного ему обвинения (возникшего в отношении его подозрения) в совершении преступления. Обусловлено это как минимум тем, что в соответствии со своим правовым статусом адвокат в принципе не может занимать позицию, противоречащую его позиции в отношении осуществляемого в отношении его уголовного преследования (не считая ситуации, когда адвокат убежден в самооговоре своего подзащитного).

Именно это обусловливает возможности и направления последовательности и рационального выявления адвокатом оправдывающие подзащитного или смягчающие его ответственность обстоятельства.

С учетом этого можно выделить несколько вариантов защиты лица, не признающего себя виновным в совершении инкриминируемого ему преступления:

а) обоснование того, что деяние не имело места вообще либо имевшее место событие не носит преступного характера, независимо от субъекта, его учинившего;

б) обоснование, что преступление не могло быть совершено подзащитным, в частности в связи с наличием у него алиби либо по другим объективным причинам;

в) обоснование отсутствия во вмененном подзащитному деянии того или иного необходимого элемента состава предъявленного ему преступления (например, обоснование того, что подзащитный не является субъектом инкриминированного ему преступления);

г) обоснование недостаточности и (или) недопустимости изобличающих подзащитного доказательств;

д) обоснование нарушения органами следствия или суда принципа законности и обоснованности уголовного преследования в целом.

С этими положениями неразрывно связаны, во многом из них вытекают и ими обусловливаются, возможности и необходимость использования адвокатом-защитником познаний в области криминалистического распознавания – идентификации, диагностики и ситуалогии (и распознавания в криминалистике – когда названные его виды она осуществляет путем привлечения для того достижений других наук). Безусловно, наиболее значима из всех названных видов криминалистического распознавания идентификация – установление тождества исследуемого объекта по его следам (образцам) или отсутствия такового.

Основными причинами ущербности в осуществлении криминалистической идентификации в уголовном преследовании являются:

1. Осуществление идентификации по недостаточному комплексу общих и частных идентифицирующих признаков.

В первую очередь, такие ошибки наиболее характерны и очевидны для идентификации следователем личности или предмета путем предъявления для опознания.

Для обоснования ущербности осуществленной таким образом идентификации защитнику следует не только скрупулезно оценивать соблюдение следователем уголовно-процессуального порядка производства этого следственного действия, но и как минимум раскрывать гносеологическую и криминалистическую значимость допущенных ошибок, ставящих под сомнение достоверность полученных результатов проведенной идентификации.

2. Однако эта же причина, как показывает практика, достаточно характерна и для идентификации экспертной, осуществляемой специалистами на основании постановления о ее производстве следователя (определения суда), и выражается в таких случаях в несоответствии выводов проведенной идентификации исследовательской части экспертного заключения.

3. Игнорирование экспертами в своих исследованиях современных достижений криминалистики в части возможности идентификации отдельных уголовно-релевантных объектов, повышающих обоснованность и достоверность выводов экспертного заключения.

4. Использование в производстве экспертной идентификации методов и методик исследования, не имеющих должного научного обоснования (так называемых «не валидных» методик).

Из сказанного следует достаточно очевидный, но, увы, далеко не всегда на практике соблюдаемый, значимый постулат: защитник для успешного осуществления своей профессиональной деятельности должен не только углубленно знать теорию криминалистической идентификации и с этих позиций выявлять допущенные следователем недостатки в ее производстве по конкретным уголовным делам, но и постоянно держать «руку на пульсе» современных ее достижений в части возможности научно обоснованной идентификации отдельных уголовно-релевантных объектов.

Эта необходимость обусловливается тем, что в настоящее время трудно встретить уголовное дело, при расследовании которого не применялись бы специальные познания в различных формах: от участия специалиста в производстве отдельных следственных действий до производства сложнейших экспертиз, часто дающих наиболее важные в доказательственном смысле результаты. Нередко, как показывает практика, при этом допускаются ошибки, которые можно и нужно использовать защитнику в своей деятельности.

Принципиально важным системным положением, обусловливающим необходимость, возможности и направления использования защитником средств доказывания, являются также теоретические основы версионной деятельности в уголовном судопроизводстве.

Дело в том, что вывод следователя о доказанности виновности подзащитного – есть не что иное, как его, в большей или меньшей степени обоснованности, версия, которая и подлежит проверке в ходе состязательного уголовного судопроизводства. Однако сама по себе версия как результат логического рассуждения – идеальна, неосязаема. Проверяемыми практически являются лишь следствия, вытекающие из него, – из определенной версии.

В этом отношении криминалистическая составляющая деятельности защитника всецело должна быть направлена на обоснование того, что некое необходимое следствие из общей и/или частной версии, сформулированной в обвинительном тезисе применительно к его подзащитному, не подтверждена результатами осуществленного его уголовного преследования. Следовательно, деяние и обстоятельства его совершения, инкриминируемые его клиенту, с должной достоверностью не установлены, не могут быть положены в обоснование его уголовной ответственности.

Широк также и диапазон используемых защитником криминалистических средств; они, в зависимости от характера необходимого из версии следствия, вида преступления, фабулы и обстоятельств конкретного вменяемого подзащитному деяния, складывающейся защитной ситуации, могут быть и технико-криминалистическими, и тактическими, и собственно методическими (учитывающими особенности осуществления уголовного преследования преступлений отдельных видов).

Но в любом случае, вне зависимости от того, какие именно методологические положения криминалистики лежат в основе использования защитником методов, приемов и рекомендаций этой науки, они должны быть допустимыми. Их применение должно соответствовать критериям допустимости применения средств доказывания в целом, и в то же время, что очевидно, должно учитывать специфику деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве.

И все же основные тактические средства профессиональной защиты реализуются адвокатом при его участии в производстве следственных действий и судебных действий следственного характера (т. е. осуществляемых в суде в ходе судебного следствия). Тактический рисунок этой наиболее сложной части всей деятельности защитника в уголовном судопроизводстве в принципе един, что позволяет определить общие положения тактики участия защитника в производстве этих действий в комплексе.

Участие защитника в следственных действиях в тактическом плане по вполне допустимой и теоретически корректной аналогии с тактикой следственных действий может быть рассмотрено применительно к трем этапам:

– подготовительному;
– рабочему;
– заключительному.

Естественно, сущность этих этапов различна для каждого вида (и даже разновидности) следственного действия, в котором участвует защитник, и зависит от складывающейся к определенному моменту расследования защитной ситуации (речь о которых шла выше). В то же время можно выделить ряд общих черт, которые в связи с их общностью для всех видов следственных действий и всех мыслимых защитных ситуаций целесообразно исследовать в виде общих положений тактики участия защитника в производстве следственных действий, что является отдельным самостоятельным вопросом для дискуссии.

Воронежский государственный университет

Баев М. О., *доктор юридических наук, профессор,*
заведующий кафедрой криминалистики

Voronezh State University

Baev M. O., *Doctor of Legal Sciences, Professor,*
Head of the Criminalistics Department
E-mail: baev_co@mail.ru

УДК 343

К. М. Баева

«СОБИРАНИЕ» ДОКАЗАТЕЛЬСТВ АДВОКАТОМ-ЗАЩИТНИКОМ: ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ

Рассматриваются случаи злоупотребления правом адвокатом-защитником в уголовном судопроизводстве при реализации полномочий, предусмотренных действующим доказательством, направленных на собирание доказательственной информации; анализируются положения, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ; предлагается детальное закрепление правомочий адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве и введение в действующее законодательство положения о доказательствах, получаемых стороной защиты.

Ключевые слова: злоупотребление правом, уголовное судопроизводство, адвокат-защитник, доказывание, доказательственная деятельность.

«COLLECTING» EVIDENCE BY A DEFENSE COUNSEL: MAJOR PROBLEMS AND WAYS TO RESOLVE THEM

In the article examines cases of abuse of a defense lawyer in criminal proceedings when exercising powers; the provisions of Part 3 of Art. 86 of the Code of Criminal Procedure; We propose the detailed consolidation of the powers of the defense lawyer in criminal proceedings and the introduction in the current legislation on granting, the parties to the defense received.

Key words: abuse of rights, Criminal justice, defense lawyer, proving, evidentiary activity.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Права, представленные действующим Уголовно-процессуальным кодексом адвокату-защитнику закреплены в ст. 53–55 УПК РФ[1]. Эти права в своей системе и взаимосвязи в достаточной мере обеспечивают возможности профессиональной защиты от уголовного преследования, а также активного и допустимого противодействия этих лиц осуществляемому в отношении подозреваемого, обвиняемого уголовному преследованию.

Эффективность защитной деятельности обеспечена включением в п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ нормы о возможности использования средств и способов защиты, не запрещенных уголовно-процессуальным законом. Эволюция национального законодательства об адвокатуре в качестве одного из ключевых моментов закрепила нормы, предписывающие честно, разумно, добросовестно отстаивать права и интересы доверителя «всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами» (п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в ред. от 29.07.2017) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»[2]). Все это обусловило активность правозащитной деятельности и ее правомерность, которые, в свою очередь, актуализировали научное направление, связанное с тактикой адвокатской деятельности.

Вопрос об эффективности тактического противостояния защиты и обвинения связан с правовыми возможностями, поскольку «тактика сторон в различных ви-

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 31.12.2017) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения: 31.12.2017).

[2] URL: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения: 30.07.2017).

© Баева К. М., 2018

дах судопризводств предполагается для всех участников как правомерное поведение, использование разрешенных средств деятельности»[3].

Именно адвокат-защитник как профессиональный участник уголовного судопроизводства может (и должен) использовать весь предоставленный законом объем прав, исходя из интересов своих доверителей и общего правила о допустимости всех прямо не запрещенных способов защиты. Полагаем, что наличие усмотрения, возможность свободно распоряжаться своими процессуальными правами предполагает возможность и опасность злоупотребления ими.

УПК РФ предусматривает принцип состязательности сторон – стороны обвинения и защиты равноправны перед судом (ст. 15 УПК РФ). Во многом именно полномочия по собиранию доказательств стали внешним выражением состязательности. Однако, на наш взгляд, действующий УПК РФ не обеспечивает реальной состязательности в возможности собирания именно доказательств стороной защиты.

Ю. В. Астафьев одним из первых начал разрабатывать проблему соотношения понятий формирования и сбора доказательств[4]. Полагаем, что в настоящее время термин *собирание доказательств* носит «исключительно психологический характер»[5].

Так, дознавателем, следователем, прокурором и судом собирание доказательств осуществляется путем производства следственных и иных процессуальных действий (ч. 1 ст. 86). Несмотря на диспозицию ч. 3 ст. 86 УПК РФ, защитник в уголовном процессе полноценным субъектом собирания доказательств, по нашему мнению, не является. Абсолютно солидарны с позицией С. А. Шейфера, согласно которой «законодатель проявил поспешность и определенную беззаботность, выразив в такой неточной и противоречивой формуле правильную мысль о необходимости усиления состязательных элементов в доказывании»[6].

В ч. 3 указанной нормы дан перечень способов, направленных на собирание доказательственной информации в ходе оказания юридической помощи по уголовному делу:

1) получение предметов, документов и иных сведений;

2) опросы лиц с их согласия;

3) истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Аналогичные права предоставлены адвокату ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Законодатель, закрепив в ч. 3 указанные полномочия не установил процессуальный порядок производства этих действий, что на практике вызывает споры и влечет необоснованные решения об отказе в приобщении собранных адвокатом сведений к материалам уголовного дела, а иногда приводит и вовсе к крайне парадоксальным решениям.

---

[3] *Зашляпин Л. А.* Основы теории эффективной адвокатской деятельности : прелиминарный аспект. Екатеринбург, 2006. С. 329.

[4] См.: *Астафьев Ю. В*. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность : проблемы соотношения и взаимодействия. Курск, 2002. С. 203–204.

[5] Субъекты собирания доказательств по УПК РФ : материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной принятию нового УПК РФ / под ред. П. А. Лупинской. М., 2002. С. 93.

[6] *Шейфер С. А.* Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу // Государство и право. 2006. № 7. С. 63.

Так, Центральный районный суд г. Воронежа в описательно-мотивировочной части приговора, выполняя требования п. 2 ст. 307 УПК, согласно которой в описательно-мотивировочной части обвинительного приговора должны быть указаны доказательства, на которых основаны выводы суда в отношении подсудимого, и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства, указывает следующее: «представленное стороной защиты доказательство в виде заключения специалиста-психиатра было исследовано в ходе судебного разбирательства и судом не принято в качестве доказательства». С аналогичной формулировкой судом были «не приняты в качестве доказательства» еще два заключения специалистов (заключение специалиста – судебно-медицинского эксперта и заключение специалиста, которым был проведен криминалистический анализ видеозаписей и протоколов следственных действий). Мы настаиваем на том, что данная формулировка некорректна, а решение незаконно.

Согласно п. 3 ПП ВС «О судебном приговоре»[7] при постановлении приговора должны получить оценку все рассмотренные в судебном заседании доказательства. Мы также полагаем, что доказательства должны получать оценку; суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности (ч. 3 ст. 67). В указанном примере суд мог признать доказательства, представленные стороной защиты, неотносимыми, недопустимыми, недостоверными, недостаточными, но не признать их ***доказательствами***, по нашему мнению, суд, безусловно, не мог.

Проблема, связанная с отсутствием в УПК РФ установленного процессуального порядка собирания доказательств стороной защиты, на наш взгляд, является центральной в вопросе доказательственной деятельности адвоката в уголовном процессе. В связи с этим кратко проанализируем каждое из правомочий, которыми правоприменитель наделяет защитника, согласно ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

Пункт 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ устанавливает право защитника собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений. Органы предварительного расследования получают предметы, документы, имеющие значение для дела путем производства обыска, выемки и иных следственных действий. Адвокат в уголовном процессе такими правомочиями не обладает. Попыткой предложить унифицированный механизм, который регулировал бы правомочия адвоката по собиранию доказательств, стали Методические рекомендации по реализации прав адвоката[8], принятые Федеральной палатой адвокатов РФ 22 апреля 2004 г. протокол № 5. В данном документе закреплен рекомендуемый порядок фиксации действий адвокатов по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов.

Федеральная палата адвокатов (ФПА) рекомендует в случае необходимости получения защитником предметов, документов осуществлять данные действия только на добровольной основе, с обязательным получением письменного заявления от владельца данного предмета, в котором будут отражены отличительные признаки предмета, обстоятельства его выдачи, добровольность и подпись лица (возможно нотариальное засвидетельствование). ФПА также рекомендует осуществлять передачу предмета в присутствии не менее двух граждан. После получения предмета

[7] О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 1.

[8] Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. 2004. № 2. С. 63–66.

адвокат должен детально его осмотреть и после окончания процессуального действия составить документ, в котором отразить основания, ход и результаты получения предмета («протокол получения предмета/документа» – указать место, время, кто проводил, основание, результаты осмотра, подписи участвующих лиц и т. д.).

На наш взгляд, данные рекомендации не защищают «доказательства», представляемые стороной защиты. Кроме того, в ряде случаев обвиняемый, действуя опосредованно через адвоката-защитника, сообщает субъекту доказывания (следователю, суду) заведомо ложные сведения о происхождении предметов и документов, выдвигает себе алиби, прибегает к фальсификации доказательств. Согласно принципу, закрепленному в ст. 17 УПК РФ субъекты доказывания (судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель) оценивают доказательства на основании своего внутреннего убеждения. Полагаем, что отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве детальной регламентации процедуры получения предметов, документов и иных сведений влечет необоснованные решения об отказе в приобщении собранных адвокатом доказательств к материалам уголовного дела.

Так, сторона защиты, реализуя право, предоставленное п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ в судебном заседании заявила ходатайство о приобщении к материалам дела протокола выдачи предмета и сам изъятый предмет. Судом в удовлетворении данного ходатайства о приобщении к материалам дела протокола выдачи предмета и самого предмета – ножа – было незаконно отказано. Суд мотивировал данное решение вполне стандартной формулировкой: «поскольку данный предмет не имеет отношения к совершенному преступлению». По нашему мнению, указанный пример является явным способом злоупотребления правом судом.

Пункт 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ закрепляет право собирания доказательств защитником путем опроса лиц с их согласия.

Опрос производится только с согласия лица и может быть оформлен в виде ответов на конкретные вопросы либо в форме свободного рассказа с постановкой уточняющих вопросов в конце него. В указанных выше рекомендациях Федеральной палаты адвокатов указано, что ход и результаты опроса предлагается фиксировать в специальном документе («Протокол/Акт опроса лица с его согласия»). Он должен содержать сведения об адвокате, проводившем опрос, с указанием адвокатского образования, адвокатской палаты субъекта РФ, его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого он выполняет поручение по данному делу, ФИО, дата, место рождения опрашиваемого лица, его место жительства, место работы, сведения о документах, удостоверяющих его личность, отметка о согласии на опрос. Акт опроса должен соответствовать требованиям, предъявляемым к протоколу допроса свидетеля (ст. 189–191 УПК РФ).

Не отрицая значения права «собирать доказательства» способами, предусмотренными нормой ч. 3 ст. 86 УПК РФ, нельзя не обратить внимание на его «оборотную сторону». По широко распространенному мнению, благодаря этому праву у защитника появилась возможность беспрепятственно встречаться с потерпевшим и свидетелями, «целенаправленно воздействовать», чтобы те давали «удобные» для обвиняемого показания; отсутствие гарантий того, что «недобросовестный адвокат воспользуется этим правом не на пользу, а во вред … представляет серьезную опасность, так как извращает саму сущность уголовного процесса»[9].

[9] *Твердова Е. В.* Незаконное противодействие расследованию со стороны отдельных адвокатов // Рос. следователь. 2007. № 9. С. 32.

В связи с этим нельзя не согласиться с О. Я. Баевым, М. О, Баевым, которые указывают на то, что 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.[10]

Так, стороной защиты в судебном заседании было заявлено ходатайство о приобщении к материалам дела протокола опроса Г., с его согласия, о допросе в качестве свидетеля. Суд удовлетворил указанное ходатайство в части допроса Г. в качестве свидетеля, однако в части приобщения к материалам дела протокола опроса Г. – отказал, несмотря на то что стороной защиты были выполнены указанные рекомендации ФПА РФ и не нарушены требования УПК РФ.

Завершая анализ полномочий адвоката по собиранию доказательственной информации, необходимо рассмотреть полномочия защитника, предоставленные *п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ, согласно которому защитник вправе собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.*

Федеральная палата адвокатов рекомендует при направлении запроса использовать бланк адвокатского образования, мотивировать запрос, указать сроки его разрешения со ссылкой на действующее законодательство (ст. 6.1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» – должны дать ответ в письменной форме в 30-дневный срок со дня его получения, срок может быть продлен не более чем на 30 дней, при этом адвокату направляется уведомление о продлении срока рассмотрения запроса; требования к форме определяются федеральным органом юстиции по согласованию с заинтересованными органами государственной власти).

В судебном заседании стороной защиты было заявлено ходатайство о приобщении к материалам уголовного дела ответа Гидрометцентра России на адвокатский запрос, в котором были указаны данные о погодных условиях в определенный период. Однако в удовлетворении указанного ходатайства стороны защиты было по непонятной причине отказано, что также можно отнести к злоупотреблению права судом.

Таким образом, отсутствие процессуальной регламентации реализации полномочий защитника имеет две стороны: с одной – позволяет стороне защиты злоупотреблять своими правами, а с другой – позволяет злоупотреблять правами иным участникам уголовного судопроизводства и игнорировать предоставленные стороной защиты сведения.

Некоторые адвокаты говорят о том, что так как недопустимыми могут быть признаны доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ, а действующее законодательство не предусматривает порядок собирания доказательств стороной защиты, то все доказательства, которые собирает защитник, не могут быть подвергнуты критической оценке и вследствие этого не могут быть признаны недопустимыми, что является процессуальным нонсенсом.

---

[10] См.: *Баев О. Я., Баев М. О.* Злоупотребление правом в досудебном производстве по уголовным делам. М., 2014. С. 80.

Права, предоставленные стороне защиты действующим УПК РФ по собиранию доказательств существенно отличаются от полномочий, которыми наделены органы предварительного следствия и суд. Защитник не вправе производить следственные и иные процессуальные действия, адвокат только участвует в них. На наш взгляд, адвокат не должен и не может быть наделен полномочиями, аналогичными полномочиям органов предварительного следствия. Это связано с тем, что государство, наделив адвокатов властными полномочиями, получит законное право контролировать деятельность корпорации, что, безусловно, приведет к уничтожению адвокатуры как независимого социального института.

На наш взгляд, существует противоречие между положениями ч. 1 и 3 ст. 86, нарушающее принцип состязательности сторон в уголовном процессе. Сторона защиты и обвинения в части правомочий по собиранию доказательств, по нашему мнению, не равны. Попытка Федеральной палаты адвокатов создать механизм, с помощью которого защитник мог бы реализовать свои права, как мы убедились из изложенных выше примеров, не защищает доказательства стороны защиты в уголовном процессе.

Считаем необходимым ввести в ст. 74 УПК РФ (доказательства) отдельный пункт – доказательства, получаемые стороной защиты; в ст. 159 (обязательность рассмотрения ходатайств) императивную обязанность следователя/дознавателя, суда удовлетворить ходатайство стороны защиты о приобщении к материалам дела доказательств, полученных в результате реализации прав, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК РФ, а также в ст. 86 и иных специальных нормах закрепить механизм реализации прав стороной защиты и процессуальный порядок собирания доказательств, которые должны быть аналогичны органам правоохраны (например, в ст. 58 УПК РФ полагаем необходимым детально регламентировать полномочия адвоката при привлечении специалиста для дачи им заключения).

Таким образом, по нашему мнению, адвокат-защитник как участник уголовного судопроизводства, не обладающий властными полномочиями, является субъектом сбора не доказательств, а доказательственной информации, и только после ее легализации субъектом, имеющим властные полномочия (следователь, дознаватель, суд), происходит формирование доказательства по уголовному делу.

В завершение предложенного исследования, которое по понятным причинам не претендует на полноту, так как имеющие место проблемы были лишь обозначены и характеризуют наиболее распространенные случаи злоупотребления правом адвокатом-защитником в уголовном судопроизводстве в процессе осуществления доказательственной деятельности.

Воронежский государственный университет

Баева К. М., *аспирант, преподаватель кафедры уголовного процесса*

Voronezh State University

Baeva K. M., *Post-graduate Student,*
Lecturer of the Criminal Process Department
E-mail: baev_co@mail.ru
Tel.: 8-919-246-97-21

УДК 343

А. С. Гамбарян

СУДЕБНОЕ ДЕПОНИРОВАНИЕ ПОКАЗАНИЙ: СТАРЫЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ИНСТИТУТ ПОД НОВЫМ НАЗВАНИЕМ

Рассматриваются процедуры сбора письменных показаний (доказательств), которые с точки зрения истории процессуального права могут считаться прототипами или аналогами судебного депонирования показания. В целях историко-сравнительного анализа института досудебного допроса анализируются работы английских, немецких и русских процессуалистов XIX в., а также законодательное регулирование того периода. Освещены некоторые вопросы института судебного депонирования показаний. Рассматривается также конкуренция депонированных показаний и показаний с чужих слов (Hearsay evidence).

К л ю ч е в ы е с л о в а: депонирование, показание, судья, досудебный допрос, судебный следователь, аффидевита, показания с чужих слов.

JUDICIAL DEPOSITION OF INDICATIONS: OLD PROCEDURAL INSTITUTE UNDER THE NEW NAME

The article considers procedures for collecting written testimonies (evidence), which from the point of view of the history of procedural law can be considered prototypes or analogues of judicial deposition of evidence.For the purposes of the historical and comparative analysis of the institution of pre-trial interrogation, the article reflects the work of English, German and Russian proceduralists of the 19th century and legislative regulations of this period. The article also deals with some relevant issues of the institution of judicial deposition of testimony. Particularly, the author notes that the judicial deposition of testimony should not be transformed into a surrogate of the judicial investigation. The competition of deposited testimony and hearsay is also considered.

K e y w o r d s: deposition, testimony, judge, pre-trial interrogation, judicial investigator, affidavit, hearsay.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Новые уголовно-процессуальные кодексы Грузии, Украины, Казахстана, Киргизии предусматривают судебное депонирование показаний в качестве нового процессуального института. О необходимости внедрения этого института отмечают также русские и белорусские процессуалисты[1]. В проекте нового УПК Армении предусмотрен также институт судебного депонирования.

Сущность судебного депонирования показаний заключается в следующих трех положениях:

1) депонирование показания независимым субъектом, не являющимся стороной производства (*надлежащий субъект*);

2) депонирование показания с участием противоположной стороны и обеспечение права на конфронтацию (право на встречный опрос) (*надлежащее обеспечение права на участие*);

[1] См.: *Зинченко И. А., Попов А. А*. Структура уголовно-процессуального института депонирования показаний : цель и основания его применения // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2015. № 1 (18) ; *Данько И. В.* Обеспечение явки в суд потерпевших и свидетелей обвинения : новеллы законодательства Республики Беларусь. Государство и право в XXI веке. 2017. № 2. URL: http://cyberleninka.ru (дата обращения: 18.02.2018).

© Гамбарян А. С., 2018

3) депонирование показания при наличии предусмотренных законом определенных оснований (*надлежащие основания).*

Рассмотрим процедуры сбора письменных показаний, которые могут считаться прототипами или аналогами судебного депонирования показания, а также некоторые актуальные вопросы данного процессуального института.

Сравнение судебного депонирования показаний и похожих процессульных институтов будет проведено в контексте следующих вопросов, выражающих его сущность:

1. *Кто депонирует показания?* Показание депонируется судьей или с его участием. Думается, что депонирование показаний, по существу, присутствует даже в том случае, когда допрос проводится независимым должностным лицом, не являющимся стороной производства, например помощником судьи, нотариусом. «Согласно ст. 34.8 Правил гражданского судопроизводства 1998 г. Англии (Civil Procedure Rules – далее CPR), сторона может ходатайствовать о вынесении постановления о том, чтобы свидетель был допрошен до слушания дел под присягой (evidence by deposition). До слушания свидетель может быть допрошен судьей, экзаменатором суда (examiner of the court), каковым может являться адвокат (барристер или солиситор), практикующий не менее трех лет, другим лицом, назначенным судом»[2].

2. *Кто участвует в депонировании показания?* Как правило, в судебном депонировании показания участвует также противоположная сторона, которой предоставляется возможность осуществить право на конфронтацию (встречный опрос). Например, обвиняемый не участвует в депонировании показаний свидетеля, если обвиняемый уклонялся от производства (отказ от права на встречный опрос), а показания свидетеля необходимо срочно депонировать, так как он страдает смертельным заболеванием.

3. *При наличии каких оснований можно депонировать показание?* Судебное депонирование показания разрешается только при наличии определенных оснований, предусмотренных законом (возможность смерти или ухудшения состояния здоровья, возможность выезда из страны или из административно-территориальной единицы, обеспечение безопасности лица и т. д.).

Отсутствие возможности наилучшей формы судебного допроса не исключает наихудшую форму внесудебного допроса

В системе уголовного правосудия наилучшим способом допроса свидетеля является устный допрос, проведенный в ходе осуществления правосудия с участием судьи и сторон. Ученые до сих пор критикуют отделение полномочий сбора доказательств и разрешения дела в процессах состязательного типа. По поводу этого вопроса точку зрения английского философа и юриста XIX в. И. Бентама можно считать классической. Он отмечал: «Обязанность выслушивать свидетелей и собирать доказательства часто поручается простому приставу или судебному следователю, который в письменной форме передает их судье, постановляющему решение по проверке документов. Этот порядок преобладает еще во многих странах и даже в Англии в судах духовных и в судах адмиралтейства. Отделение этих двух обязанностей (собирание доказательств и решение дела) не представляет никаких преимуществ, а между тем порождает многие недостатки. Когда я говорю никаких преимуществ, то подразумеваю интересы правосудия, потому что для самих судей это отделение доставляет много удобств.

[2] Цит. по: *Кудрявцева Е. В*. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008. С. 282, 285.

1) Судья, не выслушавший свидетелей, никогда не может быть уверен, что протоколы представляют верно записанное устное показание свидетелей, и что это показание было точно и полно. Если стороны и свидетели находятся в его присутствии, он чувствует, где их показания недостаточны и, предлагая им вопросы, он извлекает недостающие ему данные. Кто лучше его может знать, чего недостает для его убеждения; кто лучше его может изыскивать существенные черты, которыми характеризуется истина и которые должны оказать самое целесообразное влияние на его решение? Если для выяснения дела он имеет только письменные акты, он не может дополнить упущения, ни заставить объяснить себе то, что может быть темным, ни выйти из сомнения, к которому он будет приведен противоречивыми показаниями.

2) Представляемое в этом несовершенном виде свидетельство бывает лишено самой поучительной его стороны, тех обстоятельственных доказательств, которые придают столько силы устному показанию и выводятся из поведения на суде свидетелей и сторон. Судья не может познакомиться посредством личного наблюдения с теми выдающимися и естественными чертами истины, которые проглядывают в физиономии, в звуке голоса, в твердости, в безыскуственности невинного и в замешательстве недобросовестного; можно сказать, что он сам закрыл для себя книгу природы и что он сделался глухим и немым в деле, где нужно все видеть и слышать»[3].

Несмотря на то что допрос свидетеля в суде является наилучшим способом собирания доказательств, однако в жизни можно столкнуться с исключительными ситуациями, когда невозможно или крайне сложно вызвать свидетеля в суд и выслушать его показания «вживую». Стоит ли в таких случаях вообще отказываться от его досудебных письменных показаний? По этому поводу И. Бентам образно отметил: «Если судебное производство не может быть выполнено в лучшей форме, отсюда не следует, что оно не должно быть выполнено в форме худшей». Он добавляет:

«1) Бывают случаи, когда стороны и свидетели неподведомы власти суда, который решает дело: в случае выезда или изгнания из отечества является неопределимое препятствие; в случае выезда в другую провинцию могут встретиться более или менее важные затруднения.

2) Может случиться, что нет физических препятствий для явки на суд сторон и свидетелей; но есть причины, по которым благоразумно отказаться от этой явки, чтобы избежать отсрочек, притеснений, расходов, если неудобства, от них происходящие, перевешивают интерес дела»[4].

Перечисленные Бентамом основания внесудебного допроса, в общем, совпадают с основаниями судебного депонирования показаний, перечисленными в УПК некоторых постсоветских государств.

Депонированные показания и показания без судебного допроса (affidavit, аффидевита)

Депонированные показания необходимо отграничить от широко распространенного в англо-американском процессуальном праве **аффидевита (affidavit).** Т. Лоскутова, еще в 2005 г. изучая институт свидетельских показаний в англо-американском судопроизводстве, говорила о свидетельских показаниях в виде депозита и аффидевита (affidavit). Автор использует понятие «показание в виде депо-

[3] *Бентам И.* О судебных доказательствах. Киев, 1874. С. 100.

[4] Там же. С. 102.

зита»[5], которое через несколько лет в новых постсоветских УПК будет именоваться «депонированием показаний».

Устная форма получения показаний предусмотрена в качестве единственной возможной процессуальным законодательством большинства зарубежных стран, в особенности стран континентальной Европы. Однако в Англии и США устный допрос свидетеля не является единственной формой свидетельства. Процессуальным правом этих стран допускаются собственно письменные показания свидетелей, а именно: собственноручно написанные и подписанные свидетелем показания, которые этому лицу было бы дозволено дать устно, для их последующего представления в суд. Данные доказательства могут представляться в суд при невозможности или затруднительности личной явки свидетеля в судебное заседание. Именуются такие доказательства affidavit evidence (ст. 32.15 CPR), а в русской транскрипции – аффидевитами. Аффидевит (от лат. Affido – клятвенно удостоверяю) – традиционно определяется как письменные показания под присягой. В данном случае под присягой следует понимать то, что показание в форме письменного изложения должно быть подтверждено содержащимся в самом документе заявлением свидетеля о правдивости написанного[6].

Депонированное показание и аффидевита – похожие институты: 1) в обоих случаях свидетель дает показание до начала судебного разбирательства; 2) депонент и аффиант[7] дают присягу и (или) предупреждаются об ответственности за ложные показания; 3) схожие основания депонирования показания и аффидевита (человек болен, находится на территории другого государства и т. д.).

Однако между ними имеются существенные различия:

1) при аффидевите свидетель дает письменные показания в присутствии соответствующего должностного лица. При составлении аффидевита заинтересованная сторона (будущая противоположная сторона) не участвует в процессе составления письменных показаний. Между тем при судебном депонировании показаний противоположная сторона, как правило, участвует при даче показаний, осуществляя право на встречный опрос (право на конфронтацию);

2) отдельные американские юристы отмечают, что в судебном процессе аффидевит уменьшает формальное бремя доказательства, не принося в жертву достоверность или надежность устных показаний[8]. Думается, что это спорный подход. Аффидевит не может иметь ту же достоверность, что показания свидетеля, данные «вживую» в рамках судебного депонирования или правосудия. Про аффидевит, т. е. показание, данное вне допроса, как доказательство «низкого уровня» и имеющее меньшую степень достоверности, говорил также И. Бентам. Он охарактеризовал показание аффидевит как показание, данное без допроса, не имеющее такую форму (гарантии), которая обеспечила бы его четкость и целостность, и чтобы судья имел возможность определить сущность этого показания. Оно не имеет

---

[5] См.: *Лоскутова Т. А*. Свидетель и его показания в уголовном процессе Англии и США : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2005. URL: http://www.law.edu.ru (дата обращения: 20.02.2018).

[6] См.: *Молчанов В. В*. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. 2-е изд. М., 2010. С. 246–247.

[7] Affiant – лицо, предоставляющее доказательство через Affidavit (см.: Cindy Hill Use of Affidavits in Criminal Cases. URL: https://legalbeagle.com/5514156-use-affidavits-criminal-cases.html (дата обращения: 20.02.2018)).

[8] См.: *Simpson A., Deborah J.* Selden The truth about affidavits. URL: http://images.jw.com/com/publications/156.pdf (дата обращения: 20.02.2018).

соответствующих гарантий – гласность и устность, не предрешенные заранее ответы, очные ставки и т.д.[9]

3) предметом депонированного показания являются сведения о фактических обстоятельствах, имеющих значение для разрешения дела, однако предмет аффидевита шире. Он может касаться не только фактических обстоятельств дела, но им могут также подтвердиться содержание норм иностранного права, подлинность копии документа[10].

ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ИНСТИТУТА СУДЕБНОГО ДЕПОНИРОВАНИЯ ПОКАЗАНИЯ

Институт судебного депонирования показаний в английском праве XIX в.

В XIX в. английский юрист Дж. Стифен в работе «Очерк доказательственного права» описал такую процедуру дачи показания перед мировыми судьями до рассмотрения дела по существу, которая в современном постсоветском уголовном судопроизводстве называется судебным депонированием показаний. Он писал: «Записанное показание, сделанное для закрепления свидетельского показания в уголовных делах по 30 и 31 Viet, c. 35 s. 6, может быть представляемо и читаемо в качестве доказательства или в пользу, или против обвиняемого при суде над всяким преступником или за всякое преступление, к которому он относится:

1) если давший его свидетель умер или если доказано, что нет разумной вероятности того, что давший его когда-либо будет в состоянии прибыть в суд или дать показание, и

2) если записанное показание значится подписанным судьей, которым или перед которым оно значится полученным, и

3) если доказано, по убеждению судьи, что разумное письменное извещение о намерении принять это записанное показание было сообщено лицу, против которого оно предполагается к прочтению (будь то обвинитель или обвиняемый), и

4) если доказано, что такое лицо, его советчик или адвокат имели бы полную возможность подвергать перекрестному допросу сделавшего это показание, если бы они пожелали присутствовать на допросе.

Если есть надежда на выздоровление свидетеля, про которого доказано, что он по болезни не может прибыть в суд, судья не обязан принять записанное показание, но может отложить судебное следствие»[11].

Как видно, в процессуальном праве Англии записанное показание или, как мы сегодня его называем, депонированное показание, допускалось в суде, если 1) записанное показание было взято судьей, который участвовал в записи показания; 2) эти показания взяты в присутствии обвиняемого; 3) свидетель умер или настолько болен, что не в состоянии прибыть в суд, или настолько безумен, что не может свидетельствовать. Перечисленные признаки составляют сущность института современного депонирования показания, поэтому можно констатировать, что институт депонирования был предусмотрен английским правом, по меньшей мере, в XIX в.

---

[9] См.: *Бентам И*. Указ. соч. С. 44.

[10] См.: *Захарова Р. Ф*. Особый вид письменных доказательств (аффидевиты) в странах англо-американского права по делам о наследовании советских граждан // Проблемы государства и права на современном этапе : труды науч. сотрудников и аспирантов. М., 1973. Вып. 6. С. 222 ; *Костин А. А*. Условия допустимости отдельных видов доказательств, полученных в иностранных государствах // Закон. 2015. № 9. С. 156–167.

[11] *Стифен Дж.* Очерк доказательственного права. СПб., 1910. С. 143.

Аналоги судебного депонирования показаний в немецком праве XIX в.

Чтобы выяснить, похожа ли процедура досудебного допроса, предусмотренного в немецком праве рассматриваемого периода, на английскую модель досудебного допроса (что, по существу, является судебным депонированием), необходимо ответить на следующие вопросы.

1. *Кто осуществлял досудебный допрос?* Несмотря на то что в Германии существовали судебные следователи, которые осуществляли допрос свидетелей, однако их положение значительно отличалось от положения английского судьи. Немецкий юрист К. Ю. А. Миттермайер отмечал: «Положение английского судьи (мирового или полицейского) совершенно отлично от положения германского судебного следователя»[12]. Английский судья действует везде, а также и при предварительном следствии как судья, который во всяком деле беспристрастно выслушивает показания той или другой стороны и потом приступает к распоряжениям. Судья выслушивает показания и только тогда, когда замечает в них неясности и противоречия, предлагает вопросы свидетелям, насколько это нужно, чтобы устранить неполноту показания. Если частного обвинителя нет, и если обвиняемый не имеет при себе адвоката, то судья допрашивает свидетелей гораздо подробнее, потому что в таком случае нет лиц, которые могли бы предлагать им вопросы. После допроса свидетеля, обвиняемому предлагается обычный вопрос: не желает ли он что-либо сказать. Допрос же самого обвиняемого производится судьей в редких случаях. Если он не дает ответа, то судья по закону не может продолжать вопросы, потому что обвиняемый имеет право не отвечать. Если же он отвечает, то редко случается, чтобы его продолжали спрашивать; объяснение его записывается, но, по сведениям, которые мы имеем, никогда не бывает допроса, по крайней мере такого, какой производится французскими или немецкими следственными судьями. Полицейский судья ведет дело только в своей судебной камере и не отправляется для осмотра или для обыска в какой-либо дом, но поручает это полицейскому инспектору, который доносит о результатах осмотра в ближайшем заседании»[13].

Если взять за основу суждения К. Ю. А. Миттермайера, то можно сделать вывод о том, что в отличие от английского права в немецком праве судебный следователь был достаточно активен и осуществлял расследование – отправлялся в место преступления, осуществлял обыск. К. Ю. А. Миттермайер отмечал «Только идеальное представление о непогрешимости судей, противоречащее жизненному опыту, ни на чем не основанная уверенность, что следователь может собирать все доказательства виновности и невинности с одинаковой осмотрительностью, и предрассудки, закрывающие недостатки немецкого уголовного судопроизводства, могли заставить сомневаться в необходимости защиты. Я не могу, однако, не заметить, что пристрастные следователи, которые ставят себе в честь добиваться

[12] В русском переводе данной работы понятия «следственный судья» и «судебный следователь» используются непоследовательно. В связи с этим должен быть принят подход А. Трефилова о том, что дискуссия о соотношении понятий «судебный следователь» и «следственный судья» не имеет под собой глубокого теоретического основания и представляется нецелесообразной, поскольку юристам просто необходимо договориться о терминах (см.: *Трефилов А. А.* Судебный следователь в дореволюционной России : сравнительно-правовой аспект // Вестник Казанского юрид. ин-та МВД России. 2012. № 4. URL: http://cyberleninka.ru (дата обращения: 25.02.2018)).

[13] *Миттермайер К. Ю. А*. Уголовное судопроизводство в Англии, Шотландии и Северной Америке. М., 1864. С. 75–76.

собственного признания обвиняемых во что бы ни стало, – из особенного рвения к исполнению своих обязанностей или неприязненного расположения к несознающемуся обвиняемому, дозволяют себе действия, которые не имеют законных оправданий, и, вследствие предубеждения против обвиняемого, являются неспособными к беспристрастному открытию и исследованию всех доказательств, говорящих в его пользу, эта опасность от чрезмерного усердия к исполнению служебных обязанностей или от пристрастия является в особенности значительно в делах о политических преступлениях. Сверх того, между следователями найдется также много людей, которые исполняют свои обязанности без всякого старания, совершенно механически и равнодушно, согласно раз заведенному порядку, и довольствуются только самым необходимым, не обращая никакого внимания на доводы, служащие к оправданию обвиняемого, потому что им противен всякий излишний труд»[14]. Ситуация была подобной в случае судебных следователей Российской империи, которые, будучи судебными служащими, одновременно были лицами, осуществляющими расследование, и их положение не могло быть равным положению независимого органа, не являющегося стороной судебного производства.

2. *Имела ли противоположная сторона право участвовать в досудебном допросе?* В отличие от английского права в немецком праве досудебный допрос осуществлялся в отсутствие обвиняемого. Так, П. Дегая отмечал: «Главное различие между уложениями Германским и Английским состоит в том, что допрос делается по Германским уложениям в отсутствие обвиняемого, а по Английским – при нем. По Баварскому (ст. 207), Виртембергскому (ст. 201), Баденскому (§ 152) и Фрейбургскому (ст. 183) уложениям при допросе свидетелей не могут быть ни обвиняемый, ни другие свидетели, а в Прусском уложении пояснено, что и обвинитель не может находиться при допросе; но оно допускает к этому защитника обвиняемого (§ 318). В одной Англии допрос свидетелей производится не только при обвиняемом, но даже им самим, по праву ему данному задавать им вопросы»[15].

Итак, в немецком процессуальном праве досудебный допрос, осуществляемый судебным следователем, не может считаться историческим аналогом судебного депонирования показаний, так как там отсутствовали признаки надлежащего субъекта и надлежащего обеспечения права на участие.

Аналоги депонирования доказательств в русском праве

1. *«Свидетельство всегдашней памяти» и судебное депонирование показаний.* Возможность допросить свидетеля до начала судопроизводства была предусмотрена в Кратком изображении процессов или судебных тяжб 1715 г. Согласно общему правилу свидетели допрашивались судом после принесения жалобы челобитчиком и получения возражения ответчика. Вместе с тем в настоящем документе содержится положение (которое в то время именовалось «свидетельством всегдашней памяти»), согласно которому, в тех случаях, когда свидетель не мог присутствовать в суде и быть допрошен в силу того, что он «уже в путь, куда собрался, и возвращением своим может умедлить рассмотрение дела» или так «жестоко заболит, что о возвращении здравия его сумнение иметь мочно», то по просьбе свидетелей допускался их допрос еще до подачи жалобы и полу-

[14] *Миттермайер К. Ю. А.* Руководство к судебной защите по уголовным делам. М., 1863. С. 36.

[15] *Дегая П.* Взгляд на современное положение уголовного судопроизводства. СПб., 1847. С. 96, 210.

чения возражений ответчика (п. 10 гл. III). В. Молчанов, используя современную терминологию, институт «свидетельство всегдашней памяти» называет аналогом обеспечения доказательства[16]. «Свидетельство всегдашней памяти» можно считать русским прототипом судебного депонирования показаний, так как в обоих случаях досудебный допрос осуществлялся(ется) судьей. Помимо этого, похожи также основания для применения обоих институтов – выезд в другое место, болезнь. Одновременно «свидетельство всегдашней памяти» не может считаться историческим аналогом судебного депонирования показания, так как противоположная сторона не участвовала в этом процессе, однако согласно общему правилу судебного депонирования показания, противоположная сторона должна иметь возможность участвовать в процессе депонирования.

2. *Допрос свидетеля русским судебным следователем – аналог судебного депонирования показания?* Чтобы выяснить, существовал ли институт, похожий на судебное депонирование показаний в уголовном процессе дореволюционной России, необходимо вернуться к вышеперечисленным трем вопросам.

Кто осуществляет досудебный допрос? В период судебных реформ 1860–1864 гг. указами Александра II была введена должность судебного следователя. Является ли русский судебный следователь тем должностным лицом, показание, взятое которым можно сравнить с показанием, взятым при судье, был ли русский судебный следователь независимым и беспристрастным? Чтобы ответить на этот вопрос, надо учесть следующие обстоятельства.

Во-первых, согласно ст. 212 Учреждения судебных установлений, судебные следователи назначались «высочайшей властью по представлениям министра юстиции». Они входили в штат окружных судов. Следователи имели полномочие самостоятельно возбуждать уголовное преследование и осуществлять предварительное расследование. Судебные следователи не осуществляли судебный контроль. И. Зинченко отмечает, что с судебной властью следователей роднила преимущественно ведомственная принадлежность. По этому признаку в более поздние периоды истории России они именовались следователями прокуратуры, следователями органов государственной безопасности, органов внутренних дел и других ведомств[17].

Во-вторых, И. Фойницкий писал, что предварительное следствие игнорирует права сторон и само понятие сторон. В лице судебного следователя сосредоточены функции как обвинителя, так и защитника. На него возложено приведение в известность как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого обстоятельств[18]. В этот период преобладал подход, что следователь не может по одному и тому же делу с одинаковым энтузиазмом одновременно осуществлять функции как обвинения, так и защиты. С. Познышев писал, что следователи должны обладать независимостью; они должны быть освобождены от чрезмерного давления на них обвинительной власти и поставлены самостоятельно в отношении ее[19].

---

[16] См.: *Молчанов В. В*. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. 2-е изд. М., 2010. С. 222.

[17] См.: *Зинченко И. А., Фетищева Л. М*. Следственный судья как участник досудебного уголовного производства (компаративистский взгляд) // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского ун-та МВД России. 2015. № 3(41). С. 43.

[18] См.: *Фойницкий И. Я*. Курс уголовного судопроизводства / под ред. А. В. Смирнова. СПб., 1996. Т. 2. С. 389.

[19] См.: *Познышев С. В*. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913.

Хотя судебные следователи в институциональном плане считались должностными лицами судебной системы, однако они не являлись судьей над следствием[20], не осуществляли беспристрастного судебного контроля над следствием, в том числе над качеством доказательств. В таких условиях, взятие показаний судебным следователем с точки зрения субъектного состава нельзя рассматривать как аналог судебного депонирования показаний[21].

Имела ли противоположная сторона право участвовать в досудебном допросе? В соответствии со ст. 446 УУС «свидетели допрашиваются порознь и если окажется нужным, то первоначально в отсутствие обвиняемого и прикосновенных к делу лиц». Из формулировки этой нормы можно сделать несколько выводов. Во-первых, общее правило являлось таковым, что обвиняемый должен был обязательно участвовать в допросе свидетеля. Во-вторых, допрашивать свидетеля в отсутствие обвиняемого допускалось в исключительных случаях, когда была такая необходимость. В-третьих, брать показания у свидетеля в отсутствие обвиняемого можно было только во время первичного допроса. В случае дополнительного допроса свидетеля участие обвиняемого было обязательным во всех случаях.

В условиях наличия общего правила в Российской империи допрашивать свидетеля только в присутствии обвиняемого можно констатировать, что эта процедура досудебного допроса похожа на судебное депонирование показаний, в случае которого противоположная сторона имела право участвовать в допросе и осуществлять право на встречный опрос. Однако сказанное может считаться справедливым только в области законодательного регулирования, так как состояние правоприменительной практики этого периода было совсем другим. А. Скопинский отметил: «По смыслу рассматриваемой статьи (ст. 446 УУС), устранение обвиняемых и участвующих лиц от присутствия при допросе свидетеля допускается только как мера исключительная; но на практике, наоборот, присутствие этих лиц составляет явление редкое, и обыкновенно они допускаются присутствовать при допросах только по их просьбе. Следователи же систематически уклоняются от этой стеснительной обстановки производства следствия. Однако, если следователь допросил свидетелей в отсутствие заинтересованных в этих допросах лиц, то затем последние могут требовать, чтобы в их присутствии был учинен передопрос тех или иных свидетелей»[22].

В каких случаях допускалось оглашение досудебных показаний в суде? Как правило, показания свидетелей, данные на предварительном следствии, могли быть прочитаны в случаях, предусмотренных законом (например, лишение свободы,

---

[20] Понятие «судья над следствием» использовал А. В. Смирнов (см.: *Смирнов А. В.* Вокруг института следственных судей : манипуляции с «американизацией» и «объективной истиной». URL: http://www.iuaj.net/node/1748 (дата обращения: 09.03.2018)).

[21] Относительно независимости российского судебного следователя существует и другой подход. А. Трефилов отмечает, что по смыслу УУС, при осуществлении данных полномочий судебный следователь, не выполняя ни обвинительных, ни защитных функций, должен был беспристрастно расследовать преступление, устанавливать виновное лицо, решить вопрос о дальнейшем направлении дела. Данные должностные лица относятся именно к судейскому корпусу с вытекающими отсюда гарантиями, связанными с их статусом. Прежде всего, имеется в виду их независимость при осуществлении процессуальных полномочий (см.: *Трефилов А. А*. Судебный следователь в дореволюционной России : сравнительно-правовой аспект // Вестник Казанского юрид. ин-та МВД России. 2012. № 4. URL: http://cyberleninka.ru (дата обращения: 25.02.2018)).

[22] *Скопинский А. В.* Свидетели по уголовным делам : пособие для практиков. М., 1911. С. 78–79.

болезнь, лишающая возможности отлучиться из дому)[23]. В отличие от стадии судебного разбирательства на предварительном следствии не было предусмотрено положения, предупреждающего об ответственности за дачу ложных показаний. Как правило, следователь только предупреждал свидетеля, что его могут допросить в суде под присягой, и разъяснял ему необходимость сказать всю правду; к присяге же их приводили только в следующих случаях: 1) если свидетель собрался в дальний путь, и его возвращение может замедлиться; 2) если свидетель страдает от опасной для жизни болезни и 3) если он живет вне округа суда и в таком расстоянии от судебных заседаний, что его явление в суд невозможно без особенных трудностей[24].

Итак, в Российской империи допрос свидетеля судебным следователем можно рассматривать как аналог судебного депонирования показаний лишь в позитивном праве, однако в действительности процесс взятия показания у свидетеля судебным следователем, в котором обвиняемый фактически не участвовал, не был похожим на судебное депонирование показаний.

3. *Аналоги депонирования доказательств в советском процессуальном праве.*

Допрос свидетеля советским следователем – аналог судебного депонирования показания? Т. Лоскутова отмечает: «В российском уголовном процессе в некотором смысле аналогом депозита служит допрос свидетеля еще на предварительном следствии»[25]. В досудебном производстве проводить параллели между взятием показания следователем и судебным депонированием показания, тем более рассматривать взятие показаний следователем как аналог депонирования показания, очень спорно. Даже судебный следователь Российской империи не считается надлежащим субъектом с точки зрения института депонирования показаний, а советский следователь фактически был «прокурорским следователем» со всеми исходящими из этого последствиями. Помимо этого, в советском уголовно-процессуальном законодательном понятийном аппарате отсутствовали термины «право на конфронтацию», «перекрестный допрос». В УПК 1922–1923 гг. даже не было предусмотрено какого-либо законодательного основания для проведения очной ставки между обвиняемым и свидетелями. В ст. 137 УПК 1923 г. только отмечалось, что в случае надобности следователь устраивает очные ставки между обвиняемыми, а также между обвиняемыми и свидетелем. Фактически у следователя было абсолютное усмотрение, чтобы решить, провести очную ставку между обвиняемым и свидетелем или нет. Если следователь даже решил бы провести очную ставку, то предполагаем, это не было бы обусловлено обеспечением возможности обвиняемого задать свидетелю вопросы. В тот период даже в процессе судебного разбирательства не обеспечивались требования вызвать свидетелей в суд и допросить их. Не были исключением случаи, когда дело рассматривалось в отсутствие не только обвиняемого, но и всех свидетелей[26].

Обеспечение доказательств как аналог депонирования доказательств в гражданском досудебном процессе. Перед тем как перейти к обеспечению доказательств в советском гражданском процессе, отметим, что этот институт, по су-

---

[23] См.: *Духовской М. В*. Русский уголовный процесс. М., 1910. С. 219.

[24] См.: *Викторский С. И*. Русский уголовный процесс. Изд. 2-е, испр. и доп. М., 1912. С. 286.

[25] *Лоскутова Т. А.* Свидетель и его показания в уголовном процессе Англии и США : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2005. URL: http://www.law.edu.ru (дата обращения: 20.02.2018).

[26] См.: Памятники российского права : в 35 т. Т. 29 : Уголовно-процессуальные кодексы РСФСР / под общ. ред. Р. Л. Хачатурова, В. А. Лазаревой. М., 2016. С. 178–179.

ществу, был предусмотрен также в дореволюционном российском гражданском процессе. Допрос свидетеля допускался не только непосредственно в процессе судебного разбирательства, но и до его начала. Такое процессуальное действие могло быть произведено в случаях, не терпящих отлагательств, таких как тяжелая болезнь лица, вызываемого в качестве свидетеля, когда были основания предполагать, что он в дальнейшем не сможет дать показание, или его длительное отсутствие от места рассмотрения дела (ст. 377 УГС). Современные процессуалисты отмечают, что правила о допросе свидетеля, допускающие получение свидетельских показаний до начала суда, сегодня именуются обеспечением доказательств[27].

Законодательства союзных республик в вопросе установления института обеспечения доказательств пошли по одному из двух путей. В Азербайджанской, Белорусской, Узбекской и Украинской союзных республиках обеспечение доказательств путем допроса свидетелей, производства местного осмотра или экспертизы, а также других видов доказательств, было возложено целиком на народные суды. Поскольку в перечисленных союзных республиках обеспечение доказательств целиком относилось к обязанностям народного суда, в положениях о государственном нотариате этих республик на нотариусов подобные функции не были возложены.

Остальные союзные республики пошли по другому пути. Например, на основании ст. 123 ГПК РСФСР нотариус производил обеспечение доказательств, необходимых на случай возникновения дела в судебных органах, если имелись основания опасаться, что представление доказательств впоследствии сделается невозможным. В практике такие случаи встречались: гражданин, показания которого были бы очень нужны в суде, уезжал на полярную зимовку, за границу, и получить его показания было очень сложно или невозможно; следы, оставленные на месте, например следы потравы, могли исчезнуть. Поэтому положения о государственном нотариате устанавливали, что в порядке обеспечения доказательств нотариус производит: 1) допрос свидетелей; 2) осмотр на месте; 3) назначает производство экспертизы[28].

Важно отметить, что как и в случае депонирования показания, к участию в обеспечении доказательств вызывались не только заявитель, но и заинтересованные граждане (вторая сторона по предполагаемому судебному спору). Обеспечение доказательств могло производиться без вызова другой стороны лишь в случаях, не терпящих отлагательств, или когда было невозможно определить, к кому впоследствии иск будет предъявлен.

В советское время обеспечение доказательств судьей или нотариусом по гражданским делам, по существу, являлось депонированием доказательств, поскольку:

1) обеспечение доказательств осуществлял судья или нотариус (нотариус в отличие от следователя не имел никакого участия в дальнейшем производстве и не являлся стороной уголовного или гражданского производства);

2) как правило, в процесс обеспечения доказательств вовлекалась заинтересованная сторона, которая имела возможность осуществлять право на конфронтацию.

---

[27] См.: *Молчанов В. В.* Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. 2-е изд. М., 2010. С. 223.

[28] См.: *Юдельсон К. С.* Избранное : советский нотариат // Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005. С. 291–292.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО ДЕПОНИРОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Институт судебного депонирования доказательств находится в центре внимания особенно постсоветских специалистов уголовного процесса[29], ими поднимается много актуальных вопросов, из которых выделим два следующих:

Судебное депонирование показаний не должно преобразовываться в суррогат судебного следствия. Образно выражаясь, судебное депонирование показания не является чем-то иным, чем судебным следствием уменьшенного масштаба. Несмотря на то что это не лучший способ допроса, однако, как отмечалось, невозможность осуществления лучшего способа судебного допроса в рамках правосудия не должно исключать осуществление допроса при судье и обвиняемом в процессе досудебного производства. Судебное депонирование показаний является исключительным способом, предоставляющим возможность сочетать несколько процессуальных интересов – в случае невозможности явки в суд, допросить свидетеля в досудебном производстве, с участием судьи и обвиняемого.

Одновременно не надо забывать, что судебное депонирование показаний в досудебном производстве является соблазнительной возможностью для органов уголовного преследования, так как они могут в процессе досудебного производства, хоть с участием судьи, допросить свидетеля и, самое главное, на данном этапе в какой-то степени обеспечить право обвиняемого на конфронтацию, освобождаясь от «бремени» дальнейшего вызова свидетеля в суд и допроса.

Используя формулировку «в какой-то степени обеспечить право на конфронтацию», имеется в виду, что при депонировании показания в ходе досудебного производства обвиняемый не владеет полностью материалами дела, что не дает ему возможности осуществить право на конфронтацию в полном объеме. Следовательно, в отличие от осуществления права на конфронтацию в стадии судебного разбирательства, обеспечение права на встречный опрос в ходе досудебного производства в рамках депонирования показания носит строго фрагментарный и поверхностный характер.

Итак, можно предвидеть возможность злоупотребления судебным депонированием обвинительной властью. Судебное депонирование показаний ни в коем случае не должно преобразиться в суррогат судебного следствия. Крайне опасно, что большинство свидетелей вместо того чтобы быть допрошенными в процессе судебного следствия, будут допрошены в режиме судебного депонирования в ходе досудебного производства.

Казахские процессуалисты предлагают разные механизмы для предотвращения таких случаев. Некоторые авторы предлагают ограничить законом число депонированных показаний, например не более пяти лиц для каждой из сторон уголовного процесса. Это позволит не превращать судебное разбирательство в заочный процесс, не подталкивать стороны к сокрытию слабой доказательственной базы, к уклонению сомнительной репутации свидетелей, чаще обвинения, от

[29] См.: *Крицкая И. А*. Проверка вещественных доказательств на досудебном расследовании : некоторые спорные вопросы // Закон и жизнь = Legea si Viata. 2017. № 1/2. С. 91–95 ; *Ее же.* Целесообразность распространения правового режима депонирования на вещественных доказательствах во время досудебного расследования // Матеріали міжвідомчої науково-практичної конференції (Київ, 24 листопада 2017 року). С. 37–40 ; *Аубакирова А. А*. Закрепление показаний несовершеннолетнего потерпевшего в современном уголовном процессе Республики Казахстан // Вестник ЮУрГУ. Серия: Право. 2015. № 2. URL: http://cyberleninka.ru/

очного участия в суде первой инстанции[30]. Другие авторы считают, что стороны обязаны согласовать друг с другом количество лиц, подлежащих допросу в целях недопущения трансформации открытого судебного разбирательства в заочное, если же такая договоренность не достигнута, то решение о количестве показаний, подлежащих депонированию, разрешается следственным судьей и является окончательным[31].

Думается, что формализированный подход о закреплении законом числа свидетелей, подлежащих депонированию, или предложение сделать количество показаний, подлежащих депонированию, предметом сделки неприемлемы, так как невозможно предвидеть показания скольких свидетелей объективно понадобится депонировать по конкретному делу. Чтобы судебное депонирование не преобразовалось в суррогат судебного следствия, судьи, рассматривая ходатайства органов уголовного преследования или защитника о депонировании показаний свидетеля, обязаны строго соблюдать основания депонирования, предусмотренные законом. Если судьи будут толковать основания депонирования показания расширительно, например невозможность явки свидетеля в суд, то наше беспокойство о превращении депонирования показания в суррогат судебного следствия станет действительностью.

Помимо этого, если в ходе расследования показание свидетеля было депонировано на том основании, что, он, например, может уехать за пределы государства, не освобождает судью от дальнейшего обязательства вызвать свидетеля в суд в ходе осуществления правосудия. Рассматривая дело, судья должен выяснить, не вернулся ли свидетель в данное государство.

Конкуренция депонированных показаний и показаний с чужих слов (Hearsay evidence). Правило о недопустимости показаний с чужих слов сформировалось в английском праве в конце XVII в. Только с этапа постепенного развития института публичных свидетельских показаний в суде в английском обществе начинает складываться понимание необходимости правила о недопустимости доказательств Hearsay. Показания с чужих слов насмешливо называли «сказками о сказках» или «рассказами из чужих уст». По мере дискредитации устных показаний с чужих слов стали появляться сомнения относительно возможности принятия письменных показаний (протоколы показаний, данных под присягой судье или судебному чиновнику и не подвергнутых перекрестной проверке). Недостатком таких доказательств было не только отсутствие присяги или собственно ненадежность показания одного лица о том, что говорило другое лицо. В большей мере, их критике способствовали невозможность проверки показаний при перекрестном допросе и отсутствие у судей возможности непосредственно наблюдать поведение свидетеля при оценке правдивости его показаний[32].

В современном английском праве показание с чужих слов будет допустимо,

---

[30] См.: *Ахпанов А. Н*. Депонирование показаний потерпевшего и свидетеля в уголовном процессе Республики Казахстан // Вестник Омского ун-та. Серия: Право. 2015. № 4 (45). С. 178.

[31] См.: *Хан А. Л., Тяжина А. Ж*. О некоторых проблемах депонирования показаний потерпевшего и свидетеля в уголовном процессе Республики Казахстан. URL: https://aqparat.info/news/2016/09/14/8378792-o_nekotoryh_problemah_deponirovaniya_pok.html (дата обращения: 20.02.2018).

[32] См.: *Александров А. С., Бостанов Р. А*. Использование производных доказательств в уголовном процессе. М., 2013 ; *Галяшин Н. В*. Показания с «чужих слов» как производные доказательства в уголовном процессе. М., 2017.

если человек, который его делал, установлен и удовлетворяется одно из следующих условий в отношении такого лица: 1) оно скончалось; 2) оно неспособно быть свидетелем в связи с его соматическим или психическим состоянием; 3) оно находится вне пределов Великобритании и нереально обеспечить его явку; 4) оно не может быть найдено, хотя все разумно возможные меры к этому принимались; 5) оно по причине страха отказывается от дачи показаний в заседании, и суд дает разрешение на то, чтобы принять заявление как доказательство (ст. 116 закона об уголовной юстиции 2003 г.)[33].

Если сравнить основания судебного депонирования показаний и допустимые случаи использования показания Hearsay в суде, то становится ясным, что они похожи, просто основания судебного депонирования показаний, в большей степени, имеют перспективный характер, касаются таких событий, которые могут произойти в будущем, а допустимые случаи использования показаний Hearsay в суде, как правило, имеют ретроспективный характер.

В условиях сходства оснований судебного депонирования показаний и допустимых случаев использования показания Hearsay в суде между этими двумя показаниями может возникнуть конкуренция. Имея в виду, что в отличие от судебного депонирования показания в случае использования показания Hearsay в суде, не обеспечивается право обвиняемого на конфронтацию, поэтому в случае конкуренции между этими двумя институтами надо отдать предпочтение судебному депонированию показания. При наличии оснований, предусмотренных законом, в досудебном производстве необходимо срочно депонировать показание свидетеля, а не ждать, пока сложится ситуация, в которой в суде будут использоваться показания Hearsay. Другими словами, допустимые случаи использования показаний Hearsay не должны использоваться как способ уклонения от депонирования показаний.

Здесь возможны следующие варианты.

Вариант первый. Очевидец преступления страдает от тяжелого и смертельного заболевания. Следователь, будучи осведомленным о его болезни и сознавая возможность смерти свидетеля, обязан депонировать его показание в досудебном производстве. Если следователь не депонирует показание свидетеля и берет у него показание в общем порядке, то использование показаний Hearsay в суде недопустимо. То есть в процессе судопроизводства в качестве доказательства не могут использоваться письменные (досудебные) показания свидетеля, данные перед смертью. Более того, если даже свидетель перед смертью рассказал об увиденном другому лицу, то показания данного лица также не могут использоваться как доказательство в суде. Дело в том, что следователь имел реальную возможность депонировать показания свидетеля перед его смертью, обеспечив также право обвиняемого на конфронтацию, однако он не выполнил своего обязательства. В подобной ситуации, если станет возможным использовать в качестве доказательства досудебные показания свидетеля или допросить в суде то лицо, которому свидетель рассказал об увиденном перед смертью, то такая практика станет «лучшим» способом уклонения от обязательства депонировать показания.

Вариант второй. Очевидец преступления дает показание в кабинете следователя, после чего попадает в аварию и погибает. В данном случае использование показаний Hearsay допустимо. То есть письменное показание свидетеля, данное перед смертью, может в судебном следствии использоваться как доказательство.

[33] См.: *Барабанов П. К*. Уголовный процесс Великобритании. М., 2015. С. 467.

Если свидетель перед смертью рассказал об увиденном другому лицу, то показание этого лица, данное в суде, может также использоваться как доказательство. Дело в том, что в данном случае следователь не мог разумно предвидеть возможность смерти свидетеля и не мог депонировать его показания.

Итак, можно сделать выводы.

1. Несмотря на то что понятие «судебное депонирование показаний», использующееся в УПК постсоветских стран, является новым, однако этот институт, по существу, был предусмотрен английским правом, по меньшей мере, в XIX в. В английском уголовном процессе досудебный допрос свидетеля осуществлялся надлежащим субъектом: в досудебном допросе дача показаний осуществлялась при мировом или полицейском судье, в данном процессе было надлежащим образом обеспечено право на участие противоположной стороны (право на конфронтацию). В нормативных актах были закреплены конкретные основания для проведения досудебного допроса при судье.

2. В отличие от английского уголовного процесса в немецком уголовном процессе не было предусмотрено института, похожего на судебное депонирование показаний. В Германии досудебное показание брал судебный следователь, однако его положение не было таким же, как у английского мирового или полицейского судьи. Кроме того, обвиняемый не участвовал в допросе свидетеля судебным следователем, поэтому не обеспечивалось его право на участие.

3. В позитивном праве Российской империи были предусмотрены определенные регулирования, присущие судебному депонированию показаний (участие обвиняемого в досудебном допросе свидетеля, дача присяги при наличии определенных оснований во время допроса лица в ходе расследования), однако в действительности отсутствовал какой-либо процесс, похожий на судебное депонирование показаний. Несмотря на то что досудебный допрос свидетеля осуществлялся судебным следователем, считающимся судебным чиновником, однако он не был надлежащим субъектом судебного депонирования, так как не являлся судьей над следствием, а был лицом, осуществляющим расследование. Что касается права на участие противоположной стороны, то хотя право обвиняемого на участие было предусмотрено Уставом, но оно было иллюзорным правом, так как в практике не обеспечивалось.

4. В позитивном праве советского уголовного процесса не было предусмотрено какого-либо регулирования, похожего на судебное депонирование показаний, тем временем обеспечение доказательств, предусмотренное в гражданском процессе, по современной терминологии таковым являлось.

Российско-Армянский университет

Гамбарян А. С., *доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, заместитель председателя Следственного комитета РА*

Russian-Armenian University

Ghambaryan A. S., *Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory and History of State and Law Department, Deputy Chairman Investigation Committee of the RA*

E-mail: artur.ghambaryan@gmail.com

УДК 343

О. А. Грикевич

ПРИМЕНЕНИЕ ЧАСТИ 3 СТАТЬИ 115 УПК РФ В КОНКРЕТНОМ ДЕЛЕ ООО «АВРОРА МС»

В конкретном деле применена ч. 3 ст. 115 УПК РФ. Наложен арест на земельные участки лица, не являющегося обвиняемым, подозреваемым или лицом по закону, несущим ответственность за их действия. Суды общей юрисдикции, на которых возложена обязанность эффективного контроля за действиями следствия, такого контроля не осуществляют. По жалобам собственника вынесено более 150 судебных решений, нормы ч. 3 и 9 УПК РФ признаны противоречащими Конституции РФ, принят Федеральный закон от 20 июня 2015 г. № 190-ФЗ, а земельные участки все еще находятся под арестом.

К л ю ч е в ы е с л о в а: арест на имущество лиц, не являющихся обвиняемыми, подозреваемыми, лицами, несущими по закону материальную ответственность за их действия; конкретные фактические обстоятельства, подтверждающие обоснованность ареста; наложение ареста; продление ареста, разумный срок судопроизводства; Конституционный Суд РФ.

APPLICATION OF THE P. 3 OF ART. 115 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF THE RUSSIAN FEDERATION IN CONCRETE BUSINESS OF LLC AURORA MS

In a particular case, Part 3 of Art. 115 of the Criminal Procedure Code had been applied. The seizure had been imposed on the land plots owned by a third person who had not been convicted, found a suspect or a person legally liable for actions of those under conviction. General jurisdiction Courts, who are charged with duty of effective control over the investigation, do not exercise such. According to the complaints of the land owner, more than 150 court decisions have been passed since then. The Constitutional Court of the Russian Federation recognized provisions of Part 3 and 9 of the Criminal Procedure Code as contradicting the Constitution of the Russian Federation. As the result the Federal Law No. 190-FZ of June 20, 2015 had been passed. Nevertheless the land still remains under seizure.

K e y w o r d s: the seizure on the land plots owned by other persons who had not been convicted, found a suspect or a person legally liable for actions of those under conviction; concrete factual circumstances confirming the validity of the seizure; prolongation of seizure, reasonable term of legal proceedings; The Constitutional Court of the Russian Federation.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Согласно ч. 3 ст. 115 УПК РФ арест может быть наложен на имущество, находящееся у других лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или лицами, несущими по закону материальную ответственность за их действия, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия, оборудования или иного средства совершения преступления либо для финансирования терроризма, экстремистской деятельности (экстремизма), организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

То есть согласно ч. 3 ст. 115 УПК РФ на имущество лица, не являющегося обвиняемым, подозреваемым или лицом, несущим по закону материальную ответ-

© Грикевич О. А., 2018

ственность за их действия (далее – третьи лица) может быть наложен арест по уголовному делу, если у следствия есть основания полагать, что это имущество получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия, оборудования или иного средства совершения преступления.

Данная норма была применена в отношении моего доверителя.

Так, ООО «Аврора малоэтажное строительство» приобрело земельные участки по договору купли-продажи у ЗАО «ЦДК» 20 сентября 2010 г. для строительства домов с целью их последующей продажи.

9 августа 2012 г. удовлетворено ходатайство следователя о наложении ареста на земельные участки, в том числе и на принадлежащие моему доверителю, в рамках производства по уголовному делу, с запретом собственнику пользоваться и распоряжаться данным имуществом.

Собственник обжаловал постановление вплоть до Верховного Суда РФ, и во всех инстанциях ему было отказано.

Собственник земельных участков не является участником уголовного судопроизводства, его работникам или участникам не предъявлено никаких обвинений. Сами земельные участки приобретены по возмездной сделке, на момент приобретения были свободны от каких-либо обременений и ограничений, не находились под арестом и не были предметом судебных притязаний.

Подозрения следствия связаны даже не с участками моего доверителя, а с исходным участком, из которого они образованы. Это исходный участок ЗАО «ЦДК» приобрело у АО «БТА Банк», в отношении сотрудников которого и расследуется уголовное дело. Исходный участок находился у БТА Банка в ипотеке.

Участки моего доверителя попали в список для наложения ареста случайно. Следствие стало накладывать аресты на земельные участки еще в 2010 г. Арест был наложен на все участки, побывавшие в ипотеке у БТА Банка. С некоторой части этих участков ипотека была снята по поддельным соглашениям о расторжении договоров ипотеки. Но с остальных, как с нашего исходного участка, ипотека была снята без нарушений. Однако при наложении ареста список был велик – несколько сотен участков, многие из которых успели неоднократно разделиться еще на десятки и сотни более мелких участков, и разбираться, с каких участков ипотека снята по поддельным соглашениям, а с каких – по настоящим, следствию было сложно.

При наложении ареста суд вообще не проверяет обоснованность требования следствия. Процедура наложения ареста не предполагает участия собственника имущества, на имущество которого накладывается арест. В действующей редакции ст. 115 УПК РФ в заседании может участвовать собственник имущества, признанного вещественным доказательством. Но поскольку недвижимое имущество в большинстве случаев доказательством не является, то собственник недвижимого имущества, на которое накладывается арест не может представить доказательств, подтверждающих, что его имущество не имеет отношения к обвиняемому, подозреваемому или лицам, несущим ответственность за их действия.

Поэтому арест накладывается судом без проверки «конкретных фактических доказательств», свидетельствующих, что имущество третьего лица получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия, оборудования или иного средства совершения преступления либо для финансирования терро-

ризма, экстремистской деятельности (экстремизма), организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации)

В рассматриваемом случае ошибка при включении земельных участков в список подлежащих аресту привела к тому, что собственник уже пять лет обжалует наложение и продление ареста, неоднократно доходил до Верховного и Конституционного Судов РФ, а аресты продолжают продлеваться. Ни один суд не проверил «конкретные фактические обстоятельства», обосновывающие законность наложения ареста. «Услышал» только Конституционный Суд РФ, но суды общей юрисдикции упорно игнорируют высказанную им позицию.

Самое интересное, что у следствия нет претензий к участкам моего доверителя, в уголовном деле они вообще не значатся, а только к исходному участку. В отношении этого исходного участка был заключен договор ипотеки между ЗАО «ЦДК» и АО «БТА Банк», т. е. текущий собственник ни к подозреваемому, ни к обвиняемому, ни к исходному участку отношения не имеет. Он приобрел маленькую часть этого исходного участка у ЗАО «ЦДК» по возмездной сделке, имеет на руках платежные поручения, подтверждающие оплату. Более того, из исходного участка образовано около 200 более мелких участков. Собственники остальных мелких участков – физические лица. Все они явились еще на первую апелляцию при наложении ареста. Следствие, увидев более сотни разъяренных граждан в Московском городском суде, сняло аресты со всех участков, принадлежащих физическим лицам.

То есть по версии следствия, ипотека с исходного участка снята по подложным документам. Аресты с других 180 участков, имеющих точно такое же происхождение, как наши, сняты, а арест на участки юридического лица сохраняется, так как у следствия есть подозрение в отношении исходного участка.

Ипотека с исходного участка снята без нарушений, о чем есть решение арбитражного суда.

Порядок рассмотрения ходатайства следователя о наложении ареста на имущество третьих лиц, не являющихся участниками уголовного судопроизводства, предусмотрен ст. 165 УПК РФ.

Согласно п. 3 ст. 165 УПК РФ, в судебном заседании вправе участвовать прокурор, следователь и дознаватель.

Согласно п. 3.1 ст. 165 УПК РФ при рассмотрении указанных ходатайств в судебном заседании вправе участвовать подозреваемый, обвиняемый, их защитники и (или) законные представители, собственник или иной законный владелец предмета, признанного вещественным доказательством по уголовному делу. Неявка лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения указанных ходатайств, либо неустановление собственника или иного законного владельца предмета, признанного вещественным доказательством по уголовному делу, не является препятствием для рассмотрения ходатайств судом.

То есть третье лицо, на имущество которого накладывается арест, не вправе присутствовать в судебном заседании, в котором рассматривается ходатайство о наложении ареста на его имущество, если только это имущество не признано вещественным доказательством по делу. В связи с этим оно не вправе высказать свою позицию, представить доказательства позиции, отличной от мнения следствия.

Ни суд, ни следствие не обязаны извещать владельца имущества о судебном заседании, в результате которого на его имущество будет наложен арест; причем

наложен исключительно на основании доводов следствия, без учета доводов собственника, без всякой состязательности сторон.

Ни суд, ни следствие не обязаны извещать третье лицо о результатах рассмотрения ходатайства о наложении ареста на имущество этого лица.

Третье лицо может узнать о факте наложения ареста только после его регистрации Росреестром. В силу ч. 5 ст. 34 Федерального закона № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» орган регистрации прав в течение пяти рабочих дней со дня внесения в Единый государственный реестр недвижимости сведений, поступивших в порядке межведомственного информационного взаимодействия, обязан уведомить правообладателя (правообладателей) об указанных изменениях в порядке, установленном органом нормативно-правового регулирования.

При этом собственник имущества неизбежно пропускает срок для апелляционного обжалования принятого в его отсутствие судебного решения.

Суть наложения ареста на имущество третьего лица заключается в защите прав потерпевшего, если будет установлено, что указанное имущество получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого. Природа указанных правоотношений, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, гражданско-правовая. При этом процедура наложения ареста на имущество третьего лица не допускает не то что права, но даже намека на судебную защиту прав третьего лица. Права третьего лица ограничиваются заочно, тайно, без права на мнение, защиту или позицию, без извещения владельца имущества о принятом судебном решении, без возможности обжаловать не вступивший в силу судебный акт в установленные законом сроки.

Постановление суда о наложении ареста может быть обжаловано в апелляционном, кассационном порядке, также на него может быть подана надзорная жалоба. Этот путь мы прошли безуспешно.

Собственник имущества, на которое наложен арест вправе обратиться к следователю с ходатайством о снятии ареста.

Согласно ч. 9 ст. 115 УПК РФ арест, наложенный на имущество, либо отдельные ограничения, которым подвергнуто арестованное имущество, отменяются на основании *постановления, определения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело,* когда в применении данной меры процессуального принуждения либо отдельных ограничений, которым подвергнуто арестованное имущество, *отпадает необходимость*, а также в случае истечения установленного судом срока ареста, наложенного на имущество, или отказа в его продлении.

На количество таких ходатайств нет ограничений, можно подавать каждый месяц, а потом обжаловать отказ следователя в судебном порядке.

Согласно ст. 122 УПК РФ об удовлетворении ходатайства либо о полном или частичном отказе в его удовлетворении дознаватель, следователь, судья выносят постановление, а суд – определение, которое доводится до сведения лица, заявившего ходатайство. Решение по ходатайству может быть обжаловано в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса.

Выражение «доводится до сведения» (вместо «вручается») в правоприменительной практике толкуется как отсутствие его обязанности предоставить копию вынесенного постановления, как возможность запрета снятия фотокопии техническими средствами заявителя. По своему усмотрению следователь может неоднократно отказывать в возможности ознакомления с постановлением, далее смило-

стивиться и дать переписать его от руки, а уже когда оно переписано, разрешить сфотографировать.

Это не единичный случай, в судебных решениях, например, в Кассационном определении Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 19 октября 2010 г. по делу № 22-2738 суд прямо пишет: «О принятом решении следователь А. С. Слепцов уведомил адвоката Н. Г. Бондаренкову, так как УПК РФ не обязывает следователя вручать копии постановления об удовлетворении, либо о полном или частичном отказе в удовлетворении ходатайств подозреваемого, обвиняемого, его защитника, потерпевшего».

В настоящее время все процессуальные документы готовятся на компьютере, а значит, для следствия не представляется никакой сложности вручить лицу, заявившему ходатайство, его экземпляр постановления.

Текущая формулировка ст. 122 УПК РФ предоставляет законодательную возможность для злоупотреблений.

В результате нарушается право лица, на имущество которого наложен арест, на обжалование вынесенного постановления: не имея на руках текста постановления, для заявителя затруднительно составить обоснованную жалобу, фактически лицо вынуждено обжаловать отказ в удовлетворении ходатайства на основании устного сообщения об отказе, что нарушает право на судебную защиту, установленное ст. 46 Конституции РФ.

Таким образом, формулировка ст. 122 УПК РФ в правоприменительной практике толкуется как возможность не предоставлять на руки заявителю постановление об отказе или об удовлетворении его ходатайства.

Безусловно, мы неоднократно подавали такие ходатайства, получили не один отказ-отписку, прошли полный круг обжалования.

Постановление Конституционного Суда РФ № 25-П от 21 октября 2014 г.

Собственник обжаловал постановление о наложении ареста вплоть до Верховного Суда РФ, и во всех инстанциях ему было отказано. Тогда мы обратились в Конституционный Суд РФ с требованием о признании ч. 3 и 9 ст. 115 УПК РФ, противоречащими Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ вынес постановление № 25-П от 21 октября 2014 г. о признании положения ч. 3 и 9 ст. 115 УПК РФ не соответствующими Конституции РФ, ее ст. 35 (ч. 1–3), 46 (ч. 1) и 55 (ч. 3) в той мере, в какой этими положениями в системе действующего правового регулирования не предусматривается надлежащий правовой механизм, применение которого – при сохранении баланса между публично-правовыми и частноправовыми интересами – позволяло бы эффективно защищать в судебном порядке права и законные интересы лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или гражданскими ответчиками по уголовному делу, право собственности которых ограничено чрезмерно длительным наложением ареста на принадлежащее им имущество, предположительно полученное в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого.

Конституционный Суд РФ указал, что предусмотренная ст. 115 УПК РФ мера процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество в ходе производства предварительного расследования по уголовному делу **допускается лишь в публично-правовых целях обеспечения предполагаемой конфискации имущества или сохранности имущества, относящегося к вещественным доказательствам по данному уголовному делу**, и лишь при условии, что относительно этого имущества имеются достаточные, подтвержденные доказательствами ос-

нования полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования преступной деятельности.

То есть следствие при обращении к суду с ходатайством о наложении ареста на имущество третьих лиц может его испрашивать только с двумя целями: обеспечение предполагаемой конфискации и сохранности имущества, относящегося к вещественным доказательствам.

В результате принятия постановления Конституционного Суда РФ от 21 октября 2014 г. № 25-П был принят Федеральный закон от 20 июня 2015 г. № 190-ФЗ, которым внесены изменения в ч. 3 и 9 ст. 115 УПК РФ и внесена ст. 115.1 УПК РФ, а также изменения в Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

Согласно ч. 3 ст. 115 УПК РФ теперь при наложении ареста на имущество лица, не являющегося обвиняемым или подозреваемым, суд обязан указать срок наложения такого ареста. Срок предварительного следствия продлевается на три месяца (ч. 4 ст. 162 УПК РФ), соответственно срок ареста на имущество также продлевается на три месяца.

Статья 115.1 УПК РФ регулирует порядок продления ареста после истечения первоначально назначенного срока.

В отношении пролонгации ареста Конституционный Суд РФ указал:

«Пролонгация действия данной меры процессуального принуждения, первоначально примененной в неотложной ситуации, должна также осуществляться с учетом данных, которые получены в результате дальнейшего расследования и свидетельствуют о возможности применения по приговору суда конфискации имущества, на которое наложен арест, о необходимости его сохранности как вещественного доказательства по уголовному делу и позволяют оценить, действительно ли арестованное имущество приобретено у лица, не имевшего права его отчуждать (о чем приобретатель не знал и не мог знать), знал или должен был знать владелец арестованного имущества, что оно получено в результате преступных действий, причастен ли он к совершению преступления, на каком основании (возмездно или безвозмездно) приобретено имущество. При этом не исключается сохранение действия правового режима ареста имущества для обеспечения – при эффективном судебном контроле – частноправовых целей возмещения потерпевшему вреда, причиненного преступлением, если по делу будет заявлен гражданский иск и владелец арестованного имущества подлежит привлечению в качестве гражданского ответчика. Однако в таком случае пролонгация ареста имущества должна осуществляться на основании ч. 115 УПК РФ».

Согласно ч. 2 ст. 115 УПК РФ по истечении срока ареста следователь с согласия руководителя следственного органа или дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом по месту производства предварительного расследования ходатайство о продлении срока ареста, наложенного на имущество, о чем выносит соответствующее постановление. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются конкретные, фактические обстоятельства, свидетельствующие о необходимости продления срока ареста, наложенного на имущество, и сохранения ограничений, которым подвергается арестованное имущество, а также указывается срок, на который предполагается продлить арест, наложенный на имущество.

К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства.

Данное ходатайство рассматривается единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня в срок не позднее пяти суток со дня его получения. Ходатайство рассматривается в судебном заседании, в котором вправе участвовать прокурор, следователь, дознаватель, потерпевший, гражданский истец, подозреваемый, обвиняемый, их защитники и (или) законные представители, ***а также лицо, на имущество которого наложен арест***.

То есть теперь, при продлении ареста, собственник имущества уведомляется о судебном заседании, он вправе заявить свои доводы о законности продления ареста.

При этом следователь должен указать ***конкретные, фактические обстоятельства,*** свидетельствующие о необходимости продления срока ареста, наложенного на имущество, и сохранения ограничений, которым подвергается арестованное имущество.

Суд и следствие к данной норме относятся халатно. Следствие говорит о связи третьего лица с обвиняемым или подозреваемым, подтвержденной всей совокупностью материалов дела, а суд переписывает позицию следствия.

Как указал Конституционный Суд РФ в постановлении от 21 октября 2014 г. № 25-П, арест имущества носит принудительный характер и вторгается помимо воли собственника в его правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом, а потому должна применяться – как того требуют выражающие принцип неприкосновенности собственности конституционные гарантии охраны частной собственности законом и допустимости лишения имущества не иначе как по решению суда, а также конституционные гарантии судебной защиты – ***при эффективном, а не формальном контроле суда***. К сожалению, на практике контроль суда более чем формален.

Согласно позиции Конституционного Суда РФ, при наложении и продлении ареста суд должен проверить:

– возможна ли конфискация данного имущества по данному делу;

– является ли имущество вещественным доказательством по делу;

– нуждается ли оно в аресте для его сохранности.

Не ответив на данные вопросы, суд не может принять решение о продлении ареста.

Согласно п. 3.1 и 4 постановления КС РФ от 21 октября 2014 г. № 25-П, следствие должно представить доказательства, а суд должен установить:

– действительно ли имущество приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать (знал ли об этом приобретатель имущества);

– знал или должен был знать владелец имущества, что оно получено в результате преступных действий;

– причастен ли он к совершению преступления и подлежит ли привлечению к уголовной ответственности;

– возмездно или безвозмездно приобретено имущество;

– имеются ли основания для наложения ареста на имущество в соответствии с ч. 1 ст. 115 УПК РФ для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска.

Данные обстоятельства являются существенными, так как их рассмотрение судом признано обязательным постановлением Конституционного Суда РФ от 21 октября 2014 г. № 25-П (п. 3.1, 4).

На практике суд всех этих вопросов не проверяет; констатирует, что обстоятельства для наложения ареста не отпали и постановляет арест продлить. Суд не проверяет и не интересуется, проводятся ли какие-либо следственные действия в отношении арестованного имущества, его собственника. Факт проведения расследования по уголовному делу вне связи с собственником арестованного имущества и самого имущества достаточен для продления ареста.

В нашем случае за последние четыре года ни в отношении арестованного имущества, ни в отношении руководителей, учредителей или сотрудников собственника не было проведено ни одно следственное действие.

Постановление о продлении ареста может быть обжаловано в апелляционном, кассационном и надзорном порядке. Но поскольку арест продлевается на три месяца, на этапе апелляции уже вынесено новое постановление о продлении ареста на новый срок.

Несмотря на то что Конституционный Суд РФ признал противоречащим Конституции РФ ничем не ограниченный чрезмерно длительный срок ареста имущества, рекомендовал законодательно ограничить такой срок, введенная норма об указании срока такого ареста привела к тому, что суду нужно чаще изготавливать постановления о продлении ареста. Никакой защиты прав лицу, имущество которого арестовано, норма не предоставляет.

Во исполнение постановления Конституционного Суда РФ Президиум Верховного Суда РФ отменил постановление Тверского районного суда г. Москвы от 9 августа 2012 г. об удовлетворении ходатайства следователя о наложении ареста в части наложения ареста на земельные участки, принадлежащие заявителю, передал дело на новое рассмотрение. То есть дело вернулось в первую инстанцию.

Первая инстанция, сославшись на постановление Конституционного Суда РФ от 21 октября 2017 г. № 25-П, постановление Президиума Верховного Суда РФ от 18 февраля 2015 г., заново наложила арест на земельные участки моего доверителя.

Далее арест продлял каждые три месяца.

Обратившись с запросом в Конституционный Суд РФ, правильно ли мы понимаем его позицию, выраженную в постановлении от 21 октября 2014 г. № 25-П, получили ответ в определении от 12 мая 2016 г. № 906-О-Р, что ***сохранение ареста*** на имущество ООО «Аврора МС» противоречит «…***правовым позициям Конституционного Суда Российской Федерации****, сформулированным в постановлении от 21 октября 2014 года № 25-П,* ***и смыслу части третьей статьи 115 УПК Российской Федерации»****.*

То есть сам Конституционный Суд РФ признает, что его позиция игнорируется судами общей юрисдикции.

По жалобам моего доверителя в судебные инстанции разных уровней принято более 150 судебных актов. Юридическое лицо лишено возможности заниматься предпринимательской деятельностью.

Разумный срок

Статья 2 Федерального закона № 190-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» внесла изменения в Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

Так, указанная статья содержит норму «7.2. Заявление о присуждении компенсации за нарушение права на уголовное судопроизводство в разумный срок в ча-

сти длительности применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество лица, не являющегося подозреваемым, обвиняемым или лицом, несущим по закону материальную ответственность за их действия, может быть подано в суд указанным лицом в шестимесячный срок со дня вступления в законную силу приговора либо постановления или определения суда о прекращении уголовного судопроизводства по делу либо со дня принятия дознавателем, начальником подразделения дознания, органом дознания, следователем, руководителем следственного органа, прокурором постановления о прекращении уголовного судопроизводства, а также до прекращения уголовного преследования или до вступления в законную силу приговора суда, если продолжительность срока ареста, наложенного на имущество по уголовному делу, превысила четыре года».

Предельный разумный срок для наложения ареста на имущество лиц, поименованных в ч. 3 ст. 115 УПК РФ ***– 4 года.***

Впервые арест на имущество моего доверителя наложен 12 августа 2012 г. То есть более 5 лет назад. ***Этот срок перекрывает все положения о разумности срока наложения ареста.***

Согласно ч. 3 ст. 6.1 УПК РФ при определении разумного срока уголовного судопроизводства, который включает в себя период с момента начала осуществления уголовного преследования до момента прекращения уголовного преследования или вынесения обвинительного приговора, учитываются такие обстоятельства, как правовая и фактическая сложность уголовного дела, поведение участников уголовного судопроизводства, ***достаточность и эффективность действий суда,*** прокурора, ***руководителя следственного органа, следователя***, начальника подразделения дознания, органа дознания, дознавателя, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела, и общая продолжительность уголовного судопроизводства.

Согласно ч. 6 ст. 115.1 УПК РФ при решении вопроса о продлении срока ареста, наложенного на имущество, о сохранении ограничений, которым подвергается арестованное имущество, лицо или орган, в производстве которого находится уголовное дело, а также ***суд обязаны обеспечить соблюдение разумного срока применения данной меры процессуального принуждения*** в отношении имущества лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или лицами, несущими по закону материальную ответственность за их действия.

Собственник обратился в Московский городской суд с требованием о присуждении компенсации за нарушение права на уголовное судопроизводство в разумный срок в части длительности применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество лица, не являющегося подозреваемым, обвиняемым или лицом, несущим по закону материальную ответственность за их действия.

Решением от 13 февраля 2017 г. Московский городской суд установил факт наложения ареста на земельные участки заявителя сроком более 4 лет, но отказал во взыскании компенсации. В качестве единственной причины такого отказа суд указал на правовую и фактическую сложность уголовного дела.

Судом первой инстанции отмечено, что «длительность применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество обосновано существенной правовой, фактической сложностью уголовного дела и не представляется чрезмерной».

Суд первой инстанции, отказывая во взыскании компенсации, применил ч. 4 ст. 258 КАС РФ, согласно которой при рассмотрении административного искового заявления о присуждении компенсации за нарушение права на уголовное судопроизводство в разумный срок суд устанавливает факт нарушения права административного истца на уголовное судопроизводство в разумный срок исходя из доводов, изложенных в административном исковом заявлении, содержания принятых по уголовному делу судебных актов, из материалов дела и с учетом следующих обстоятельств:

1) правовая и фактическая сложность дела;

2) поведение административного истца и иных участников уголовного процесса;

3) достаточность и эффективность действий суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя, начальника подразделения дознания, органа дознания, дознавателя, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела;

4) общая продолжительность уголовного судопроизводства или применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество в ходе уголовного судопроизводства.

Аналогичные нормы установлены совокупностью ч. 3 и 3.2 ст. 6.1 УПК РФ.

Суд установил факт нарушения права административного истца на уголовное судопроизводство в разумный срок, но исходя из правовой и фактической сложности всего уголовного дела вне связи с арестованным имуществом, отказал во взыскании компенсации. Суд апелляционной инстанции согласился с позицией суда первой инстанции.

Однако закон (ч. 7 ст. 250 КАС РФ и п. 7.2 ст. 3 закона о компенсации) предусматривает право на получение компенсации именно и только по делам, имеющим особую сложность (когда имущество арестовано на срок более 4 лет). ***Поэтому сложность уголовного дела не только не может быть причиной отказа в удовлетворении иска о компенсации, но и, наоборот, является обязательным условием для возможности обращения с иском.*** Если дело не относилось бы к категории особо сложных дел, то имущество третьего лица не могло бы быть арестовано на столь длительный срок, а он был бы лишен права на обращение в суд за получением компенсации.

Положение ч. 3 и 3.2 ст. 6.1 УПК РФ, ч. 4 ст. 258 КАС РФ о том, что при определении разумного срока учитывается в том числе правовая и фактическая сложность уголовного дела не означает, что сложность уголовного дела исключает получение компенсации.

По нашему мнению, сложность уголовного дела лишь тогда может быть основанием для отказа в компенсации заявителю, если такая ***сложность непосредственно связана с арестованным имуществом,*** например, арест необходим для проведения следственных действий в отношении арестованного имущества.

Однако правоприменительная практика придает указанным выше нормам УПК РФ, КАС РФ иной смысл: по мнению судов, в случае правовой и фактической сложности уголовного дела лицо, не являющееся участником уголовного судопроизводства, на имущество которого наложен арест, не имеет права на компенсацию в любом случае.

Возможность обоснования отказа в компенсации сложностью всего уголовного дела лишает смысла нормы о праве такого лица на компенсацию (ч. 7 ст. 250 КАС РФ и п. 7.2 ст. 3 закона о компенсации).

В конкретном деле применена ч. 3 ст. 115 УПК РФ. Наложен арест на земельные участки лица, не являющегося обвиняемым, подозреваемым или лицом, по закону несущим ответственность за их действия. Суды общей юрисдикции, на которых возложена обязанность эффективного контроля за действиями следствия, такого контроля не осуществляют, полагая, что лучше, на всякий случай, не проводить проверку по существу, не вмешиваться в ход расследования.

Согласно ч. 9 ст. 115 УПК РФ наложение ареста на имущество отменяется на основании постановления, определения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, когда в применении этой меры отпадает необходимость.

При обжаловании отказов следователя снять арест с имущества, суд указывает, что он не может оценивать доводы заявителя, так как такая оценка нарушит ст. 38 УПК РФ. Однако право следователя самостоятельно принимать решение о производстве следственных и иных процессуальных действий, за исключением случаев, когда требуется получение судебного решения, не означает отсутствие контроля со стороны суда за действиями следствия.

Единственным судебным органом, который изучил обстоятельства дела, был Конституционный Суд РФ. Но он не вправе вмешиваться в судопроизводство по конкретным делам, а суды общей юрисдикции успешно игнорируют его позицию, даже выраженную в постановлении.

Таким образом, правоприменительная практика по ч. 3 и 9 ст. 115 УПК РФ лишает третье лицо, на имущество которого наложен арест, права на судебную защиту. Эффективный контроль не осуществляется. А каждое последующее обжалование засиливает формальную истину, не соответствующую объективной, являющейся результатом ошибки, совершенной при составлении следователем списка земельных участков 5 лет назад.

Грикевич О. А., *управляющий партнер Адвокатского бюро «Грикевич и Титков»*

Grikevich O. A., *Menaging Partner of Advocates Bureau «Grikevich and Titkov»*
E-mail: grikevitch@me.com

УДК 343

А. Н. Калюжный

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ СРЕДСТВА ИЗОБЛИЧЕНИЯ ПРЕСТУПНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ПОСЯГАЮЩЕЙ НА СВОБОДУ ЛИЧНОСТИ, НА СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Исследуются уголовно-процессуальные средства изобличения преступной деятельности, посягающей на свободу личности; даются рекомендации проведения отдельных следственных и процессуальных действий этапа возбуждения уголовного дела; предлагаются направления доказывания посягательств на свободу личности; анализируются процессуальные средства получения доказательств, закрепленные в различных отраслях законодательства.

К л ю ч е в ы е с л о в а: свобода личности, преступления, доказывание, возбуждение уголовного дела, предварительная проверка.

CRIMINAL PROCEDURAL MEANS OF EXPLOITATION OF CRIMINAL ACTIVITIES INFRINGING TO FREEDOM OF PERSONALITY, AT THE STAGE OF EXCEPTION OF THE CRIMINAL CASE

The article investigates criminal procedural means of exposing criminal activity that encroaches on the freedom of the individual; recommendations are given for conducting separate investigative and procedural actions of the stage of initiating a criminal case; Proposals of proof of encroachments on individual freedom are proposed; the procedural means of obtaining evidence, fixed in various branches of legislation, are analyzed.

K e y w o r d s: freedom of the person, crimes, proof, initiation of criminal case, preliminary check.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Несмотря на принимаемые государством меры, преступность остается серьезным дестабилизирующим фактором, а ее масштабы, структура и динамика представляют реальную угрозу развитию российской государственности и проводимым в стране реформам. Реалии современной действительности свидетельствуют, что в структуре преступности все большую актуальность приобретают посягательства на свободу личности, обладающие высокой степенью латентности, доходности и недостаточной раскрываемостью.

Обобщение судебной и следственной практики о преступлениях, посягающих на свободу личности, свидетельствует, что в 70 % случаев содержащиеся в первоначальном (проверочном) материале данные недостаточны для принятия законного решения, а в 30 % случаев имеющаяся в них информация вызывает сомнения в ее достоверности и объективности[1] и требует производства дополнительных процессуальных действий в порядке ст. 144 УПК РФ.

[1] См.: Торговля людьми в Российской Федерации : квалификация, предупреждение, расследование / А. И. Дворкин [и др.]. М., 2007, С. 88 ; *Меликян М. Н.* Процессуальные и криминалистические аспекты предварительной проверки заявлений и сообщений о преступлениях : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 92.

© Калюжный А. Н., 2018

Анализ уголовно-процессуального законодательства позволяет утверждать, что к перечню процессуальных действий, осуществляемых на данном этапе, относятся: осмотр места происшествия; осмотр предметов и документов; осмотр трупа; производство судебной экспертизы; получение образцов для сравнительного исследования; освидетельствование; производство документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов с привлечением к участию в них специалистов; направление письменных поручений о производстве оперативно-розыскных мероприятий; направление требований, поручений, запросов. Получение необходимой проверочной информации также осуществляется уполномоченными на то должностными лицами путем производства отдельных проверочных действий, предусмотренных КоАП РФ, федеральными законами «О полиции» и «Об оперативно-розыскной деятельности».

Выбор наиболее эффективных средств изобличения преступной деятельности зависит от криминалистических особенностей посягательств на свободу личности и определяется характером поступающей информации и спецификой ситуации, складывающейся к моменту проверки.

В ходе проверочных действий решается вопрос о необходимости пресечения преступных посягательств, а также оценивается целесообразность проведения проверочных мероприятий с лицами, заинтересованными в исходе расследования преступлений, направленных на свободу личности. При принятии положительного решения опрашиваются лица, возможно причастные к преступлению: сотрудники турфирм, брачных агентств, медицинских учреждений, паспортно-визовой и пограничных служб и др. По справедливому высказыванию В. В. Степанова, «проверку нежелательно, а чаще всего и недопустимо начинать с получения объяснений лиц, о преступной деятельности которых ведется проверка»[2].

Целесообразно проверить, с кем потерпевший общался посредством мобильной и электронной связи, исследовать его записные книжки, провести опросы возможных очевидцев, соседей, близких, сослуживцев.

При наличии информации о месте совершения преступления для установления следов преступной деятельности виновных, а также выявления следов потерпевших проводится осмотр места происшествия. Объектами осмотра в данных случаях будут являться участки местности, помещения квартир, бань, саун, номеров гостиниц, клубов и баров, медицинских учреждений, офисные помещения туристических фирм, брачных агентств и др.

Изъятые в ходе проведенного осмотра места происшествия предметы и документы: медицинские карты и истории болезни, записные и телефонные книжки, черновые записи учета эксплуатации жертв преступниками, поддельные паспорта, трудовые договоры и контракты, средства запугивания, связывания, физического воздействия на потерпевших и др., подробно описываются в протоколе осмотра предметов, документов (ч. 2 ст. 176 УПК РФ).

Для обнаружения и изъятия на теле подозреваемых следов преступной деятельности, фиксации телесных повреждений, особых примет, иных свойств и признаков, имеющих значение до возбуждения уголовного дела в порядке, предусмотренном ч. 1 ст. 179 УПК РФ, допустимо производство освидетельствования.

Одним из наиболее распространенных процессуальных действий, проводимых в ходе предварительной проверки, является получение объяснений, которое

[2] *Степанов В. В.* Предварительная проверка первичных материалов о преступлениях. Саратов, 1972. С. 81.

составляет в среднем около 50 % от всех произведенных проверочных действий. В отличие от первого этапа предварительной проверки, где, как правило, опрашиваются заявители, на этапе установления элементов составов рассматриваемых преступлений объяснения получают от любых лиц, обладающих интересующей правоохранительные органы информацией[3].

Процессуальный порядок получения объяснений законодательством не регламентирован, так же как и не установлена его процессуальная форма. Общепринято, что в объяснении отражаются анкетные данные об опрашиваемом, указываются данные лица, принимающего объяснение, место и время его составления, описываются интересующие данные, после чего оно подписывается и опрашиваемым, и опрашивающим. При получении объяснения опрашиваемый не предупреждается об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний.

Отображение следов преступной деятельности посягательств на свободу личности в различных сферах жизнедеятельности общества предполагает их получение путем истребования необходимой информации запросами (требованиями), правовыми основами направления которых являются положения ч. 4 ст. 21 УПК РФ и п. 2 ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». При направлении запросов (требований) в учреждения и организации необходимо иметь в виду возможность уничтожения или изменения информации и объектов, представляющих интерес для правоохранительных органов. В таком случае необходимо выбрать другую процессуальную форму получения информации, имеющей значение для лиц, осуществляющих предварительную проверку.

Интересующие правоохранительные органы сведения могут быть получены в инспекциях Федеральной налоговой службы по вопросам государственной регистрации юридических лиц (клубов и баров, туристических, учебных и брачных агентств и др.), номерах используемых ими счетов, декларируемых и уплачиваемых доходах и т. п. Информацию о видах разрешенной деятельности, ее сроках и основаниях по запросам могут сообщить органы, осуществляющие лицензирование проверяемой предпринимательской деятельности. В подразделениях миграционной службы по запросам возможно получить информацию о выдаче общегражданского или заграничного паспорта и его реквизитах.

В случае пересечения потерпевшими государственной границы Российской Федерации пограничные органы ФСБ России и таможенные органы могут предоставить информацию о времени и месте пересечения границы, стране следования и лицах, пересекавших границу вместе с предполагаемыми жертвами. Компании, предоставляющие услуги перевозок различными видами транспорта и реализации билетов, могут сообщить соответствующую информацию по потерпевшим и подозреваемым лицам. Информацией о намерениях или фактическом получении виз располагают консульские представительства иностранных государств на территории Российской Федерации.

Психоневрологические диспансеры и ряд соответствующих медицинских учреждений обладают информацией о нахождении лиц на учетах, их диагнозах, прохождении ими курсов лечения, пребывания их на лечении в момент проведения предварительных проверок, показаний и оснований применения к ним определенных медицинских процедур и др.

---

[3] См.: *Половка В. В*. Первоначальный этап расследования похищения человека. Екатеринбург, 2007. С. 39.

Таким образом, с помощью запросов (требований) возможно получить интересующую правоохранительные органы информацию, но нередко ее сбор требует значительных временных затрат из-за неполноты и несвоевременности ее поступления к лицам, осуществляющим предварительную проверку, что не позволяет выявить все обстоятельства происшедшего в срок проведения предварительной проверки.

Кроме следственных действий, производство которых возможно до возбуждения уголовного дела, получения объяснений и истребования необходимой информации запросами, в рамках предварительной проверки допустимо проведение документальных проверок, ревизий, исследований документов и предметов, с привлечением к участию в них специалистов.

По делам о посягательствах на свободу личности в ходе предварительных проверок материалов могут проводиться документальные проверки и ревизии законности и обоснованности деятельности организаций, подозреваемых в совершении посягательств, направленных на свободу личности, с целью обоснования затрат и себестоимости оказываемых ими услуг, соответствия декларируемых и уплачиваемых доходов, осуществления хозяйственных и финансовых операций в рамках требований нормативных правовых актов. Факты производства документальных проверок и ревизий по анализируемым нами составам преступлений достаточно редки для этапа предварительной проверки сообщений о преступлениях.

Лица, осуществляющие предварительную проверку, вправе потребовать передачу документов, материалов и сведений от редакции электронного или печатного средства массовой информации, разместившего сообщение о преступлении, посягающего на свободу личности. Тексты рекламных объявлений о предоставлении услуг или оказании определенной деятельности приобщаются к материалам предварительной проверки.

Одним из процессуальных средств получения доказательств на этапе предварительной проверки сообщений о посягательствах на свободу личности является исследование предметов и документов. Выступая универсальным средством получения доказательств, исследование предметов и документов получило свое закрепление как в нормах уголовно-процессуального (ч. 1 ст. 144 УПК РФ) и оперативно-розыскного законодательства (п. 5 ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), так и в нормах административного законодательства (ст. 26.5 КоАП РФ «Взятие проб и образцов»)[4].

Исследование предметов и документов невозможно без привлечения лиц, обладающих специальными познаниями в той или иной области (химии, товароведении, документоведении и др.), а полученные результаты выступают в качестве важных доказательств вины преступников.

В рамках предварительной проверки действующее уголовно-процессуальное законодательство допускает возможность использования специальных знаний и в форме производства судебных экспертиз, доказательственное значение заключений которых гораздо выше, чем у справок об исследовании в силу их информативности, проверяемости, достаточности, позволяющих более глубоко и объективно оценить полученные результаты. Передаваемые на исследование или экспертизу объекты должны быть соответствующим образом изъяты и упакованы, нарушение порядка которых приводит к признанию полученных доказательств недопустимыми.

---

[4] См.: *Чаплыгина В. Н.* Неразрешенные проблемы реализации права на защиту в стадии возбуждения уголовного дела // Научный портал МВД России. 2016. № 3. С. 21–26.

На стадии возбуждения уголовного дела одним из возможных вариантов фиксации изъятия предметов и документов (изъятых из оборота, имеющих признаки подделки, находящихся без специального разрешения и т. п.) выступает протокол изъятия, составленный в соответствии с п. 37 ч. 1 ст. 12 Федерального закона «О полиции». Данная форма фиксации характерна для изъятия предметов и документов по примыкающим типам посягательств на свободу личности. По анализируемым составам преступлений более приемлемым будет изъятие предметов и документов в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия – обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.

Кроме того, ч. 1 ст. 144 УПК РФ закрепляет возможность изъятия предметов и документов в порядке, установленном уголовно-процессуальным законодательством. Однако анализ следственных действий, производство которых допустимо до возбуждения уголовного дела, позволяет утверждать, что к их числу возможно лишь отнести: осмотр места происшествия, освидетельствование, получение образцов для сравнительного исследования, в рамках которых лицо, осуществляющее расследование, может изъять либо предметы, либо документы, либо образцы чего-либо. Законодатель допускает возможность изъятия (например, следов) и в ходе осмотра предметов и документов, как отдельного следственного действия. Производство других следственных действий с целью изъятия предметов и документов (обыск, выемка и др.) в рамках предварительной проверки недопустимо, в связи с этим считаем законодательную конструкцию ч. 1 ст. 144 УПК РФ, содержащую двусмысленное указание на производство следственных действий, не вполне корректной.

При изъятии предметов и документов особое внимание уделяется их упаковке, которая должна соответствовать криминалистическим рекомендациям. Описание упаковки изъятых объектов должно соответствовать данным, отраженным в протоколе изъятия и направлении на исследование.

Изъятое передается на исследование направлением (отношением), составленным на имя начальника ЭКЦ УМВД (МВД) по субъекту РФ, в котором указываются: объекты, направляемые на исследование, каким образом данные объекты были изъяты, где, у кого и каким образом они были изъяты, а также вопросы, поставленные на разрешение эксперта. В случае назначения судебной экспертизы изъятое передается в ЭКЦ УМВД (МВД) по субъекту РФ вместе с постановлением о ее назначении, где также указываются объекты, направляемые в распоряжение эксперта.

По рассматриваемой категории уголовных дел наиболее часто объектами исследования выступают средства физического и психического воздействия на потерпевших (веревки, наркотические и психотропные вещества и др.), а также бумажная продукция в виде бланков трудовых контрактов, договоров по обустройству брака, оформления на учебу, подложные миграционные карты, заграничные паспорта, истории болезни и другие документы. При необходимости определения тяжести вреда здоровью, полученного потерпевшими, а также для выяснения их психического состояния, они (потерпевшие) должны быть также направлены на исследование.

Следственной и судебной практике известны и другие формы привлечения специалистов и использования их специальных знаний: для консультирования лица, осуществляющего предварительную проверку, привлечения их для производства проверочных действий, участия в качестве педагогов, психологов, переводчиков и т. п.

Итак, перечень проверочных мероприятий, необходимых для установления элементов составов, анализируемых деяний определяется лицом, производящим предварительную проверку исходя из отдельных признаков конкретного преступления, особенностей его юридической квалификации, специфики процессуальной формы полученных данных, а также исходя из объема обстоятельств, которые должны быть установлены.

Достаточность содержания проверочного материала и его насыщенность проверочными мероприятиями, необходимыми для установления конкретного состава преступления, определяют необходимость принятия законного и обоснованного решения в порядке ч. 1 ст. 145 УПК РФ.

Академия ФСО России (г. Орел)
Калюжный А. Н., *кандидат юридических наук, доцент*

Academy of Federal Security Service of Russia (Orel)
Kalyuzhnyi A. N., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor*
E-mail: kaluzniy-a-n@yandex.ru

УДК 343

А. Н. Кузнецов

НЕЗАКОННОЕ ИЗЪЯТИЕ И УДЕРЖАНИЕ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ В КАЧЕСТВЕ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ: ВОПРОСЫ ВОЗМЕЩЕНИЯ УБЫТКОВ

Рассматриваются вопросы изъятия денежных средств и их хранения в качестве вещественных доказательств по уголовному делу в период его расследования. Обращается внимание на причинение имущественного вреда (убытков) лицам, которым они принадлежат, и отсутствие механизма компенсации таких убытков.

К л ю ч е в ы е с л о в а: вещественные доказательства, хранение вещественных доказательств, мера принуждения, изъятие предметов, обыск, возвращение вещественных доказательств, удержание вещественных доказательств, реабилитация, компенсация.

ILLEGAL WITHDRAWAL AND DEDUCTION OF MONEY AS MATERIAL EVIDENCES: INDEMNIFICATION QUESTIONS

In article questions of withdrawal of money and their storage as physical evidences on criminal case during its investigation are considered. The attention to causing property harm (losses) to persons to whom they belong, and lack of the mechanism of compensation of such losses is paid.

K e y w o r d s: physical evidences, storage of physical evidences, coercive measure, withdrawal of objects, search, return of physical evidences, deduction of physical evidences, rehabilitation, compensation.

Поступила в редакцию 16 марта 2018 г.

При расследовании преступлений, в том числе совершенных в сфере предпринимательской деятельности, достижение целей предварительного следствия нередко сопряжено с нарушением конституционных прав граждан – иных лиц, не являющихся подозреваемыми или обвиняемыми по уголовному делу. В ходе расследования по делу изымается их имущество (например, денежные средства), что влечет нарушение прав таких лиц на владение, пользование, распоряжение имуществом, установленных ст. 35 Конституции РФ.

Эти лица могут иметь статус свидетелей или же не иметь статуса вообще, являясь при этом иными лицами (в понимании ст. 119, 123 УПК РФ), права и законные интересы которых затронуты в ходе досудебного или судебного производства. В силу указанных положений уголовно-процессуального закона они являются субъектами заявления ходатайств и принесения жалоб.

Изъятие и удержание на протяжении, как правило, длительного периода предварительного следствия денежных средств, принадлежащих вышеозначенным лицам, неизбежно влечет убытки, однако возможность компенсации таких финансовых потерь в порядке реабилитации невозможна. Удержание денежных средств неотвратимо причиняет экономический ущерб, который при возвращении этого имущества органом предварительного следствия или судом возмещению не подлежит. Об этой проблеме Конституционный Суд РФ в постановлении

© Кузнецов А. Н., 2018

от 11 января 2018 г. отзывается неприлично «ласково»: изъятие и удержание в режиме хранения любого имущества, признанного вещественным доказательством, по существу, ограничивают права его собственника или владельца, причиняют им неудобство[1].

Это «неудобство», однако, без особого труда можно выразить в виде совершенно конкретной суммы денежных средств, но компенсация таких потерь в порядке реабилитации не предусмотрена.

Кроме того, уголовные дела нередко возбуждаются «по факту», а это в свою очередь влечет невозможность наложения ареста на изъятое имущество. В этом случае на изъятое имущество (в том числе денежные средства) распространяется режим хранения вещественных доказательств. Статья 115 УПК РФ не позволяет наложить арест на имущество при отсутствии подозреваемых и обвиняемых, даже если будет установлено, что оно получено в результате совершения преступления. Однако решение об изъятии и хранении денежных средств в органе предварительного следствия в качестве вещественных доказательств влечет точно такие же ограничения и последствия, как и их арест, поскольку ограничивает их свободный оборот и использование при осуществлении предпринимательской деятельности, что вызывает длящиеся финансовые потери (подсчитать которые несложно). А это, думается, гораздо больше, чем «неудобство», указанное в упомянутом выше постановлении Конституционного Суда РФ.

Согласно ст. 133 УПК РФ право на возмещение вреда имеет любое лицо, незаконно подвергнутое мерам процессуального принуждения. Однако в случае, когда мера процессуального принуждения в виде наложения ареста на денежные средства органом предварительного расследования не применяется, возникшие вследствие удержания денежных средств убытки (например, потеря их покупательной способности), полностью относятся на счет их законных владельцев и возмещению не подлежат. Почему же законный владелец этого имущества (индивидуальный предприниматель), так и не ставший ни подозреваемым, ни обвиняемым по уголовному делу, должен нести финансовые потери за ошибки органа предварительного следствия?

В главе УПК РФ о реабилитации такие лица не упомянуты. В то же время, если бы они на протяжении предварительного следствия имели статус подозреваемых или обвиняемых и на их имущество был бы наложен арест (или иная мера принуждения), то они имели бы право на реабилитацию (в том числе индексацию суммы возвращенных денежных средств). Например, если в отношении обвиняемого была избрана мера пресечении в виде залога, то в случае вынесения оправдательного приговора или прекращения дела по реабилитирующим основаниям такое лицо, помимо возврата суммы залога, имеет право (в порядке реабилитации) на компенсацию этой суммы. Размер такой компенсации зависит от времени действия меры пресечения и индекса роста потребительских цен по региону[2]. Очевидно также, что и в случае наложения ареста на имущество такого лица оно имеет право на реабилитацию (возмещение убытков в этой части).

---

[1] По делу о проверке конституционности части первой статьи 81.1 и пункта 3.1 части второй статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Синклит» : постановление Конституционного Суда РФ от 11 января 2018 г. № 1-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[2] Апелляционное определение Воронежского областного суда от 19 ноября 2014 г. по делу № 22-1819.

Подозреваемый или обвиняемый вынужден подчиниться принудительной силе уголовного преследования и отдать денежные средства в качестве залога. Разумеется, если таковые имеются, а желание провести какое-то время в СИЗО или под домашним арестом отсутствует. Как и собственник денежных средств, подчиняясь тем же гарантиям предварительного следствия, вынужден расстаться с ними, если они изъяты в ходе обыска. Но если при внесении залога собственник денежных средств, являющийся подозреваемым или обвиняемым по уголовному делу, имеет право на компенсацию финансовых потерь (и это при том, что деньги он отдает вынужденно, но все же по своей воле) в порядке реабилитации, то иное лицо такого права не имеет. Причиненные финансовые потери в порядке реабилитации не возмещаются, так как не возникает само право на реабилитацию.

В то же время ч. 3 ст. 133 УПК РФ «Основания возникновения права на реабилитацию» распространяет такое право на любых лиц, незаконно подвергнутых мерам процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу. Но формально изъятие и удержание денежных средств в качестве вещественных доказательств без наложения ареста на них не является мерой процессуального принуждения, и такие лица права на реабилитацию не имеют. А фактически – разницы нет. Но нет статуса (подозреваемый, обвиняемый) – нет и компенсации.

Однако изъятие и удержание денежных средств таких лиц в качестве вещественных доказательств, по сути, есть мера государственного принуждения, которая должна обеспечиваться правом на реабилитацию, в том числе в виде компенсации финансовых потерь.

Причинение ущерба, а также необходимость компенсации финансовых потерь возникает и в смежной сфере – при производстве по делу об административном правонарушении.

30 марта 2004 г. при пересечении границы из России в Республику Абхазия у гражданина Л. представителем таможенной службы была изъята валюта в размере 10 тыс. долларов США. По ч. 1 ст. 16.2 КоАП РФ Л. был привлечен к административной ответственности с назначением наказания в виде конфискации в доход государства иностранной валюты в сумме 10 тыс. долларов США как объекта правонарушения по делу.

Денежные средства были конфискованы. Решением судьи Краснодарского краевого суда от 5 октября 2004 г., вынесенным по жалобе Л., отменено постановление судьи Адлерского районного суда г. Сочи от 30 июня 2004 г., и прекращено производство по делу. Вещественные доказательства – валюту, изъятую у Л., – предписано возвратить гражданину Л.

Возврат денежных средств в размере 308 612 рублей, после решения суда от 5 октября 2004 г., был осуществлен путем перевода денежных средств на счет 12 ноября 2010 г., т. е. через 2229 дней – более 6 лет.

Л. обратился в Адлерский районный суд г. Сочи с заявлением к Сочинской таможне об индексации присужденных денежных средств. В обоснование заявленных требований он указал, что присужденная денежная сумма с момента вступления решения суда в силу на момент исполнения обязательства существенным образом утратила свою покупательную способность.

Должен ли работать компенсаторный механизм в этом случае? Конечно же, да, но суды имеют на этот счет совершенно иное мнение и указывают следующее.

Изъятые на основании протокола при производстве административного дела у гражданина Л. 10 тыс. долларов США имели статус вещественных доказательств по делу. Учитывая тот факт, что денежные средства с Сочинской таможни в порядке гражданского судопроизводства не взыскивались и гражданину Л. не присуждались, применение норм ст. 208 ГПК РФ об индексации взысканных судом денежных средств суд считает несостоятельным. Доводы о том, что присужденная денежная сумма с момента вступления решения суда в

силу и на момент исполнения обязательства существенным образом утратила свою покупательную способность, не могут быть приняты судом во внимание, так как какие-либо обязательства у Сочинской таможни перед гражданином Л. отсутствовали. Иностранная валюта в Российской Федерации не подвергается инфляции, не применяется при расчете индекса потребительских цен и минимальных прожиточного уровня и заработной платы, в связи с чем является стабильной и не подлежит индексации. Возврат гражданину Л. вещественных доказательств в виде денежных средств в иностранной валюте по административному делу был осуществлен таможенным органом в валюте Российской Федерации по курсу доллара США на дату перечисления денежных средств, и покупательская способность данной суммы денежных средств не была утрачена[3].

Еще один пример (извлечение из апелляционного определения), но уже из сферы уголовно-процессуальных правоотношений.

14 августа 2013 г. по месту жительства гражданина С. в рамках расследования уголовного дела (в котором он не имел статуса подозреваемого или обвиняемого) проведен обыск, в ходе которого, среди прочего, изъяты денежные средства. В ноябре 2013 г. из этого уголовного дела в соответствии со ст. 155 УПК РФ был выделен материал по факту обнаружения и изъятия по месту жительства С. денежных средств. Данный материал находился на разрешении в ОЭБ и ПК ОМВД России по г. Новокуйбышевску Самарской области. В дальнейшем по выделенному материалу неоднократно принимались решения об отказе в возбуждении уголовного дела.

27 марта 2014 г. постановлением судьи Новокуйбышевского городского суда Самарской области признана обоснованной жалоба на бездействие сотрудников ОЭБ и ПК ОМВД России по г. Новокуйбышевску и на начальника ОЭБ и ПК возложена обязанность устранить нарушения.

18 апреля 2014 г. денежные средства возвращены гражданину С. в полном объеме.

Обращаясь в суд, заявитель не отрицал факта возврата всей суммы, однако полагал, что имеет место причинение ему убытков, связанных с незаконным изъятием и удержанием денежных средств, так как их возврат был осуществлен через 7 месяцев после изъятия.

Отказывая заявителю в удовлетворении требований, суд среди прочего указал на следующее.

В данном случае факт принадлежности истцу изъятых в ходе обыска денежных средств никем не оспаривался, равно как и не оспаривалось, что данные денежные средства возвращены ему в полном объеме. Кроме того, изъятие денежных средств было проведено в целях проверки сообщения о преступлении, что полностью соответствует требованиям действующего законодательства и не запрещает правоохранительным органам предпринимать именно такие меры к выявлению фактов и событий для раскрытия того или иного преступления. Фактически изъятые денежные средства с момента изъятия были ограничены в обороте, и это априори не могло причинить истцу никаких убытков. Более того, денежные средства находились на хранении, а не в использовании; правоотношения сторон в данном случае не относятся к сфере гражданско-правовых. Имущество в виде денежных средств изымалось как объект правонарушения, поэтому законность изъятия имущества органами дознания/следствия оценивается с точки зрения наличия или отсутствия в действиях собственника нарушений закона в момент совершения действия, по итогам проведенной проверки и дознания. Другими словами, должностными лицами проверялись обстоятельства совершения преступления, а значит, изъятие у гражданина С. денежных средств можно признать правомерным[4].

В то же время в очень «редких» случаях возвращение свидетелю изъятых денежных средств на стадии предварительного следствия все же возможно. Одна-

[3] URL: https://rospravosudie.com/court-adlerskij-rajonnyj-sud-g-sochi-krasnodarskij-kraj-s/act-107261770/

[4] URL: https://rospravosudie.com/court-samarskij-oblastnoj-sud-samarskaya-oblast-s/act-557366422/

ко о причинах, побудивших орган расследования определить их некриминальное происхождение в максимально короткие сроки, можно судить лишь поверхностно[5]. Так, в июле 2016 г. Главное управление Следственного комитета России вернуло бывшему главе Федеральной таможенной службы А. Бельянинову изъятые у него в ходе обыска деньги и ценности на сумму около 100 млн рублей[6].

По сути, любое изъятие денежных средств у свидетеля или иного лица и хранение их в качестве вещественных доказательств – есть мера государственного принуждения, которая должна обеспечиваться компенсаторным механизмом. В противном случае за ошибки органа следствия (дознания) отвечает собственник этого имущества, а не государство.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 11 января 2018 г. № 1-П указал, что налагать арест на изъятое имущество во всех случаях не требуется: «…институты наложения ареста на имущество, с одной стороны, и, с другой стороны, изъятия и хранения вещественных доказательств имеют разное предназначение в уголовном процессе. Тем обстоятельством, что изъятие имущества в качестве вещественного доказательства и его удержание в режиме хранения при наложении на него ареста на основании судебного решения, принятого по ходатайству, возбужденному перед судом следователем с согласия руководителя следственного органа или дознавателем с согласия прокурора, позволяют распространить на данные отношения предварительный судебный контроль за законностью и обоснованностью временного изъятия имущества как гарантию защиты прав и законных интересов его собственников или владельцев, не предопределяется использование процедуры наложения ареста на имущество во всех случаях, когда соответствующие предметы используются в качестве вещественных доказательств для раскрытия преступления и разрешения уголовного дела, тем более при обеспечении возможности последующего судебного контроля. Такое регулирование, различающее цели и процедуру изъятия вещественных доказательств и наложения ареста на имущество, не выходит за пределы дискреции федерального законодателя и не противоречит конституционным принципам справедливости и равенства, требованиям, при соблюдении которых возможно ограничение прав и свобод человека и гражданина».

Но такой подход лишает права собственников имущества на компенсацию понесенных убытков. Нет меры принуждения – нет права на реабилитацию, а значит, нет и равенства, на которое указывает Конституционный Суд РФ. Это неверно, и практику в этой части необходимо менять.

В то же время данное постановление содержит и положительные (но недостаточные) формулировки, обеспечивающие правильное решение подобных вопросов, как-то:

– «изъятие и удержание в режиме хранения любого имущества, признанного вещественным доказательством, по существу, ограничивают права его собственника или владельца, причиняют им неудобство»;

– «изъятие по уголовному делу имущества (в том числе в виде признания его вещественным доказательством с режимом хранения, ограничивающим права владения и пользования имуществом), которое находится у лиц, не являющихся

[5] В том числе и потому, что решение о признании и приобщении к делу изъятых в ходе обыска денежных средств в качестве вещественных доказательств может не приниматься длительное время.

[6] URL: https://www.rbc.ru/politics/23/12/2016/585d3f1c9a7947a29a9b25b0

подозреваемыми или обвиняемыми по уголовному делу и не несущих по закону материальную ответственность за действия подозреваемого, обвиняемого, и использование которого в совершении преступления лишь предполагается, может иметь лишь временный характер и применяться при предоставлении таким лицам процессуальных гарантий защиты прав посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости и равенства»;

– «суды обязаны применять надлежащий правовой механизм, позволяющий эффективно защищать, в том числе в судебном порядке, интересы лиц, право собственности которых ограничивается в связи с изъятием принадлежащего им имущества в качестве вещественного доказательства по уголовным делам, тем более когда они в этих делах не являются подозреваемыми, обвиняемыми или лицами, несущими по закону материальную ответственность за действия подозреваемых, обвиняемых».

В данном постановлении есть и другие положительные моменты. Но нет главного – признания полноценного права на реабилитацию за лицами, которым изъятием и удержанием денежных средств были причинены финансовые лишения.

Полагаем, что в ч. 3 ст. 133 УПК РФ следует внести дополнения, устанавливающие, что право на возмещение вреда, возникшего вследствие производства по уголовному делу, имеет любое лицо вне зависимости от применения или неприменения к нему мер процессуального принуждения и на любой стадии уголовного судопроизводства.

Именно такое регулирование, как представляется, обеспечило бы более вдумчивый и осторожный подход органа расследования при принятии решений об изъятии и удержании денежных средств.

Воронежский государственный университет

***Кузнецов А. Н.**, кандидат юридических наук,*
доцент кафедры уголовного процесса

Voronezh State University

***Kuznetsov A. N.**, Candidate of Legal Sciences,*
Associate Professor of the Criminal Process Department
E-mail: kuznetsov@law.vsu.ru
Tel.: 8 (473) 220-84-02

УДК 343

Л. Г. Лифанова

К ПРОБЛЕМЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА СЛЕДОВАТЕЛЯ НА ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ ДО ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Увеличение количества следственных и процессуальных действий, которые следователь вправе производить на этапе доследственной проверки, явилось долгожданным, обоснованным и нужным шагом законодателя на пути совершенствования уголовно-процессуального законодательства. Однако практическая реализация данного права сопровождается проблемами правовой коллизии и нередко становится нецелесообразной.

Ключевые слова: возбуждение уголовного дела, следственное действие, экспертиза, заключение специалиста, форма предварительного расследования.

TO THE PROBLEM OF REALIZATION OF THE INVESTIGATOR'S RIGHT TO CONDUCT INVESTIGATIVE ACTIONS BEFORE THE INSTITUTION OF CRIMINAL PROCEEDINGS

The increase in the number of investigative and procedural actions that the investigator has the right to produce at the pre-investigation check-up stage was the long-awaited, justified and necessary step of the legislator on the way to improving the criminal procedural legislation. However, the practical implementation of this right is accompanied by problems of legal conflict and, often, it becomes unreasonable.

Key words: criminal case initiation, investigative action, examination, expert opinion, preliminary investigation form.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Дискуссии о необходимости расширения полномочий лица, производящего проверку сообщения или заявления о преступлении, возникли практически одновременно с появлением в российском уголовном процессе стадии возбуждения уголовного дела и спора о ее целесообразности.

Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ (в ред. от 28.12.2013) «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», отвечая на критику об ограниченном количестве следственных действий, производство которых возможно до возбуждения уголовного дела, регламентировал, что в ходе проверки сообщения о преступлении возможно получение объяснений, образцов для сравнительного исследования, истребование документов и предметов, изъятие их в порядке, установленном УПК, назначение и производство судебной экспертизы, производство осмотра места происшествия, документов, предметов, трупов, производство освидетельствования, документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, дача органу дознания поручений о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Указанные нововведения существенно расширили полномочия лица, производящего доследственную проверку, а поэтому были встречены практическими работниками более чем положительно.

© Лифанова Л. Г., 2018

В частности, дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа стали вправе до возбуждения уголовного дела получать объяснения. Но появился вопрос, могут ли они считаться доказательствами и какова их юридическая сила? Если исходить из логики законодателя, который указал, что для дознания в сокращенной форме не требуется допрашивать лиц, от которых в ходе проверки сообщения о преступлении были получены объяснения, значит, объяснение – это доказательство (п. 2 ч. 3 ст. 226.5 УПК РФ). Однако в законе сделан акцент, что данное правило распространяется только на сокращенное дознание, значит, для других форм предварительного расследования объяснение – не доказательство. Такой дифференцированный подход нельзя назвать удачным. Кроме того, возникают еще вопросы: возможно ли наступление уголовной ответственности для лица, изложившего заведомо ложные сведения в объяснении? Обращаясь к диспозиции ст. 307 УК РФ, с уверенностью можно заявить, что невозможно, так как лицо, давшее объяснение до возбуждения уголовного дела, не наделяется процессуальным статусом свидетеля или потерпевшего, на которых, в числе прочих, данная норма распространяет свое действие.

Нет объяснения и в перечне доказательств, предусмотренных ст.74 УПК РФ. Вряд ли можно его отнести к иным документам (п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ), так как предполагаемое доказательственное значение имеют сведения, изложенные в объяснении (по аналогии с показаниями), а не бланк, в котором они зафиксированы.

Помимо сказанного, следует отметить, что процессуальный порядок получения объяснения в законе не определен. Необходимо ли при получении объяснения руководствоваться порядком получения показаний, неизвестно. Согласно ч. 1 ст. 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением требований УПК, являются недопустимыми. Можно ли считать сведения, изложенные в объяснении, допустимыми, если порядок их получения не регламентирован. Ответ представляется очевидным.

Если провести более детальный анализ юридической сущности и содержания сведений, изложенных в объяснении, то вывод будет более категоричный: доказательственного значения они иметь не могут[1].

В юридической литературе давно обосновывалась необходимость законодательной регламентации производства экспертизы до возбуждения уголовного дела. Как известно, по отдельным категориям преступлений (например, связанных с незаконным оборотом оружия, наркотических средств и психотропных веществ, поджогами и др.) заключение специалиста необходимо для решения вопроса о наличии основания для возбуждения уголовного дела. Однако такое заключение доказательственной силы не имеет, по уголовному делу в обязательном порядке назначалась экспертиза, причем иногда на ее разрешение ставились те же вопросы, что и ранее специалисту. Законодательные новеллы должны были разрешить данную ситуацию, делая ненужным предварительное специальное исследование. На практике этого не случилось. Предоставив декларативно право следователю (дознавателю) назначения экспертизы до возбуждения уголовного дела, законодатель не создал условий для его реализации. И дело не только в дли-

[1] См.: *Лифанова Л. Г.* Доказательственное значение результатов следственных действий, проводимых до возбуждения уголовного дела // Уголовное производство : процессуальная теория и криминалистическая практика : материалы IV Междунар. науч.-практ. конф. Симферополь ; Алушта, 2016.

тельных сроках производства экспертизы, которыми следователь (дознаватель), как правило, на этапе доследственной проверки не располагает. Проблема также обнаружилась в ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ, согласно которой «…если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или потерпевшим будет заявлено ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы, то такое ходатайство подлежит удовлетворению».

Категоричность обозначенной нормы ставит под серьезное сомнение целесообразность назначения экспертизы до возбуждения уголовного дела. Истолковав буквально смысл цитируемого, следует вывод, что удовлетворению подлежит любое ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы. Его обоснованность в законе не упоминается. Возникает вопрос: по каким правилам назначать дополнительную и повторную экспертизу? Уголовно-процессуальный кодекс РФ в ст. 207 предусматривает, что при «недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела может быть назначена дополнительная судебная экспертиза, производство которой поручается тому же или другому эксперту. В случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается другому эксперту».

Следователи (дознаватели) в приватных беседах отмечают, что фактически не пользуются правом назначения экспертиз до возбуждения уголовного дела, так как позднее, на этапе расследования, по тем же вопросам повторные экспертизы назначаются практически по всем уголовным делам. Это создает дополнительную сложность в расследовании, так как, следуя указаниям уголовно-процессуального закона, экспертизу необходимо назначить другому эксперту, предоставив ему на исследование те же предметы, которые уже ранее подлежали исследованию. Повторное заключение эксперта, как правило, дублирует выводы первоначальной экспертизы. Какое из них имеет преимущественное доказательственное значение – не ясно. Так же непонятно, как поступить следователю, если предмет экспертизы был уничтожен в процессе первичного исследования или изменился его размер (например, вес наркотического средства)?

Полагаем целесообразным, в целях исключения описанных ситуаций, изменить редакцию ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ путем указания основания для ходатайства о производстве дополнительной или повторной экспертизы, как обозначено в ст. 207 УПК РФ: недостаточная ясность или полнота заключения эксперта, возникновение новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела; в случае сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта, предусмотрев за следователем право отказа в его удовлетворении в случае необоснованности.

Кроме того, следует критически отнестись к позиции законодателя о дифференцированном подходе к доказательственному значению заключения эксперта и специалиста, полученных до возбуждения уголовного дела, в зависимости от формы расследования. Речь идет об особенностях доказывания при производстве дознания в сокращенной форме. Пункт 3 ч. 3 ст. 226.5 УПК РФ позволяет не назначать судебную экспертизу по вопросам, ответы на которые содержатся в заключении специалиста по результатам исследования, проведенного в ходе проверки сообщения о преступлении (за исключением определенных случаев).

Делая акцент на возможности использования заключения специалиста, полученного до возбуждения уголовного дела, в качестве доказательства именно при сокращенной форме дознания, законодатель тем самым исключает его доказательственное значение для иных форм расследования: предварительного следствия и «обычного» дознания. Помимо вопроса «почему?» (видимо, это объясняется только сроком расследования), возникает вопрос об ответственности специалиста за заведомо ложное заключение. Нередки случаи, когда заключение эксперта (специалиста) является основой для вывода о виновности лица в совершении преступления. Если такие заключения получены в ходе предварительного расследования (этап доследственной проверки сюда не относится), то в ситуации их заведомой ложности предусмотрена уголовная ответственность для эксперта, давшего такое заключение, по ст. 307 УК РФ: «Заведомо ложные …заключение или показание эксперта, показание специалиста… в суде либо при производстве предварительного расследования – наказываются…». Для специалиста, как следует из диспозиции ст. 307 УК РФ, предусмотрена уголовная ответственность только за заведомо ложное показание. За заведомо ложное заключение специалист не подлежит уголовному преследованию, равно как и эксперт, производящий экспертизу при проверке сообщения о преступлении.

Представляется необходимым свести к единообразной оценке доказательственного значения заключение специалиста независимо от того, производится ли по делу дознание в общем порядке, в сокращенной форме или же осуществляется предварительное следствие. В целях обеспечения дополнительных гарантий обоснованности, законности и полноты расследования предусмотреть уголовную ответственность для эксперта, производящего исследование до возбуждения уголовного дела, за заведомо ложное заключение и для специалиста за заведомо ложное заключение в суде либо при производстве предварительного расследования, либо на этапе доследственной проверки.

Расширение полномочий лица при проверке сообщения о преступлении, помимо прочего, добавилось правом истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном УПК РФ. Нормы уголовно-процессуального законодательства допускают изъятие предметов и документов в процессе производства следственных (осмотр, освидетельствование, обыск, в том числе личный, выемка) и процессуальных (наложение ареста на имущество) действий. Производство осмотра и освидетельствования до возбуждения уголовного дела регламентировано, поэтому вопросов, связанных с порядком изъятия предметов и документов при их производстве, не возникает. Вопрос возникает об изъятии предметов и документов до возбуждения уголовного дела не в процессе данных следственных действий. Какой порядок имеет в виду законодатель? Порядок обыска или выемки? Но производство данных следственных действий возможно только в ходе предварительного расследования. Как процессуально оформлять факт такого изъятия, какой процессуальный документ составлять? Возможно ли признавать впоследствии изъятые до возбуждения уголовного дела предметы вещественными доказательствами, если они получены не в процессе следственного действия?

Представляется, что порядок получения доказательств на этапе доследственной проверки нуждается в совершенствовании. Необходимо ликвидировать нормы, допускающие неодинаковое толкование юридического смысла и значимости процессуальных и следственных действий, освободиться от дифференцированного подхода в оценке доказательств в зависимости от формы предварительного

расследования, исключить дублирование следственных действий до и после возбуждения уголовного дела в случаях отсутствия действительных оснований для их повторного производства.

Ставропольский филиал Краснодарского университета МВД России

Лифанова Л. Г., *кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры криминалистики*

Stavropol Branch of the Krasnodar University of the Russian Ministry of Internal Affairs

Lifanova L. G., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Criminalistics Department*

УДК 34.343.13

А. С. Лукомская

УСТАНОВЛЕНИЕ ПОТЕРПЕВШЕГО ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ О НЕЗАКОННОЙ ДОБЫЧЕ (ВЫЛОВЕ) ВОДНЫХ БИОЛОГИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ

Предпринимается попытка решения проблемы отсутствия единообразной практики признания юридического лица, наделенного публичными полномочиями потерпевшим по уголовным делам о незаконной добыче (вылове) водных биологических ресурсов.
Ключевые слова: потерпевший, морские млекопитающие, водные биологические ресурсы, доказывание, уголовный процесс.

ESTABLISHMENT OF THE VICTIM IN CRIMINAL CASES ON ILLEGAL PRODUCTION (CATCH) OF AQUATIC BIOLOGICAL RESOURCES

In this study, an attempt is made to address the problem of the lack of a uniform practice for the recognition of a legal entity that has public powers to victims in criminal cases of illegal catch (catch) of aquatic biological resources.
Key words: victim, marine mammals, aquatic biological resources, proof, criminal process.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Водные биоресурсы, такие как рыбы, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы находятся в состоянии истощения.

Наиболее критичной представляются ситуации с водными млекопитающими. Объектами водных биологических ресурсов – морскими млекопитающими являются: касатка и другие китообразные (за исключением белухи), белуха, тихоокеанский морж, котик морской, кольчатая нерпа (акиба), крылатка, морской заяц (лахтак), ларга, гренландский тюлень, каспийский тюлень, байкальская нерпа.

В мире существует 119 видов морских млекопитающих, которые объединены в два отряда: 1) китообразные (Cetacea) и 2) менее многочисленный (включает 32 вида) – ластоногие (Pinnipedia)[1]. Морские млекопитающие являлись для России ценным промысловым ресурсом, добыча которого началась уже в конце XVIII в. К середине девятнадцатого столетия воды, омывающие Камчатку, богатые разнообразными морскими млекопитающими, такими как тюлень, сивуч, калан, морж, морской котик, касатка, являлись массовым промыслом водных биологических ресурсов. Около 500 судов разных государств, в том числе китобойные, выходили с запада в Охотское море, с востока в Берингово море и Тихий океан. Резкое снижение уровня запасов морских млекопитающих стало очевидным уже к началу XIX в. К приходу советской власти данное зарубежным бизнесменам разрешение

[1] См.: *Богоров В. Г.* Жизнь моря. М., 1954 ; *Зенкевич Л. А.* Фауна и биологическая продуктивность моря. М., 1947. Т. 1 ; 1951. Т. 2 ; *Его же.* Биология морей СССР. М., 1963 ; *Тарасов Н. И.* Море живет. М., 1951 ; *Беляев Г. М.* Донная фауна наибольших глубин (ультраабиссали) Мирового океана. М., 1966 ; Жизнь животных. М., 1968–1971. Т. 1–6 ; *Рессель Ф. С., Ионг Ч. М.* Жизнь моря : пер. с англ. М. ; Л., 1934 ; Море : пер. с фр. М., 1960.

© Лукомская А. С., 2018

на истребление морских животных сроком на 15 лет привело к их критическому истреблению. В 1927 г. промысел для иноземцев был закрыт, однако флотилия СССР продолжала уничтожение морских млекопитающих[2].

В связи с угрозой исчезновения некоторых особей морских животных мировое сообщество, естественно, стало предпринимать шаги по регулированию или даже прекращению промысла. Угроза исчезновения китов, морских котиков, львов, некоторых других видов животных привела отдельные государства к полному запрету охоты на морских млекопитающих[3]. Уже в 1911 г. была принята Конвенция по сохранению морских котиков и морских бобров (каланов) северной части Тихого океана[4]. К 2000 г. принят целый ряд международных соглашений по вопросам сохранения морских млекопитающих[5].

Россия поэтапно приводила национальное законодательство в соответствие с положениями международных соглашений, отражавших позиции мирового сообщества по вопросам добычи морских млекопитающих в открытом море или запретных зонах.

---

[2] Советские китобои с 1949 по 1980 г. добыли 3200 гладких китов. URL: http://eco.vladnews.ru/Arch/0101/txt/txt04.HTM

[3] См.: *Мордвинова Т. Б., Скаридов А. С., Скаридова М. А*. Полярное право / под ред. А. С. Скаридова. М., 2017. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[4] См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1960. Вып. 19. С. 162–171.

[5] Конвенция по регулированию китобойного промысла (1931 г.) ; Международное соглашение по регулированию китобойного промысла (1937 г.) ; Международная конвенция по регулированию китобойного промысла (с приложениями и поправками) (1946 г.) ; Конвенция о сохранении морских котиков северной части Тихого океана (1957 г.) ; Конвенция о сохранении тюлений Антарктики (1972 г.) ; Конвенция о торговле видами, находящимися под угрозой исчезновения (1973 г.) ; Боннская конвенция о сохранении видов мигрирующих диких животных (1979 г.) ; Бернская конвенция по сохранению европейской дикой природы и естественной среды (1979 г.) ; Конвенция ООН по морскому праву (1982 г.) ; Конвенция по защите и развитию морской среды Карибского региона (Протокол касательно особо охраняемых районов и дикой природы) (1983 г.) ; План действий по управлению средиземноморскими котиками (1987 г.) ; Соглашение о сохранении тюлений моря Уэддена (1990 г.) ; Соглашение о сохранении китообразных Балтийского и Северного морей (1992 г.) ; Соглашение о сотрудничестве в области научных исследований, охраны и управления морскими млекопитающими в северной Атлантике (1992 г.) ; Ла-Джольское соглашение о снижении смертности дельфинов в восточной части Тихого океана (1992 г.) ; Конвенция о защите морской среды территории Балтийского моря и Рекомендации относительно защиты тюленей на территории Балтийского моря (1992 г.) ; Конвенция по защите морской среды и прибрежных районов Средиземноморья. Протокол относительно особо охраняемых районов и биологического разнообразия Средиземноморья (1995 г.) ; Панамская декларация (1995 г.) ; Соглашение по сохранению китообразных Балтийского моря, Средиземного моря и прилегающих территорий Атлантики (1996 г.) ; Межамериканская конвенция по защите и сохранности морских черепах (1996 г.) ; IUCN резолюция по охране морских птиц (1996 г.) ; Соглашение о международной программе сохранения дельфинов (1998 г.) ; Соглашение по сотрудничеству в сохранении морских черепах Карибского побережья Коста-Рики, Никарагуа и Панамы (1998 г.) ; Соглашение о создания заповедника морских млекопитающих в Средиземноморье (1999 г.) ; Меморандум о взаимопонимании о мерах по охране морских черепах Атлантического побережья Африки (1999 г.) ; План действий по охране Средиземноморских морских черепах (1999 г.); Международный план действий по снижению случайного вылова морских птиц при ярусном рыболовстве (1999 г.) ; Меморандум о взаимопонимании и по сохранности и управлению морскими черепахами и мест их обитания в Индийском океане и юго-восточной Азии (2000 г.) ; Соглашение о сохранение альбатросов и буревестников (2000 г.) ; Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии (2000 г.).

Конституция РФ[6] гарантирует каждому право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию, провозгласила природные ресурсы как основу жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, одновременно регламентируя их как объекты гражданско-правового оборота.

Правовой режим добычи морских млекопитающих определен Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ (в ред. от 05.12.2017) «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов». Порядок добычи (вылова) водных биологических ресурсов регулируется ведомственными нормативными актами[7].

Нормы ст. 256 УК РФ устанавливают запрет на незаконную добычу (вылов) водных биологических ресурсов, понятие которого раскрывается в положениях постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 ноября 2010 г. № 26 (в ред. от 31.10.2017) «О некоторых вопросах применения судами законодательства об уголовной ответственности в сфере рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов (часть 2 статьи 253, статьи 256, 258.1 УК РФ)», согласно которым это действия, направленные на их изъятие из среды обитания и (или) завладение ими в нарушение норм экологического законодательства (например, без полученного в установленном законом порядке разрешения, в нарушение положений, предусмотренных таким разрешением, в запрещенных районах, в отношении отдельных видов запрещенных к добыче (вылову) водных биологических ресурсов, в запрещенное время, с использованием запрещенных орудий лова), при условии, что такие действия совершены лицом с применением самоходного транспортного плавающего средства, взрывчатых или химических веществ, электротока или других запрещенных орудий и способов массового истребления водных биологических ресурсов, в местах нереста или на миграционных путях к ним, на особо охраняемых природных территориях, в зоне экологического бедствия или в зоне чрезвычайной экологической ситуации либо когда такие действия повлекли причинение крупного ущерба.

Для достижения цели уголовного судопроизводства, регламентированной ч. 1 ст. 6 УПК РФ необходимо установление по уголовному делу потерпевшего. Согласно п. «в» ч. 1 ст. 72 Основного закона вопросы владения, пользования и распоряжения водными и другими природными ресурсами находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ.

Исходя из этого предлагается выделение непосредственного потерпевшего по делам об экологическом преступлении, его системы и дифференциации, исходя из предмета уголовно-правовой охраны, на которое лицо воздействовало, причинив тем самым вред окружающей среде и ее отдельным компонентам.

---

[6] Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ // Рос. газета. 1993.

[7] Об утверждении правил рыболовства для Дальневосточного рыбохозяйственного бассейна : приказ Минсельхоза России от 21 октября 2013 г. № 385 (в ред. от 20.04.2017) ; Об утверждении правил рыболовства для Волжско-Каспийского рыбохозяйственного бассейна : приказ Минсельхоза России от 18 ноября 2014 г. № 453 (в ред. от 27.07.2017) ; Об утверждении правил рыболовства для Западно-Сибирского рыбохозяйственного бассейна : приказ Минсельхоза России от 22 октября 2014 г. № 402 (в ред. от 28.06.2017) ; Об утверждении правил рыболовства для Азово-Черноморского рыбохозяйственного бассейна : приказ Минсельхоза России от 1 августа 2013 г. № 293 (в ред. от 29.11.2017) ; Об утверждении правил рыболовства для Байкальского рыбохозяйственного бассейна ; приказ Минсельхоза России от 7 ноября 2014 г. № 435 (в ред. от 29.08.2017) ; Об утверждении правил рыболовства для Восточно-Сибирского рыбохозяйственного бассейна : приказ Минсельхоза России от 3 сентября 2014 г. № 348 (в ред. от 30.11.2017).

Формирование эффективной системы обеспечения экологической безопасности, предусматривающей взаимодействие и координацию деятельности органов государственной власти, является одной из задач, решение которой законодателем выделено для достижения стратегической цели государственной политики в области экологического развития, а именно: сохранения благоприятной окружающей среды, биологического разнообразия и природных ресурсов для удовлетворения потребностей нынешнего и будущих поколений, реализации права каждого человека на благоприятную окружающую среду, укрепления правопорядка в области охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности[8]. Для таких целей создана система органов государственного экологического надзора[9] в России. В соответствии с положениями ст. 65 Федерального закона «Об охране окружающей среды»[10], исходя из разграниченных законодателем видов государственного экологического надзора, можно выделить соответствующие группы потерпевших от экологических преступлений, которые в уголовном судопроизводстве могут защищать *публичный интерес*, связанный с реализацией функции охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности.

Для целей правового регулирования и контроля за пользованием объектами водных биологических ресурсов выделены бассейны: *Дальневосточный* (внутренние морские воды, территориальное море, исключительная экономическая зона Российской Федерации и континентальный шельф Российской Федерации в Чукотском, Восточно-Сибирском, Беринговом, Охотском, Японском морях и Тихом океане); *Северный* (Белое море, внутренние морские воды, территориальное море, исключительная экономическая зона РФ и континентальный шельф РФ в море Лаптевых, Карском и Баренцевом морях и районе архипелага Шпицберген); *Балтийский* (внутренние морские воды, территориальное море, исключительная экономическая зона РФ и континентальный шельф РФ в Балтийском море, Вислинском, Куршском и Финском заливах); *Каспийский* (районы Каспийского моря, в которых Российская Федерация осуществляет юрисдикцию в отношении рыболовства); *Азово-Черноморский* (внутренние морские воды и территориальное море,

---

[8] Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 г. : утв. Президентом РФ 30 апреля 2011 г.

[9] ***Государственный экологический надзор*** – деятельность уполномоченных федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов РФ, направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений органами государственной власти, органами местного самоуправления, а также юридическими лицами, их руководителями и иными должностными лицами, индивидуальными предпринимателями, их уполномоченными представителями (далее – юридические лица, индивидуальные предприниматели) и гражданами требований, установленных в соответствии с международными договорами РФ, Федеральным законом «Об охране окружающей среды», другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами РФ, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ в области охраны окружающей среды (далее – обязательные требования), посредством организации и проведения проверок указанных лиц, принятия предусмотренных законодательством РФ мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, и деятельность уполномоченных органов государственной власти по систематическому наблюдению за исполнением обязательных требований, анализу и прогнозированию состояния соблюдения обязательных требований при осуществлении органами государственной власти, органами местного самоуправления, юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями и гражданами своей деятельности.

[10] Об охране окружающей среды : федер. закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) с изм. и доп. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

исключительная экономическая зона РФ в Черном море, районы Азовского моря с Таганрогским заливом, в которых Российская Федерация осуществляет юрисдикцию в отношении рыболовства).

Специфика экологических преступлений заключается в том, что по своей природе они посягают в первую очередь на публичные правоотношения по охране экологического правопорядка и обеспечению экологической безопасности, а уже после опосредованно нарушают конституционные права на жизнь и здоровье, доступ к правосудию, возмещение вреда, причиненного экологическим правонарушением и др. Это определяет тот факт, что и потерпевший по делам об экологических преступлениях должен в первую очередь отстаивать публичный интерес.

Анализ итоговых судебных решений по уголовным делам о незаконной добыче (вылове) водных биологических ресурсов показал отсутствие единообразной практики. Не по всем уголовным делам о совершении преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 256 УК РФ, устанавливался и признавался потерпевший. По уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконной добычей (выловом) водных биологических ресурсов, совершенных лицом с использованием своего служебного положения либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, либо причинившие особо крупный ущерб (ч. 3 ст. 256 УК РФ), в судебном разбирательстве участвовал представитель потерпевшего – должностное лицо территориального Управления Федерального агентства по рыболовству[11].

Например, по всем делам, предусмотренным ст. 256 УК РФ, органы следствия потерпевшим признавали Федеральное агентство по рыболовству в лице ведущего специалиста-эксперта Омского отдела государственного контроля, надзора и охраны водных биоресурсов и среды обитания[12].

Федеральное агентство по рыболовству (Росрыболовство) является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по федеральному государственному контролю (надзору) в области рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов во внутренних водах РФ, за исключением внутренних морских вод РФ, а также Каспийского и Азовского морей до определения их статуса, а также по управлению государственным имуществом в сфере рыбохозяйственной деятельности, охраны, рационального использования, изучения, сохранения, воспроизводства водных биологических ресурсов и среды их обитания[13].

Структуру Росрыболовства составляют территориальные органы Федерального агентства по рыболовству, которыми являются территориальные управления Федерального агентства по рыболовству (далее – Управление), созданные для осуществления вышеуказанных функций[14].

Прямо в полномочиях Управления не регламентирована правовая основа его взаимодействия с правоохранительными органами по вопросам совершений правонарушений, а также участия в качестве лица, чьи права и законные интересы

---

[11] Официальный сайт Федерального агентства по рыболовству. URL: http://fish.gov.ru

[12] Официальный сайт Омского областного суда // Обзор судебной практики рассмотрения судами Омской области в 2009 году уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ч. 2 ст. 253 и ст. 256 УК РФ. URL: http://oblsud.oms.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=76

[13] О Федеральном агентстве по рыболовству : постановление Правительства РФ от 11 июня 2008 г. № 444 (в ред. от 11.12.2017) с изм. и доп.

[14] О Типовом положении о территориальном органе Федерального агентства по рыболовству : приказ Минсельхоза России от 8 апреля 2013 г. № 171 (в ред. от 08.06.2016).

нарушены преступлением, связанным с незаконной добычей (выловом) водных биологических ресурсов.

При этом положения п. 9.8 Приказа № 171 предусматривают лишь полномочие в порядке и случаях, установленных законодательством РФ, применять в установленной сфере деятельности Управления меры ограничительного, предупредительного и профилактического характера, направленные на недопущение нарушений юридическими лицами и гражданами обязательных требований в этой сфере и (или) ликвидацию последствий таких нарушений.

Внесение изменений в нормативные акты, определяющие компетенцию Росрыболовства и его территориальных органов, в части взаимодействия государственных органов, наделенных функциями охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности, а также органами, реализующими функции обеспечения законности, правопорядка, общественной безопасности, позволит по всем делам о незаконной добыче (вылове) водных биологических ресурсов устанавливать потерпевшего и признавать его представителя участником уголовного судопроизводства, обладающего предусмотренными уголовно-процессуальным законом правами и обязанностями.

Удмуртский государственный университет (г. Ижевск)

Лукомская А. С., *кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и правоохранительной деятельности*

Udmurt State University (Izhevsk)

Lukomskaya A. S., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process and Law Enforcement Department*
E-mail: nastasia5555@mail.ru

УДК 34.343.1

Е. Ф. Мельникова

ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ ОБВИНЯЕМОГО, С КОТОРЫМ ЗАКЛЮЧЕНО ДОСУДЕБНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

Рассматривается авторский взгляд Ю. В. Астафьева на институт досудебного соглашения о сотрудничестве, исторический аспект возникновения в российском праве, проблемы практического применения и перспективы его развития в России. Поднимается вопрос обеспечения обвиняемых, сотрудничающих со следствием, мерами государственной защиты. Высказывается собственное мнение на реализацию механизма «сделки с правосудием», приводятся примеры статистических данных о применении досудебного соглашения о сотрудничестве.

К л ю ч е в ы е с л о в а: досудебное соглашение о сотрудничестве, подозреваемый (обвиняемый), меры государственной защиты, упрощенное судопроизводство, обеспечение безопасности, правоохранительные органы.

PROBLEMS OF SECURITY OF THE ACCUSED, WITH WHICH THE SOLE AGREEMENT ON COOPERATION IS CONCLUDED

Yu. V. Astafiev's author's view on the institution of a pre-trial cooperation agreement, the historical aspect of the emergence of Russian law, the problems of practical application and the prospects for its development in Russia is considered in the work. The issue of providing the defendants cooperating with the investigation with measures of state protection is being raised. The author, in turn, expresses his own opinion on the implementation of the "transaction with justice" mechanism, gives examples of statistical data on the application of the pre-trial cooperation agreement.

K e y w o r d s: Pre-trial cooperation agreement, suspect (accused), state protection measures, simplified legal proceedings, security provision, law enforcement agencies.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Ю. В. Астафьев был и остается ученым, чьи труды приобрели всероссийское признание. Научной и педагогической деятельностью он занимался в стенах Воронежского государственного университета. Одна из его работ посвящена досудебному соглашению о сотрудничестве. Об этом мы и поговорим в данной статье.

Ю. В. Астафьев в работе «Досудебное соглашение о сотрудничестве: законодательные новеллы и практические проблемы»[1] тонко подметил, что российское законодательство постепенно приближается к англосаксонской системе права, перенимая различные правовые институты, такие как явка с повинной, досудебное соглашения о сотрудничестве, программа защиты свидетелей. Такого же мнения придерживается и Нижегородская школа процессуалистов, говоря, что со временем уголовный процесс перейдет на западно-европейскую модель расследования и лишится заформализованности. Одним из таких заимствований стал институт досудебного соглашения о сотрудничестве.

[1] См.: *Астафьев Ю. В.* Досудебное соглашение о сотрудничестве : законодательные новеллы и практические проблемы // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2009. № 2. С. 357.

© Мельникова Е. Ф., 2018

Причиной возникновения данного института в России стали рост преступности, низкая раскрываемость, латентность сложных экономических преступлений в 1990-е гг. Сложившаяся неблагополучная ситуация привела к тому, что уголовному судопроизводству потребовалась договорная система взаимоотношений с подозреваемыми и обвиняемыми взамен имеющейся карательной. Для решения данных проблем в УПК РФ в 2009 г. включили п. 61 ст. 5 «Досудебное соглашение о сотрудничестве» и главу 40.1 «Об особом порядке принятия решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве»[2]. Досудебное соглашение заключается для того, чтобы использовать содействие участника преступления для изобличения других лиц, причастных к преступной деятельности, при этом Т. В. Топчиева правильно пишет, что «его назначение заключается не столько в упрощении и ускорении судопроизводства, сколько в привлечении подозреваемого (обвиняемого) к активному сотрудничеству с правоохранительными органами»[3]. Тем самым повышается эффективность доказывания. Мы полностью согласны с этим мнением.

Идея «сделки с правосудием» не нова, пишет Ю. В. Астафьев. Она активно применяется в европейском и американском законодательстве[4]. Важными аспектами в механизме применения досудебного соглашения о сотрудничестве, по мнению автора, является детально разработанные нормы о привилегированном иммунитете участников уголовного процесса, особом порядке судопроизводства, системе гарантий снижения наказания обвиняемым, содействующим правосудию; программой защиты обвиняемых и свидетелей. Важную роль в осуществлении «сделки с правосудием» играет прокуратура, которая, главным образом, осуществляет функцию обвинения[5]. Какова же специфика применения в России института досудебного соглашения о сотрудничестве с англосаксонскими корнями?

Форма нашего предварительного расследования существенно отличается от полицейского расследования в США. Это не могло не отразиться на специфике института досудебного соглашения. Так, в УПК РФ содержится не вполне корректная формулировка о полноте сведений, которые должен сообщить обвиняемый, собираясь заключить досудебное соглашение о сотрудничестве: в норме закона (п. 4 и 5 ст. 317.3 УПК РФ) сказано, что в досудебном соглашении о сотрудничестве должны быть указаны фактические обстоятельства преступления, а также дана уголовно-правовая квалификация преступления. На это обстоятельство обратил внимание Ю. В. Астафьев в своей работе. У обвиняемого возникает проблема: целесообразно ли сообщать сведения заранее в полном объеме, будучи не уверенным в том, что следователь поддержит ходатайство о досудебном соглашении о сотрудничестве, а суд смягчит наказание. А у следователя, в свою очередь, возникает проблема, сообщит ли обвиняемый достаточное количество сведений, подписав досудебное соглашение о сотрудничестве, важных для полного и всестороннего расследования дела. Таким образом, следователь получает «кота в мешке». Для решения данной проблемы мы предлагаем в УПК РФ включить норму, в которой необходимо закрепить требования к форме и содержанию соглашения. По нашему мнению, досудебное соглашение о сотрудни-

---

[2] Федеральный закон от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ // Рос. газета. 2009. № 4945.

[3] *Топчиева Т. В.* Досудебное соглашение о сотрудничестве в российском уголовном процессе : дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 26.

[4] См.: *Астафьев Ю. В*. Указ. соч. С. 357.

[5] См.: Там же.

честве должно быть основано на доверии (обвиняемый помогает следствию, а следствие – обвиняемому), при этом досудебное соглашение о сотрудничестве должно содержать согласие обвиняемого дать соответствующие показания по времени, месту, способу, участникам, объекту, которому был причинен вред преступлением, следственные действия, которые будут проведены с его участием (например, проверка показаний на месте) и т. д., в том числе предупредить о даче ложных показаний как обстоятельстве, отягчающем его наказание. В данном случае обвиняемый получил бы гарантию, дав правдивые показания, что тем самым смягчило бы его наказание, а сторона обвинения получила бы гарантию о характере и полноте тех сведений, которые даст обвиняемый, и его истинном желании сотрудничать со следствием.

На практике возникает ситуация, когда подписанное сторонами досудебное соглашение о сотрудничестве отнюдь не гарантирует, что показания, предоставляемые обвиняемым, будут достаточны для суда и прокурора, соответственно и нет гарантии, что оно будет реализовано. По мнению Ю. В. Астафьева, это противоречие полностью нарушает весь смысл данного соглашения[6]. С этим выводом нельзя не согласиться. Ю. В. Астафьев тонко подметил данную проблему, но способ ее решения предложен, по нашему мнению, не верно. Фактически Ю. В. Астафьев предложил отказаться от особого порядка судебного разбирательства, предлагаемого в главе 40.1 УПК РФ[7]. Между тем законодатель в 2016 г. нашел следующее решение проблемы восполнения неполноты сведений, представленных обвиняемым в ходе реализации досудебного соглашения о сотрудничестве.

В настоящее время прокурор может вынести постановление о прекращении сотрудничества с тем обвиняемым, который осуществлял недобросовестное сотрудничество и чьи сведения недостаточны для раскрытия преступления.

В настоящее время судебная апелляционная инстанция может отменить обвинительный приговор, постановление об особом порядке в отношении обвиняемого, недобросовестно, сотрудничающего со следствием и направить дело на новое судебное разбирательство или прокурору.

Продолжая разговор о досудебном соглашении о сотрудничестве, слудует сказать, что подозреваемые (обвиняемые) не заявляют ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, в том числе из-за опасности подвергнуть себя и своих близких мести за такое сотрудничество. Указанное обстоятельство может свидетельствовать о недостаточности процессуальных и иных мер безопасности. Чаще всего используется сокрытие данных о личности в конверте и ответственность следователя за разглашение таких показаний. Готов ли обвиняемый предоставлять серьезные сведения за такую гарантию безопасности? Ответ: нет или в исключительных случаях. Таким образом, неотъемлемой составной частью досудебного соглашения о сотрудничестве является решение вопроса об обеспечении безопасности обвиняемого. Обеспечение безопасности лица, с которым заключено досудебное соглашение – важная задача органов, ведущих уголовное дело. Без решения этой задачи весь институт досудебного соглашения о сотрудничестве обесценивается. Это подтверждается в ряде проведенных исследованиях по данной проблематике[8].

---

[6] См.: *Астафьев Ю. В*. Указ. соч. С. 358.

[7] См.: Там же. С. 361.

[8] Например, по данным исследования, проведенного Е. В. Прытковой, 65,8 % следователей считают существующие меры недостаточными для обеспечения безопасности подозреваемого (обвиняемого), сотрудничающего с правоохранительными органами (см.: *Прыткова Е. В.* Обе-

Учитывая сказанное выше, считаем, что УК РФ и УПК РФ необходимо дополнить эффективной мерой безопасности подозреваемого (обвиняемого), заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, на стадии предварительного расследования, а также разработать и внести в законодательство тактику применения данных мер.

Ю. В. Астафьев справедливо отмечает, что полностью скрыть данные о личности обвиняемого, который стал сотрудничать со следствием, от других обвиняемых невозможно. Этому мешает структура нашего процесса, наличие ряда процедур, в ходе которых другие обвиняемые могут узнать о содержании даваемых против них показаний и соответственно определить источник их происхождения. На наш взгляд, надо иметь в виду две ситуации, возможные на практике: во-первых, речь может идти об обвиняемых, проходящих по одному уголовному делу, которые при этом являются соучастниками по одному уголовному делу. В этом случае действительно невозможно скрыть личность обвиняемого, поэтому необходимо применять иные меры безопасности, сопровождающиеся выделением в отношении его дела в отдельное производство. Например, помещение его в иное место предварительного заключения, отдельно от соучастников. А после осуждения к нему будут применяться меры, охраняющие его безопасность как свидетеля обвинения. Вторая ситуация возможна в том случае, когда обвиняемый заключает соглашение об оказании содействия в раскрытии и расследовании преступлений, совершенных иными лицами, с которыми совместно он не совершал преступления. Сведения о личности таких обвиняемых необходимо сохранять в тайне, а также принимать иные меры государственной защиты, которые помогут скрыть его личность и защитить его личную неприкосновенность.

Ю. В. Астафьев поднял проблему проведения следственных и процессуальных действий, таких как очная ставка и ознакомление с материалами дела с участием обвиняемого, к которому применено досудебное соглашение о сотрудничестве. Однако ученый сомневался в том, что они реализуемы на практике, в частности допрос в отдельном помещении в целях обеспечения их безопасности[9]. С нашей точки зрения, такие опасения не оправданы. Правоприменитель вполне показал способность устанавливать по делу факты, в том числе в ходе судебного разбирательства и при проведении следственных действий при сохранении в тайне источника показаний.

Проанализировав работы Ю. В. Астафьева, можно сделать вывод, что сегодня назрела необходимость разработки тактико-криминалистических и процессуальных рекомендаций, направленных на повышение эффективности обеспечения безопасности подозреваемого (обвиняемого), заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, на стадии предварительного расследования. Наиболее четкого изложения требует термин *досудебное соглашение о сотрудничестве*, а также более регламентированные условия и процедура его применения. Важно отметить и то обстоятельство, что для обвиняемого, заключающего досудебное соглашение о сотрудничестве, важно решение вопроса об устранении угрозы его безопасности не только в ходе производства по уголовному делу, но и в долго-

---

спечение безопасности подозреваемого (обвиняемого), заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, на стадии предварительного расследования : тактические аспекты : дис. … канд. юрид. наук. Барнаул, 2015. С. 95).

[9] См.: *Астафьев Ю. В*. Указ. соч. С. 361.

срочной перспективе: при отбытии наказания в местах лишения свободы и после отбытия наказания. Поэтому эти вопросы, важные для обвиняемого, могут также стать предметом обсуждения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве с прокурором, главным лицом, поддерживающим досудебное соглашение о сотрудничестве в суде и гарантирующим более мягкое наказание.

Нижегородская академия МВД России

Мельникова Е. Ф., *адъюнкт кафедры уголовного процесса*

Nizhny Novgorod Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs

Melnikova E. F., *Post-graduate Student of the Criminal Process Department*

E-mail: efmelnikowa@yandex.ru

УДК 343

Т. А. Морозова

О ВНУТРЕННИХ ФАКТОРАХ, ОГРАНИЧИВАЮЩИХ СВОБОДУ ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОМ СЛЕДСТВИИ

Рассматриваются внутренние факторы, ограничивающие свободу оценки доказательств на предварительном следствии.
К л ю ч е в ы е с л о в а: предварительное расследование, принцип свободы оценки доказательств, внутреннее убеждение субъекта доказывания.

TO A QUESTION OF THE INTERNAL FACTORS LIMITING FREEDOM OF ASSESSMENT OF PROOFS ON PRELIMINARY INVESTIGATION

The article deals with internal factors that limit the freedom to assess evidence in the preliminary investigation.
K e y w o r d s: preliminary investigation, principle of freedom of evaluation of evidence, internal conviction of the subject of proof.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Объективность и самостоятельность субъектов доказывания на предварительном следствии выступает непременным условием, способствующим формированию верного внутреннего убеждения того или иного субъекта доказывания, полноте и достоверности доказательственной информации в уголовном деле. К сожалению, в настоящее время еще продолжает оставаться актуальной проблема ограничения свободы доказательств на предварительном следствии. Наряду с внешними факторами, влияющими на свободу оценки доказательств, к которым можно отнести, на наш взгляд, уголовно-правовую и уголовно-процессуальную политику государства, влияние средств массовой информации и формирующееся в связи с этим общественное мнение, уместно выделить и ряд внутренних факторов, а именно:

– недостаточная опытность следователя, его неумение из ряда разрозненных сведений сформировать доказательства и впоследствии дать им необходимый анализ, поспешность принимаемых им решений без детального анализа имеющейся совокупности доказательств;

– психологические характеристики следователя, осуществляющего производство по конкретному уголовному делу, его способность и желание противостоять внешнему воздействию на него, отстаивать свое собственное мнение по тому или иному вопросу, возникающему в процессе расследования уголовного дела и с оценкой доказательств в частности;

– постоянный контроль за действиями следователя, наличие надзорных инстанций, которые могут отменять его решения, что, в свою очередь, ведет к исключению независимости следователя;

– непроцессуальное влияние, а в отдельных случаях и давление на следователя со стороны его непосредственного руководства и со стороны участников судо-

© Морозова Т. А., 2018

производства. Такое давление имеет своей целью заставить следователя принять необоснованное решение, которое повлияло бы на оценку доказательств. Еще раз хочется подчеркнуть, что процессуальная самостоятельность следователя должна быть реальной;

– сложившаяся практика работы не на достижение качества, а на достижение необходимых, запланированных показателей. В связи с этим в работе следователя могут возникать ошибки, но, думается, что следственные ошибки не являются обязательными у подготовленного и ответственно подходящего к своей работе следователя, у которого имеются все возможности для принятия процессуально грамотных и верных решений.

Под следственными ошибками понимаются любые действия, решения следователя, производимые в ходе расследования уголовного дела, проявляющиеся в отступлении от требований уголовно-процессуального закона, подрывающие правосудие и нарушающие законные права и свободы человека. Следует отметить, что к наиболее часто встречающимся следственным ошибкам, приводящим к необоснованному привлечению к уголовной ответственности граждан, можно отнести ошибки, связанные с проявлением одностороннего подхода к исследованию предмета доказывания, из-за чего некоторые его элементы остаются невыясненными. Это ведет к сужению пределов доказывания, что в свою очередь грозит недостаточностью собранной следователем совокупности доказательств для принятия обоснованного решения о привлечении лица в качестве обвиняемого.

Итак, устранение причин, порождающих следственные ошибки, предусматривает осуществление целого ряда мероприятий со стороны как законодательной власти, так и руководства следственных органов, направленных на совершенствование условий и стиля работы следователя, повышение его статуса. Должен быть осуществлен целый комплекс мер, направленных на повышение квалификации следователей, на проведение мероприятий по предотвращению профессиональной деформации личности следователя, умелое использование научных рекомендаций, позволяющих оптимизировать работу по расследованию преступлений.

Нижегородская академия МВД России

Морозова Т. А., *кандидат юридических наук, преподаватель кафедры предварительного расследования*

Nizhny Novgorod Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs

Morozova T. A., *Candidate of Legal Sciences,*
Lecturer of the Preliminary Investigation Department
E-mail: taalmor1979@gmail.com

УДК 343

В. А. Передерий

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ВЫЯВЛЕНИЯ И ДОКАЗЫВАНИЯ ПРИЗНАКОВ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТАТЬЕЙ 145.1 УК РФ

Анализируются вопросы, связанные с расследованием уголовных дел по фактам невыплаты работникам заработной платы и иных обязательных выплат (ст. 145.1 УК РФ). Рассматривается возможность окончания производства по указанной категории уголовных дел без заключения судебной бухгалтерской экспертизы. Как показывает следственная практика, в ходе предварительного расследования возникают сложности в установлении и доказывании сумм и периодов невыплаты работникам заработной платы. Предлагаются пути решения указанных сложных следственных ситуаций. Анализируется следственная практика (на примере следственных подразделений Следственного комитета Российской Федерации) по указанным преступлениям.

К л ю ч е в ы е с л о в а: невыплата заработной платы, предварительное следствие, доказывание.

SOME PECULIARITIES OF REVEALING AND PROVING THE SIGNS OF A CRIME, STIPULATED BY ARTICLE 145.1 OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

The article analyzes the issues related to the investigation of criminal cases on the fact of non-payment of wages to employees and other mandatory payments (Article 145.1 of the Criminal Code of the Russian Federation). The possibility of ending the production in this category of criminal cases without the conclusion of judicial accounting expertise is considered. As the investigative practice shows, during the preliminary investigation there are difficulties in establishing and proving the amounts and periods of non-payment of wages to employees. The ways of solving these complex investigative situations are suggested. The investigative practice (on the example of the investigative units of the Investigative Committee of the Russian Federation) for these crimes is analyzed.

K e y w o r d s: non-payment of wages, preliminary investigation, proving.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

В настоящее время особое значение уделяется выявлению и пресечению фактов невыплаты заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат. За злостное неосуществление данных выплат предусмотрена уголовная ответственность – ст. 145.1 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ).

Предварительное следствие по данной категории преступлений осуществляется Следственным комитетом Российской Федерации (далее – СК России), что закреплено в ч. 2 ст. 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ).

Проблема невыплаты именно заработной платы (следует отметить, что по данной категории невыплат больше всего расследуется уголовных дел, возбужденных по ст. 145.1 УК РФ) в настоящее время очень актуальна, и число таких уголовных дел постоянно увеличивается, что свидетельствует о повышенном внимании со стороны руководства нашей страны, Генеральной прокуратуры, СК России, правоохранительных и контролирующих органов к вопросам своевременного и полного погашения перед работниками задолженности по заработной плате.

© Передерий В. А., 2018

Выступая 6 февраля 2018 г. на расширенном заседании коллегии СК России глава ведомства А. И. Бастрыкин отметил, что одна из задач Следственного комитета – эффективное противодействие такому опасному с социальной точки зрения преступлению, как невыплата заработной платы. Он сообщил, что в 2017 г. в отношении руководителей предприятий – злостных неплательщиков заработной платы, возбуждено почти две с половиной тысячи уголовных дел (2444), что на 43 % больше, чем в 2016 г. (1713). В прошлом году следователями Следственного комитета окончено производством почти на 700 дел больше, чем в 2016 г. (соответственно 1815 и 1130). Он также отметил, что принятыми уголовно-правовыми мерами следователям СК России удалось возместить ущерб на сумму свыше 3,5 млрд рублей[1].

В связи с этим, учитывая сложности в расследовании преступлений, предусмотренных ст. 145.1 УК РФ, сложившуюся следственную и судебную практику, хотелось бы проанализировать вопросы, связанные с доказыванием ряда важных признаков указанного преступления.

Так, в ходе предварительного следствия в ряде случаев возникают сложности в установлении и доказывании сумм и периодов невыплаты работникам заработной платы.

Прежде всего, учитывая необходимость завершения предварительного следствия в сжатые сроки (преступления, предусмотренные ч. 1 и 2 ст. 145.1 УК РФ, относятся к преступлениям небольшой тяжести и срок давности по ним составляет два года после их совершения), следователям необходимо принимать меры к завершению расследования по указанной категории преступлений без проведения бухгалтерской (финансовой) судебной экспертизы, которая, как показывает практика, проводится длительное время, нередко является платной (проводится негосударственными экспертными организациями), а если назначается в государственные экспертные учреждения, то там – долгие очереди (что также негативно сказывается на сроках следствия).

Полагаем, в данных случаях следователь может самостоятельно провести осмотр бухгалтерских (финансовых) и иных документов (в том числе изъятых в организации) с участием специалистов (ревизоров, экспертов-экономистов и т. д.), руководителя организации, главного бухгалтера данной организации и других лиц (при необходимости).

После проведения осмотров следователь должен допросить лиц, принимавших участие в данном следственном действии, с целью закрепления полученных в ходе осмотра сведений.

Таким образом, следователь сможет установить факт наличия трудовых отношений, лиц (работников), которым не была выплачена заработная плата, невыплаченные каждому из них суммы (а также общую сумму задолженности), периоды невыплаты, поступившие на расчетный счет (и иным способом) в организацию за анализируемый период денежные средства, порядок и цели расходования указанных денежных средств и т. д.

В связи с этим следователем должны быть получены (изъяты) и осмотрены следующие документы[2].

---

[1] Выступление А. И. Бастрыкина / Официальный сайт Следственного комитета Российской Федерации. URL: http://sledcom.ru/news/item/1200855 (дата обращения: 12.02.2018).

[2] См.: Расследование преступлений, связанных с невыплатой заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат (ст. 145.1 УК РФ) : метод. рекомендации / А. В. Хмелева [и др.] ; под ред. А. М. Багмета, А. В. Хмелевой. М., 2017. С. 37.

1. Документы по учету труда работников и его оплаты: трудовой (коллективный) договор; приказы (распоряжения) о приеме работников на работу, о переводе работников на другую работу, о предоставлении отпусков, о прекращении (расторжении) трудового договора с работниками (увольнении), о направлении работников в командировку, о поощрении работников; личная карточка работника (государственного, муниципального служащего); штатное расписание; учетная карточка научного, научно-педагогического работника; график отпусков; командировочное удостоверение; служебное задание для направления в командировку и отчет о его выполнении; записка-расчет о предоставлении отпуска работнику; записка-расчет при прекращении (расторжении) трудового договора с работником; акт о приеме работ, выполненных по срочному трудовому договору, заключенному на время выполнения определенной работы; табели учета рабочего времени и расчета оплаты труда; расчетная, платежная, расчетно-платежная ведомости; журнал регистрации платежных ведомостей; лицевой счет.

2. Документы, подтверждающие движение денежных средств: приходный кассовый ордер; расходный кассовый ордер; журнал регистрации приходных и расходных документов; кассовая книга; книга учета принятых и выданных кассиром денежных средств; авансовый отчет; объявление на взнос наличными; банковские выписки по счетам работодателя; банковские выписки по счетам работников; платежные поручения; мемориальные ордера.

3. Регистры синтетического и аналитического учета по счетам бухгалтерского учета: 50 «Касса»; 51 «Расчетные счета»; 52 «Валютные счета»; 70 «Расчеты с персоналом по оплате труда»; 71 «Расчеты с подотчетными лицами»; 73 «Расчеты с персоналом по прочим операциям»; 75 «Расчеты с учредителями»; 76 «Расчеты с разными дебиторами и кредиторами».

4. Иные документы, в том числе черновые записи о начислениях, удержаниях и выплатах, признанные в качестве доказательств по уголовному делу в соответствии с требованиями УПК РФ.

Кроме того, существенно помогают для выяснения вышеуказанных вопросов изъятие и осмотр электронных баз данных, например программы «1С:Бухгалтерия», которая является самой популярной бухгалтерской программой (подключаемые к ней сервисы позволят эффективно выполнять задачи бухгалтерской службы любой организации и предприятия).

Необходимо отметить, что в указанную программу включены регламентированные отчеты для представления контролирующим государственным органам. Бухгалтерская отчетность, налоговые декларации и расчеты, отчеты в социальные внебюджетные фонды, отчетность по персонифицированному учету в Пенсионный фонд, статистическая отчетность, справки для налоговой инспекции легко формируются и выгружаются в электронном виде. Таким образом, непосредственно из указанной программы отправляются соответствующие отчеты в ФНС, ПФР, ФСС и Росстат России[3].

Положительно зарекомендовала себя практика привлечения к участию в следственных действиях экспертов экономического профиля экспертно-криминалистических отделов следственных подразделений СК России. При этом в каждом конкретном случае решение о необходимости участия сотрудника отдела криминалистики в следственных действиях принимает следователь, в производстве которого находится уголовное дело. При производстве следственных действий экс-

[3] Официальный сайт фирмы «1С». URL: http://v8.1c.ru/buhv8 (дата обращения: 08.02.2018).

перты выступают в качестве специалиста, им разъясняются права и обязанности, предусмотренные ст. 58 УПК РФ.

Практика показала, что участие экспертов-экономистов в качестве специалистов в осмотрах и выемках бухгалтерских и иных финансовых документов значительно сокращает сроки (затраченные непосредственно на проведение экспертиз), так как следователь производит изъятие документов и иных материалов, относящихся непосредственно к вопросу исследования, а участие в следственных действиях эксперта (следователя-криминалиста), обладающего знаниями в области компьютерных технологий, позволяет изъять в сохраненном виде базу данных бухгалтерского учета («1С:Бухгалтерия»), а также отдельные файлы, содержащие необходимые сведения в электронном виде.

Считаем возможным также разъяснить, как правильно высчитывать сумму невыплаченной заработной платы.

Так, существует несколько способов расчета задолженности по выплате заработной платы. Можно рассчитать задолженность отдельно за каждый месяц по состоянию на определенную дату либо общую сумму задолженности за определенный период нарастающим итогом. Если задолженность рассчитывается за каждый месяц в отдельности, то берется сумма, подлежащая выплате (начисленная сумма минус все удержания) за интересующий месяц, из которой вычитается выплаченная сумма за этот месяц в анализируемый период (если рассчитывать частичную невыплату, то период составляет более трех месяцев, если рассчитывать полную невыплату, то двух месяцев по состоянию на следующий день после даты выплаты заработной платы).

Например, применительно к ООО «А…» – это 10-е число каждого месяца (дата, до которой включительно должна быть полностью выплачена заработная плата). Так, уголовная ответственность за задолженность за ноябрь месяц 2016 г. при полной невыплате наступает 11 февраля 2017 г., при частичной невыплате – 11 марта 2017 г. Если следует посчитать общую сумму задолженности, необходимо взять задолженность на 1 ноября 2016 г., плюс начисленная заработная плата за ноябрь 2016 г., минус удержания за ноябрь, минус произведенные выплаты за ноябрь 2016 г., минус выплаты в ноябре за предыдущие периоды (до 1 ноября 2016 г.) – это будет задолженность на 1 декабря 2016 г. Далее аналогично рассчитывается задолженность за весь период нарастающим итогом.

В любом случае если в трудовом договоре или других локальных нормативных актах организации не указан срок выплаты заработной платы, то в соответствии с трудовым законодательством заработная плата должна быть выплачена не позднее 15-го числа месяца, следующего после отработанного месяца (за который начислена заработная плата).

В процессе доказывания обстоятельств, свидетельствующих о том, что руководитель организации имел возможность выплатить работникам заработную плату, однако умышленно это не сделал, и денежные средства ушли на осуществление коммерческой деятельности организации, необходимо не только проанализировать движение денежных средств по расчетным счетам данной организации, но и установить иную получаемую прибыть (которая умышленно не зачислялась на расчетные счета), а также проанализировать все взаиморасчеты между организацией и ее контрагентами, которые производились в обход расчетных счетов (например, по гарантийным письмам).

Так, в производстве Московского межрегионального следственного управления на транспорте СК России находилось уголовное дело по обвинению П. в совер-

шении преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 145.1 и ч. 2 ст. 145.1 УК РФ, который на основании решения совета директоров ОАО «РЖД-Развитие вокзалов» (далее – Общество) являлся генеральным директором Общества[4].

В ходе предварительного следствия, в частности, было установлено, что за анализируемый период (2014–2015 гг.) П., продолжая совершать умышленные действия, направленные на недопущение поступления на банковские счета Общества денежных средств от контрагента ООО «Г…», за счет которых в полном объеме могла быть погашена задолженность по заработной плате работникам, в период невыплаты этой заработной платы заключил договор цессии (уступки прав требования), согласно которому ООО «Р…», перед которой у Общества имелась задолженность в сумме более 56 млн рублей, уступило данный долг в пользу ООО «Г…», в результате чего у последнего возникло право требовать от ОАО «РЖД-Развитие вокзалов», ставшего в результате не кредитором, а должником по отношению к ООО «Г…», уплаты суммы в размере более 56 млн рублей.

Было также установлено, что в период наличия задолженности по заработной плате, пособиям и иным установленным законом выплатам в период с ноября 2014 г. по апрель 2015 г. на банковских счетах Общества имелись достаточные денежные средства для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовым договорам, а также имелась реальная возможность для погашения задолженности, однако данные денежные средства по указанию П., имевшему исключительное право распоряжаться от имени Общества данными денежными средствами, в нарушение очередности, установленной ч. 2 ст. 855 ГК РФ для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовым договорам, израсходованы на удовлетворение денежных требований других кредиторов. Кроме того, в указанный выше период у Общества имелась значительная дебиторская задолженность, в случае взыскания которой могла быть в полном объеме погашена задолженность по заработной плате, пособиям и иным установленным законом выплатам, однако мер к взысканию которой П., вопреки интересам Общества и его работников, не принял, а, напротив, совершил умышленные действия из корыстной и иной личной заинтересованности по недопущению поступления денежных средств на банковские счета Общества.

Следует также отметить, что следователь вместо экспертизы может назначить ревизию, производство которой, как правило, поручается ревизорам органов внутренних дел (такие специалисты есть практически во всех субъектах РФ).

В связи с этим уже в ходе проведения доследственной проверки (проверки в порядке ст. 144–145 УПК РФ) следователем могут быть приняты меры к назначению соответствующей документальной ревизии.

Таким образом, если в ходе доследственной проверки получено заключение документальной ревизии, то отпадает необходимость по указанным вопросам назначать судебно-экономическую (бухгалтерскую) экспертизу, так как заключение документальной ревизии признается доказательством по уголовному делу (при условии, что в ходе следствия не получены дополнительные сведения по суммам и срокам невыплаты зарплаты, а также новым работникам, которым она не выплачивалась)[5].

---

[4] Контрольное производство по уголовному делу по обвинению П. в совершении преступлений, предусмотренных ч. 1 и 2 ст. 145.1 УК РФ // Архив Московского межрегионального следственного управления на транспорте СК России.

[5] См.: *Передерий В. А.* Особенности взаимодействия следователя и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по преступлениям, предусмотренным ст. 145.1 УК РФ //

В то же время если в ходе расследования возникнет необходимость в проведении экспертизы, то ее следует назначать незамедлительно, как только будут получены все необходимые финансовые документы[6].

Криминалистическое и оперативно-розыскное обеспечение расследования экономических преступлений : сб. выступлений участников круглого стола / под ред. О. С. Кучина. М., 2017. С. 135–136.

[6] См.: *Хмелева А. В.* Назначение судебных экспертиз при расследовании преступлений о невыплате заработной платы (ст. 145.1 УК РФ) // Теория и практика судебной экспертизы : междунар. опыт, проблемы, перспективы : сб. науч. трудов I Междунар. форума (7–8 июня 2017 г.) : науч. электрон. изд. М., 2017. С. 349–356.

Московская академия Следственного комитета Российской Федерации

Передерий В. А., *ведущий научный сотрудник НИИ криминалистики, полковник юстиции*

Moscow Academy of the Investigative Committee of the Russian Federation

Peredery V. A., *Leading Researcher of the Institute of Forensic Science, Colonel of Justice*
E-mail: 9151149167@mail.ru

УДК 343

А. А. Хайдаров

НАРУШЕНИЕ УСТАНОВЛЕННОГО ПОРЯДКА ДОПРОСА АДВОКАТА ДОЛЖНО ПРИВОДИТЬ К ПРИЗНАНИЮ ПРОТОКОЛА ЕГО ДОПРОСА НЕДОПУСТИМЫМ ДОКАЗАТЕЛЬСТВОМ

Рассматриваются вопросы признания протокола допроса адвоката обвиняемого недопустимым доказательством в случаях допроса его об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

Ключевые слова: свидетельский иммунитет, адвокат, допрос адвоката, допрос адвоката в качестве свидетеля, порядок допроса адвоката, некачественная защита адвокатом.

VIOLATION OF THE ESTABLISHED PROCEDURE FOR QUESTIONING A LAWYER SHOULD LEAD TO THE RECOGNITION OF THE PROTOCOL OF HIS INTERROGATION INADMISSIBLE EVIDENCE

The article deals with the recognition of the Protocol interrogation lawyer accused inadmissible evidence in cases of questioning him about the circumstances that became known to him in connection with the appeal to him for legal assistance or in connection with its provision.

Key words: witness immunity, lawyer, defense lawyer, defense lawyer as a witness, the procedure of interrogation of the lawyer, poor defence lawyer.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Федеральным законом от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» был дополнен п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ. В настоящее время адвокат подозреваемого, обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием, за исключением случаев, если о допросе в качестве свидетеля ходатайствует он сам с согласия и в интересах подозреваемого, обвиняемого. Ранее в уголовном процессуальном законе отсутствовало указание на исключительные случаи допроса адвоката подозреваемого (обвиняемого).

Конституционный Суд РФ в определении от 6 марта 2003 г. № 108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Г. В. на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» разъяснил, что п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, вместе с тем не исключает его право дать соответствующие показания

© Хайдаров А. А., 2018

в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма не является для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию.

Следователи продолжают совершать ошибки на досудебном производстве: допрашивая адвоката подозреваемых (обвиняемых), они не меняют их статус на свидетеля.

Приведем пример из судебной практики.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что содержащиеся в приговоре ссылки на доказательственное значение показания адвоката С. о ходе проводившихся с ее участием следственных действий не могут быть признаны согласующимися с положениями уголовно-процессуального закона, которые позволяют подозреваемому, обвиняемому использовать любые не запрещенные законом средства защиты своих интересов и не предполагают наделение в рамках производства по единому уголовному делу одного и того же лица статусом как адвоката, так и свидетеля[1].

В указанном случае суд, как нам представляется, принял верное решение. Адвокат С. по делу продолжил осуществлять защиту подсудимого, а это означает, что он не сменил процессуального статуса адвоката на свидетеля.

Если адвокат желает давать показания по уголовному делу своего подзащитного, он должен изложить свое намерение в ходатайстве. Следователь (дознаватель), в свою очередь, должен удостоверить факт согласия подозреваемого с допросом его адвоката в качестве свидетеля в протоколе допроса подозреваемого (обвиняемого). При положительном разрешении ходатайства адвоката следователь (дознаватель) принимает меры к назначению нового адвоката для подозреваемого (обвиняемого).

Однако в следственно-судебной практике не всегда получают согласие от обвиняемого на допрос его адвоката.

Приведем следующий пример из правоприменительной практики.

7 ноября 2011 г. обвиняемый Ч. заключил договор с адвокатом Ф. на оказание юридической помощи при производстве процессуальных действий с его участием. 27 февраля 2012 г. адвокат Ф. был допрошен следователем в качестве свидетеля по настоящему уголовному делу, после чего он получил уведомление следователя о его отводе от участия в деле. Производство допроса адвоката в качестве свидетеля по данному уголовному делу он считает незаконным, поскольку адвокат был допрошен об обстоятельствах оказания юридической помощи другому лицу, не связанных с обстоятельствами данного уголовного дела, допрос его был произведен в нарушение п. 3 ч. 2 ст. 56 УПК РФ, в связи с чем данное доказательство было получено с нарушением закона и является недопустимым[2].

В данной ситуации отсутствуют согласие обвиняемого, и поскольку оно не зафиксировано в материалах уголовного дела, то протокол допроса адвоката обвиняемого следует признать недопустимым доказательством.

---

[1] Апелляционное определение Псковского областного суда от 18 января 2017 г. № 2-1059/2016 22-29/2017 по делу № 22-1059/2016. Доступ из ГАС РФ «Правосудие» (дата обращения: 05.03.2017).

[2] Постановление Фрунзенского районного суда г. Саратова дело №3/10-22/2012 г. Доступ из ГАС РФ «Правосудие» (дата обращения: 05.03.2017).

Казанский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Хайдаров А. А., *кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры прокурорского надзора за исполнением законов в оперативно-розыскной деятельности и участия прокурора в уголовном судопроизводстве*

Kazan Law Institute (Branch) of the Academy of the Prosecutor General's Office of the Russian Federation

Khaidarov A. A., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the of Prosecutorial Supervision Over the Implementation of Laws in the Operational-Search Activities and Participation of the Prosecutor in Criminal Proceedings Department*

E-mail: skywriter_al@mail.ru

УДК 343

А. В. Хмелева

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ДОКАЗЫВАНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С НЕСОВЕРШЕНСТВОМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА

На основе обобщения следственной практики обозначены проблемы доказывания, связанные с несовершенством УПК РФ. Особое внимание уделено использованию специальных знаний судебных экспертов и специалистов при доказывании, даются предложения по совершенствованию законодательства.
К л ю ч е в ы е с л о в а: судебный эксперт, заключение эксперта, специалист, заключение специалиста, проверка сообщения о преступлении, доказывание, доказательство, совершенствование закона.

SELECTED PROBLEMATIC ISSUES OF PROOF RELATED WITH THE IMPERFECTION OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW

In the article, based on the generalization of investigative practice, the problems of proof associated with the imperfection of the CCP RF are indicated. Particular attention is paid to the use of specialized knowledge of forensic experts and specialists in proving, suggestions are given for improving legislation.
K e y w o r d s: forensic expert, expert's opinion, expert's opinion, expert's conclusion, verification of the report on the crime, proving, proof, improvement of the law.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Уже более 15 лет правоохранительные органы работают в условиях действия Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК), принятого в 2001 г. Фактически на протяжении всего этого времени, а точнее – еще до принятия кодекса, многими практическими работниками и учеными-процессуалистами высказывались критические замечания в адрес тех или иных его положений, причем касающиеся как содержания отдельных норм, так и их формулировок.

Беспрецедентное количество уже принятых поправок, изменений, дополнений свидетельствует, с одной стороны, об оперативном учете законодателем высказанных критических замечаний, предложений, его восприимчивости и гибкости, а с другой – поспешность в принятии изменений приводит к тому, что некоторые из них страдают недостаточной продуманностью и полнотой, отсутствием системности.

В Московской академии СК России проведен опрос слушателей – сотрудников ведомства, повышающих свою профессиональную квалификацию, прежде всего следователей, по вопросам о недостатках уголовно-процессуального закона, влияющих на эффективность и единообразие процесса расследования. Обобщение результатов опроса показывает, что вопросы совершенствования уголовно-процессуального законодательства по-прежнему актуальны. Некоторые из них касаются содержания норм, другие – их редакции, которая не обеспечивает единого толкования и применения.

Результататы проведенного исследования показали следующие моменты, на которые обращено внимание слушателей.

© Хмелева А. В., 2018

В ч. 2 ст. 222 УПК говорится, что потерпевший вправе получить копию обвинительного заключения. Но на это не указывается в п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК, специально посвященном процессуальным документам, копии которых может получить потерпевший.

Изменениями в УПК от 29 мая 2002 г. из п. 4 ст. 98 «Меры пресечения» исключено положение, что такая мера, как присмотр за несовершеннолетним, может быть применена в отношении подозреваемого (только – в отношении обвиняемого). Однако в ст. 105 УПК, посвященную этой мере пресечения, изменения не внесены: и в названии статьи, и в тексте говорится о мере пресечения в виде присмотра за несовершеннолетним *подозреваемым* и обвиняемым.

Имеются неясности в понимании и использовании такого доказательства, как заключение специалиста. В соответствии с ч. 3 ст. 74 УПК заключение специалиста – это представленное в письменном виде суждение сведущего лица (специалиста) по поставленным перед ним вопросам. При толковании этого положения закона Пленум Верховного Суда РФ (постановление от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам») отметил, что если для ответа на вопрос требуется проведение исследований, то следователь назначает судебную экспертизу, заключение специалиста составляется, когда в исследованиях нет необходимости. А как быть с заключением, например, специалиста-полиграфолога, в заключении (документе) которого имеется исследовательская часть, и для его составления проводятся исследования. Ничего не говорится в УПК о структуре, форме заключения специалиста.

На практике возникают вопросы: как должен быть допрошен специалист: в качестве такового или свидетеля? Может ли быть допрошен специалист после дачи заключения и его разъяснения (по аналогии с заключением и допросом эксперта) или и в других случаях? На основании какого правового документа должно быть составлено заключение специалиста (в случае производства экспертизы таким юридическим основанием для нее является постановление следователя о назначении экспертизы)? Каким образом следователь должен убедиться в том, что то или иное лицо обладает специальными знаниями и может являться специалистом в процессуальном смысле?

Анализ сложившейся практики и норм УПК позволяет сделать выводы, что по аналогии (допустимой в процессуальном праве) с допросом и показаниями эксперта показания специалиста должны содержаться в протоколе допроса специалиста. Представляется, что законодатель специально не указал (как это сделано в случае с судебным экспертом), что специалист может быть допрошен *после дачи и по поводу данного заключения,* так как в соответствии со ст. 58 УПК его функции шире (не только дача заключения), и он может быть допрошен в связи с осуществлением других полномочий. К тому же если сведущее лицо становится в процессуальном смысле экспертом после вынесения постановления о назначении судебной экспертизы и поручения ее производства, то специалистом в процессуальном смысле сведущее лицо является уже в силу обладания специальными знаниями и навыками независимо от того, поручено ли ему проведение исследований и составление заключения. Вопрос о юридическом основании для дачи заключения специалистом УПК РФ не урегулирован. Вероятно, что в данном случае специалисту может быть направлен запрос (отношение) следователю, с просьбой ответить на вопросы в связи с возникшей необходимостью по уголовному делу. Законом предусмотрена возможность получения и использования заключения специалиста как доказательства до возбуждения уголовного дела, если исследование касается предметов, трупов и документов.

Для подтверждения компетенции лица, к которому следствие обращается как к специалисту, он может быть допрошен с постановкой соответствующих вопросов; в материалы уголовного дела можно поместить копию соответствующих документов (диплома, свидетельства и др.). На это обращается внимание в указанном постановлении Пленума Верховного Суда.

Необходимо более четко законодательно решить вопрос об установлении уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения специалиста (ведь речь идет о доказательстве по своему статусу таком же, как и заключение эксперта). Название ст. 307 УК РФ – «Заведомо ложные показание, заключение эксперта, специалиста и неправильный перевод» предусматривает уголовную ответственность за заведомо ложное заключение специалиста, однако в диспозиции статьи речь идет только о показании специалиста; заключение специалиста в ней не упомянуто в отличие от показания и заключения эксперта. По мнению профессора О. Я. Баева, это логично, так как «в соответствии со ст. 80 УПК заключение специалиста есть его суждение… Очевидно, что за суждения как таковые уголовная ответственность невозможна…»[1]. У нас несколько иная точка зрения по этому поводу. В соответствии со ст. 58 УПК специалист приглашается в том числе для разъяснения сторонам или суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Эти разъяснения в виде письменных суждений он может оформить как заключение специалиста, при этом уголовная ответственность по ст. 307 УК РФ наступает не за ошибочные суждения специалиста, а за заведомо ложные. Эту позицию по рассматриваемому вопросу разделяют и другие авторы[2].

Важное значение имеют ст. 70 и 71 УПК, определяющие основания для отвода эксперта и специалиста, которые в обязательном порядке должны учитываться следователем, чтобы правильное и обоснованное заключение не приняло в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК статус недопустимого доказательства (в случаях выполнения исследования экспертом специалистом при наличии оснований для его отвода).

Решение об отводе эксперта или специалиста принимает следователь при наличии следующих оснований, одинаковых как для судебного эксперта, так и специалиста: 1) при наличии обстоятельств, предусмотренных в ст. 61 УПК (если эксперт или специалист находится в близком или ином родстве с одним из участников производства по делу; 2) если является потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, свидетелем и иным участником производства по делу, отмеченным в п. 2 ч. 1 ст. 61 УПК; 3) если имеются иные обстоятельства, дающие основания полагать, что он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе данного уголовного дела.

Это общие основания для отвода участника уголовного производства, касающиеся и следователя, и дознавателя, и прокурора, и судьи. Но имеются и специфические основания для отвода эксперта и специалиста, предусмотренные ст. 70 и 71 УПК. Они одинаковые для указанных лиц: эксперт и специалист не могут принимать участие в производстве по уголовному делу, если они находились или находятся в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей и если обнаружится их некомпетентность. Предыдущее участие в производстве в качестве специалиста не является основанием для отвода и эксперта, и специалиста. В п. 1 ч. 2 ст. 70 УПК указывается, что предыдущее участие в качестве эксперта

---

[1] *Баев О. Я.* Избранные работы : в 2 т. Воронеж, 2001. Т. 2. С. 213.

[2] См.: *Пашутина О. С.* Актуальные вопросы правовой регламентации участия специалиста при производстве по уголовным делам // Уголовное судопроизводство. 2011. № 1. С. 25.

не является основанием для отвода эксперта. Законодатель здесь допускает неточность, так как в соответствии с законом (ст. 207 УПК), если назначена повторная экспертиза, то она поручается другому эксперту, т. е. выполнение первичной экспертизы является основанием для отвода эксперта по повторной экспертизе.

С проблемой допустимости доказательств связан вопрос об установленном в Федеральном законе от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» особом основании для отвода эксперта – судебного медика или психиатра, которое не содержится в УПК. В ст. 18 закона («Ограничения при организации и производстве судебной экспертизы») помимо ссылки на УПК имеется следующее положение: «… в производстве судебной экспертизы в отношении живого лица не может участвовать врач, который до ее назначения оказывал указанному лицу медицинскую помощь». Представляется, данное правило направлено на обеспечение объективности последующей экспертизы, и с этой точки зрения целесообразно внести соответствующее дополнение в ст. 70 УПК.

Некоторые авторы указывают на необходимость упоминания эксперта и специалиста как субъектов процесса доказывания[3].

В соответствии с ч. 3 ст. 195 и п. 1 ч. 1 ст. 198 УПК подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший и его представитель имеют право знакомиться с постановлением о назначении экспертизы, для того чтобы иметь возможность реализовать свои права, предусмотренные в п. 2–4 ст. 198 УПК (заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении; ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве экспертизы в конкретном экспертном учреждении; ходатайствовать о внесении в постановление о назначении экспертизы дополнительных вопросов эксперту. Однако в законе не уточняется момент, когда следователь должен знакомить указанных лиц с постановлением, что на практике нередко ознакомление с постановлением осуществляется уже после получения готового заключения экспертизы, это не дает возможности подозреваемому, обвиняемому в полной мере использовать предусмотренные законом права.

В соответствии с ч. 2 ст. 198 и ч. 2 ст. 206 УПК свидетель вправе знакомиться с проведенной экспертизой. В связи с недостаточной ясностью этого положения Пленум Верховного Суда РФ в уже упомянутом постановлении уточнил: свидетелю для ознакомления предоставляется только заключение экспертизы, проведенной в отношении его. Представляется, что соответствующее дополнение целесообразно внести и в указанные нормы УПК.

Имеются и другие законодательные несовершенства, в частности в нормах, регулирующих назначение и производство судебных экспертиз. Так, в соответствии с п. 11 ч. 2 ст. 42 УПК потерпевший имеет право знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта. Однако, как уже отмечалось, ст. 198 УПК предусматривает гораздо более широкие конкретизированные права потерпевшего при ознакомлении с указанными документами, о которых ничего не говорится в ст. 42 УПК, – заявлять отвод эксперту, ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных им лиц, ставить дополнительные вопросы, присутствовать при производстве экспертизы и др.

На наш взгляд, недостатком ст. 144 УПК является отсутствие возможности для потерпевшего, пострадавшего (как и других участников проверки) знакомиться с заключением специалиста и его показаниями (речь идет только о такой возможности в отношении заключения эксперта и показаний эксперта).

---

[3] См.: *Белкин А. Р.* УПК РФ : нужны ли перемены? М., 2015. С. 236.

Представляется, что будет уместным отметить определенные трудности, с которыми сталкивается следователь, оказавшись в ситуации, когда в ходе процессуальной проверки сообщения о совершенном преступлении ему необходимо прибегнуть к помощи лиц, обладающих специальными знаниями – экспертов или специалистов. В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК на данной стадии уголовного судопроизводства следователь вправе назначать специалистам исследование лишь определенных объектов – предметов, документов, трупов, а также при необходимости провести исследование пострадавшего (например, для установления его психического состояния и здоровья, особенно в случае возникновения сомнений в достоверности его показаний), свидетеля, лица, заподозренного в совершении преступления, т. е. назначить соответствующую судебную экспертизу. Но здесь выявляются «подводные камни». Во-первых, из сказанного выше следует, что исследование лица с применением полиграфа на этой стадии возможно только в форме психофизиологической экспертизы (заключение специалиста получить невозможно, что часто встречается на практике). Во-вторых, назначить в отношении пострадавшего, заподозренного лица судебно-медицинскую экспертизу для установления возраста пострадавшего, предполагаемого преступника (отчего часто зависит квалификация преступления или сам факт возбуждения уголовного дела), судебно-психологическую, психолого-психиатрическую экспертизу следователь не вправе, так как согласно УПК, Закону «О государственной судебно-экспертной деятельности» такие экспертизы назначаются только в отношении определенных участников уголовного судопроизводства – потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого, а на рассматриваемой стадии уголовного процесса (до возбуждения уголовного дела) их еще нет. В соответствии с изменениями, внесенными в ч. 1 ст. 202 УПК в 2013 г., до возбуждения уголовного дела следователь вправе у физических лиц получить образцы для сравнительного исследования в случаях, если возникла необходимость проверить, оставлены ли ими следы в определенном месте. Это может быть установлено путем назначения, например, дактилоскопической экспертизы.

Хотелось бы призвать законодателя к более точным формулировкам норм с тем, чтобы лица, занимающиеся их толкованием и применением, могли это делать единообразно, т. е. отмечаются недостатки юридической техники. Например, в ч. 5 ст. 56 УПК «Свидетель» говорится: «Свидетель не может быть принудительно подвергнут судебной экспертизе или освидетельствованию, за исключением случаев, предусмотренных частью первой статьи 179 настоящего Кодекса». Следует согласиться, что такая формулировка нормы может означать, что это исключение относится как к проведению экспертизы, так и освидетельствованию. Однако многочисленные комментарии УПК и сложившаяся следственная и судебная практика и системный анализ указанных статей, а также ст. 195 УПК свидетельствуют, что словосочетание «за исключением…» в данной статье относится только к освидетельствованию.

Московская академия СК России

Хмелева А. В., *кандидат юридических наук,*
директор НИИ криминалистики

Moscow Academy of the SK of Russia
Khmeleva A. V., *Candidate of Legal Sciences,*
Director of the Institute of Forensic Science
E-mail: khmeleva.alla@mail.ru

УДК 340.12(075)

Б. А. Осипян

РОЛЬ ПРАВОСОЗНАНИЯ И СОВЕСТИ РОССИЙСКИХ СУДЕЙ ПРИ ВЫЯВЛЕНИИ ИСТИННОЙ И ПОЛНОЙ КАРТИНЫ РАССМАТРИВАЕМЫХ ДЕЛ И ВЫНЕСЕНИИ ПРАВОМЕРНЫХ И ЦЕЛЕСООБРАЗНЫХ РЕШЕНИЙ И ПРИГОВОРОВ

Посредством верного определения понятий «сознание», «правосознание», «добрая совесть», «надлежащее судопроизводство и правосудие» автор выявляет необходимые личные и профессиональные качества настоящих российских судей, а также предлагает целостную систему теоретических, концептуальных, законодательных, организационных и практических мер для существенного улучшения и повышения уровня российского судопроизводства и правосудия.

К л ю ч е в ы е с л о в а: сознание, правосознание, совесть, надлежащее судопроизводство и правосудие.

ROLE OF SENSE OF JUSTICE AND CONSCIENCE OF THE RUSSIAN JUDGES AT IDENTIFICATION OF A TRUE AND FULL PICTURE OF THE CONSIDERED CASES AND PRONOUNCEMENT OF LAWFUL AND EXPEDIENT DECISIONS AND SENTENCES

The author, by means of the true definition of the notions of «conscience», «legal consciousness», «sense of justice», «appropriate court trial and justice» reveals necessary personal and professional qualities of the proper Russian judges, as well as offers the whole system of theoretical, conceptual, legislative, organizational and practical measures for substantial improvement and enhancing of the level of the Russian legal procedure and justice.

K e y w o r d s: conscience, legal consciousness, sense of justice, appropriate legal procedure and justice.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Надлежащее и истинное сознание (*conscience*) и совесть (*conscientiam*, *consciousness*) каждого богообразно созданного и разумного человека суть не что иное, как благая весть (со-весть) и истинное знание (со-знание) с Богом-Творцом, сообщение и знание из «первых рук», по откровению свыше, не от самих грешных и несовершенных людей, а непосредственно от Самого Бога посредством врожденного, запечатленного в душе человека «инстинкта», т. е. вложенной в каждого человека Богом-Создателем с момента его зачатия и рождения системы или программы истинных сообщений и знаний, из которого потом составляется изначальная и точная наука о всех вещах и явлениях жизни каждого человека и всего совершенного и нерукотворного мироздания. Понятия права и закона, которые врожденно вписаны во внутренней памяти, душе и совести каждого человека и непосредственно действуют в его повседневном образе жизни. В этом смысле и свете сознание надлежащей идеи права и правомерного закона (правосознание) и добрая действующая совесть настоящего судьи представляют собой как бы входную дверь самой истины, на которой зиждилось и для которого свершалось всякое надлежащее правосудие.

© Осипян Б. А., 2018

С самых древних времен судопроизводство и правосудие всегда совершалось и ныне может совершиться только на основании верного правосознания, чистой и доброй совести, разума и положительного жизненного опыта судей и других участников судебного процесса. Иными словами, сознательный, добросовестный и добропорядочный судья для вынесения справедливого и благотворного решения или приговора всегда должен милостиво представить себя на месте потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого и подсудимого, как бы временно во время всего судопроизводства мысленно побыть на их месте, любовно сострадать всем им, понять их и делать по своему богоданному и врожденному сознанию и незапятнанной совести то, что, несомненно, хорошо послужило бы для конечного блага каждого человека и общественной пользы.

Для надлежащего судопроизводства всем сторонам и участникам судебного процесса (прокурорам, адвокатам и судьям) необходимо вначале публично и торжественно принести присягу о том, что каждый из них будет исполнять свое профессиональное предназначение сознательно, добросовестно и правосудно. Представляется, что все это внесло бы в судебный процесс необходимую духовно-правовую тональность и соответствующий ритм, равно как и оказало бы благотворное воздействие не только на наблюдающих за судебным процессом простых граждан, но и на правомерное и целесообразное разрешение участниками судебного процесса каждого рассматриваемого ими спора или дела. И это то, чего сегодня недостает в российском правосознании, законодательстве и практике гражданского и уголовного судопроизводства.

Даже в наше время, время существенной утраты любви и веры, духовно-правовых корней государства, закона и суда, в процессе любого надлежащего и правомерного гражданского или уголовного судопроизводства в какой-то мере по традиции применяются не только юридические нормы, закрепленные в ГПК РФ, УПК РФ и других законодательных актах, но и духовно-нравственные принципы и правовые нормы, которые проистекают из личных соображений и представлений участников уголовного судопроизводства и, в особенности, судей о добре и зле, справедливости, совести, человеческом достоинстве и чести, гражданском долге, профессиональном развитии[1] и этике судей и т. д. Вся система правомерных концептуальных идей, принципов и норм российского гражданского и уголовного процесса, важнейшие из которых происходят из определенных духовно-нравственных и правоохраняемых ценностей, целеположенных правовых аксиом, постулатов и императивов, запрещают выполнение действий или принятия судебных решений, которые могли бы противоправно отрицать или произвольно попирать и унизить богоданное и потому абсолютное достоинство простого человека и законные права участников гражданского или уголовного судопроизводства.

Предположительно исходя из определенных духовно-нравственных корней, ст. 17 УПК РФ устанавливает, что судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают собранные и представленные в ходе уголовного судопроизводства доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и своей совестью. В этой статье не уточняется ни понятие «совесть», ни то, кому она принадлежит, поскольку тогда, когда закон является орудием общего руководства, совесть всегда бывает и остается только

[1] См.: *Карнозова Л. М*. Гуманитарные начала в деятельности судьи в уголовном процессе. М., 2004. С. 3.

личной. Под словом «совесть» обычно понимается некое верное и должное «внутреннее убеждение» судьи, адвоката, прокурора, следователя или дознавателя, что, к сожалению, не делает понятие «совесть» более определенным и действующим[2].

Более того, поскольку понятие совести имеет духовно-нравственное основание и поэтому изначально имеет метаправовой или надзаконный характер, в ст. 17 УПК РФ понятие «совесть» следует ставить перед понятием «закон», которыми должны руководствоваться не только российские судьи, прокуроры, дознаватели и следователи, но также адвокаты, защищающие права и законные интересы потерпевших, обвиняемых и подсудимых. Следовательно, в ст. 17 УПК РФ необходимо внести дополнительное законодательное уточнение в виде понятий «надлежащее правосознание» и «добрая совесть», или «добросовестность». Указанные законодательные дополнения касаются не только правомерной деятельности российских судей, но и всех тех лиц, которые по своей государственной должности предназначены поддерживать точное исполнение и строго соблюдать все правомерные и целесообразные требования постоянно развивающегося и совершенствующегося российского законодательства.

Понятия «надлежащего правосознания», «доброй совести», полной личной «беспристрастности и независимости», «ответственности» и административной «независимости судей», «свободы оценки доказательств», «внутреннего убеждения» судей необходимо ввести также и в ст. 5 УПК РФ. Причем понятия «надлежащего правосознания» и «доброй совести» необходимо внести в Основной закон России, в частности в содержание ст. 120, поскольку именно благодаря руководству своей личной совести российские судьи и иные участники и производители дознания, предварительного следствия и правосудия (полицейские дознаватели, следователи, прокуроры, адвокаты) могут стать действительно независимыми от противоправного или неправомерного чужого мнения и правильно воспринимать и оценивать положения Конституции РФ и законов.

В контексте сказанного в ст. 17 УПК РФ следовало бы также внести отражающее содержание обновленной ст. 120 Конституции РФ законодательное дополнение о полной беспристрастности и административной независимости российских судей и подчинению их только надлежащей идее права, правомерного закона и своей доброй совести для вынесения обоснованных и законных судебных решений и приговоров. В частности, в высоком правосознании российских правоохранителей и судей должна всегда и во всех случаях быть поставлена высшая и общеобязательная цель постоянного стремления, всемерного выявления и установления объективной истины по рассматриваемым ими гражданским и уголовным делам, в частности, достижения главной цели выявления истинной и полной картины случившегося спора, правонарушения или преступления, конкретных обстоятельств предполагаемых или совершенных преступлений и всех относимых, допустимых и достаточных фактов и доказательств по рассматриваемым ими делам, на основании которых только могут и должны быть вынесены обоснованные, справедливые и законные судебные решения, постановления или приговоры.

В этом свете и контексте под надлежащим и высоким правосознанием и доброй совестью российского судьи, который призван осуществлять гражданское

[2] См.: *Осипян Б. А*. Правовое значение действия доброй совести человека // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2016. № 2. С. 10–18.

или уголовное судопроизводство, следует понимать совокупность духовно-правовых и мировоззренческих взглядов отечественных судей на действие надлежащей и непреходящей идеи права, правомерного закона и положительной правоприменительной практики, массовое или групповое сознание идеи права всем профессиональным сословием российских судей, их восприятие и претворение тех высоких и долговременно устоявшихся в нормальной общественной жизни полезных правовых ценностей, целей, принципов, которые необходимы и достаточны для верного, надежного и полезного осуществления гражданского и уголовного судопроизводства и правомерного государственного строительства, утверждения правосудия и поддержания устойчивого общественного правопорядка.

Нетрудно заметить, что в Преамбуле Конституции РФ 1993 г. устанавливается и закрепляется понятие «веры в добро и справедливость». В этом смысле вполне очевидно и понятно то, что понятия «право», «суд», «справедливость», «правосудие» и даже «государство» имеют одни и те же духовно-нравственные корни – «прав» и «суд». Следовательно, эти однокоренные слова и понятия как сущностно, так и содержательно немыслимы и нереализуемы друг без друга. От понятий «справедливый», «правосудный» и «правомерный» производен термин «обоснованный» и «законный» (судебный приговор).

Для того чтобы в какой-то мере законно определить общий фон и главные направления российского уголовного судопроизводства, необходимо в главу 2 «Принципы уголовного судопроизводства» УПК РФ внести важное законодательное дополнение о принципе вынесения обоснованного и законного судебного решения и приговора на основе предполагаемой добросовестности и достаточно высокого правосознания российского судьи. В частности, в ст. 17 УПК РФ необходимо вместо неопределенного словосочетания «внутреннее убеждение судьи» внести законодательное определение понятия «надлежащего (т. е. лежащего над земными суевериями и пристрастиями судьи) правосознания» и «доброй (т. е. еще не запятнанной и порочной, неподкупной и бесстрашной) совести» российского судьи, а также высшей цели всемерного поиска и установления истины по рассматриваемым судьями делам, т. е. цели инициативного и ответственного выявления, по возможности, всех истинных фактов и обстоятельств возникшего спора или совершенного правонарушения или преступления для постоянного поддержания общественного правопорядка.

О «судейской совести» и присяге в России было известно с давних времен. К примеру, известный российский юрист дореволюционной эпохи А. Ф. Кони рассматривал «судейскую совесть» как «силу, поддерживающую судью и вносящую особый, возвышенный смысл в творимое им дело»[3]. В ст. 8 действующего Закона «О статусе судей в Российской Федерации» в форме должностной присяги и клятвы содержится обязанность российских судей честно и добросовестно осуществлять правосудие, подчиняясь только закону, долгу и личной совести[4]. По верному мнению судьи М. А. Амаровой, «совесть выступает важнейшим выражением нравственного самосознания личности, она связывает воедино разум и эмоции, поскольку проявляется и в форме рационального осознания совершаемых дей-

[3] *Кони А. Ф.* Нравственные начала в уголовном процессе. Общие черты судебной этики // Избранные труды и речи. Тула, 2000. С. 90.

[4] О статусе судей в Российской Федерации : закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ствий с позиций нравственности и в форме эмоциональных переживаний… Совесть является важнейшим регулятором поведения человека в обществе, поэтому и выступает как один из инструментов оценки преступных деяний»[5]. В связи с этим выдвигаются разные мнения о необходимости предварительной проверки будущих российских судей на предмет наличия у них доброй совести с использованием полиграфа или детектора лжи[6]. Многими российскими учеными-юристами предполагается, что только при наличии у каждого судьи доброй совести возможен нравственный самоконтроль при вынесении всякого судебного решения и приговора[7].

Надлежащее или высокое правосознание и добрая совесть российских судей в гражданском и уголовном судопроизводстве являются основными столпами и условиями (гарантами) для утверждения российского правосудия, в частности для вынесения обоснованного, справедливого и законного приговора, поскольку бессовестный, несознательный, юридически не совсем образованный, недостойный, подневольный и зависимый от произвольного мнения чужих людей, корыстный, «купленный», постоянно оглядывающийся по сторонам и боящийся собственной тени трусливый судья никак не способен и потому нисколько не может иметь искреннего желания объективно, всесторонне, самостоятельно и ответственно рассматривать гражданские или уголовные дела, а также выносить справедливые решения и приговоры, основанные на выявленных и правильно оцененных истинных фактах и обстоятельствах того или иного гражданского или уголовного дела.

Вовсе не случайно то, что в ст. 332 УПК РФ присяжные заседатели обязываются принести соответствующую присягу о добросовестном, честном и беспристрастном исполнении возложенных на них обязанностей и рассматривать уголовное дело «по своему внутреннему убеждению и совести…». Очевидно, что перед рассмотрением каждого уголовного дела такое требование публичной и торжественной присяги о добросовестном и беспристрастном разрешении уголовного дела должно быть предъявлено каждому российскому судье, которому поручено рассмотрение того или иного конкретного уголовного дела. В связи с этим в УПК РФ необходимо внести соответствующее законодательное дополнение, предусматривающее предварительную осознанную присягу всех мировых и федеральных российских судей.

Примерный текст предполагаемой торжественной присяги российских судей и присяжных заседателей в указанной ст. 332 УПК РФ может звучать следующим образом: «Приступая к исполнению ответственных обязанностей российского судьи или присяжного заседателя, публично и торжественно присягаю добросовестно, беспристрастно, неподкупно и бесстрашно исполнять все требования надлежащей идеи права и правомерного государственного закона, принимать во внимание все собранные, представленные сторонами судопроизводства и рассмотренные в суде необходимые, допустимые и достаточные предметы, документы и иные доказательства, как уличающие подсудимого, так и оправдывающие его, разрешать каждое уголовное дело по своему личному правосознанию,

---

[5] *Амарова М. А*. То, что называется «судейской совестью» // Ваше право. 2014. № 7. С. 60–61.

[6] См.: *Дикарёв И. С.* Значение совести при оценке доказательств присяжными заседателями // Законность. 2007. № 11. С. 22.

[7] См.: *Белохоротов И. И*. Оценка доказательств судом первой инстанции по уголовному делу : дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2011. С. 148.

личному внутреннему убеждению и жизненному опыту, не оправдывая виновного и не осуждая невиновного, как это подобает каждому достойному человеку, свободному и ответственному гражданину, любящему и верящему в надлежащую идею права, правомерного закона, государства, правосудия и общественного правопорядка». Такие сильные слова, произнесенные публично и в торжественной обстановке, как нам представляется, не могут оставаться бездейственными и бесполезными для каждого разумного человека, какими предполагаются быть российские судьи.

В свете этого под российским уголовным судопроизводством или правосудием подразумевается не что иное, как правомерная, законная и справедливая деятельность судей и судебных органов, сознательное, добросовестное, объективное, беспристрастное, неподкупное и бесстрашное, всестороннее, глубокое рассмотрение, основанное на истине и законе, справедливое разрешение каждого гражданского или уголовного дела. Следовательно, без надлежащего правосознания, доброй совести и чувства справедливости российские судьи, рассматривающие конкретные гражданские или уголовные дела, надлежащее судопроизводство и правосудие нисколько не мыслимы и потому не осуществимы. Иными словами, безбожный, бессовестный, невежественный, юридически не сознательный, не вполне образованный, своекорыстный, пристрастный и трусливый судья не может надлежащим образом рассматривать гражданские или уголовные дела и выносить по ним основанные на истине и законе правомерные, справедливые, правосудные решения или приговоры.

В этом свете правомерное, основанное на истине и законе, справедливое судебное решение или приговор представляет собой в высшей степени правильное, соответствующее объективным законам устойчивого существования и поступательного развития каждого духовно просвещенного и цивилизованного народа и человеческого общества государственно установленное верное решение, посредством которого претворяются общее и конечное благо человеческой личности и многоразличные полезные интересы людей во всех традиционных религиозных, нравственных, исторических, национальных, языковых, этических, эстетических и иных измерениях как в своей целевой сущности, так и в своем смысловом содержании, законодательной и судебно-исполнительной форме. Статья 297 УПК РФ предусматривает также важный принцип законности, обоснованности и справедливости каждого вынесенного судебного решения и приговора.

С точки зрения надлежащего судопроизводства в полном перечне российских уголовно-процессуальных принципов, установленных в главе 2 УПК РФ, на наш взгляд, отсутствует необходимый и весьма важный принцип процессуального равноправия сторон уголовного судопроизводства, который установлен в ст. 123 Конституции РФ. Между тем без полномерного действия принципа процессуального равенства прав сторон судопроизводства само действие принципа добросовестной состязательности сторон уголовного судопроизводства практически невозможно, а без действия принципа добросовестной состязательности сторон судопроизводства их равные процессуальные права просто нереальны, бесполезны и бессмысленны. Однако принцип добросовестной состязательности сторон в уголовном судопроизводстве предусмотрен как важнейший уголовно-процессуальный принцип в ст. 15 УПК РФ, тогда как принцип равенства процессуальных прав сторон уголовного судопроизводства установлен не в главе 2 УПК «Принципы уголовного судопроизводства», а лишь в обычной ст. 244 УПК РФ, что представля-

ется не совсем уместным по причине исключительной судебно-правовой важности этого принципа для российского правосудия.

В практике российского уголовного судопроизводства подчас бывают случаи, когда стороны пытаются недобросовестно и нечестно исказить действие принципа добросовестной состязательности сторон судопроизводства посредством совершения действий, которые могут ввести дознавателей, следователей, прокуроров и судей в недоразумение, обман и заблуждение, нередко отказ от осуществления правосудия. Для пресечения подобных действий состязающихся сторон и участников уголовного процесса в соответствии со ст. 47, 49 и 56 УПК РФ обвиняемый и его защитник, а также свидетели обвинения или защиты и другие участники судебного процесса должны нести правовую ответственность за недобросовестное и предумышленное введение дознавателей, следователей, прокуроров и суд в заблуждение своими показаниями или иными действиями. Такую же ответственность согласно ст. 57, 58 и 59 УПК РФ должны нести эксперты, специалисты и переводчики за точность сделанного ими заключения или перевода.

Российские судьи при действии таких краеугольных и соподчиненных принципов судопроизводства, как процессуальное равноправие и добросовестная состязательность противоположных сторон судопроизводства, обязаны стать предприимчивыми (инициативными и активными) соучастниками выявления и утверждения истины, правды и справедливости, чтобы вольно или невольно не стать высокопоставленными поборниками и распространителями обмана, лжи, произвола, несправедливости и беззакония. Представляется, что в этом должны заключаться пристрастные к истине и всенародному благу предназначение и ведущая роль российских судов в должном осуществлении и надежном утверждении гражданского и уголовного судопроизводства и правосудия.

Сознательная, добросовестная, ведущая и заинтересованная в выявлении истины по уголовному делу позиция суда должна, в частности, проявляться также и в процессе разрешения вопросов, которые связаны с исключением доказательств из представленных равными и состязающимися сторонами уголовного судопроизводства доказательств. В этом аспекте, как представляется, на основании ч. 4 ст. 88 УПК РФ суд имеет не только право, но и соответствующую обязанность по собственному почину или инициативе признать любое полученное ими незаконным способом доказательство противозаконным и непригодным для вынесения того или иного судебного решения или приговора. Такое важное и исключительное право суда проистекает из его высшего предназначения, которое состоит в добросовестном и объективном выявлении всех истинных обстоятельств рассматриваемого уголовного дела и наказания виновных лиц в целях восстановления нарушенного преступниками права пострадавших от преступления лиц и поддержания устойчивого социального правопорядка.

Таким образом, принцип установления полной и истинной картины по уголовному делу соотносится с принципами процессуального равенства и добросовестной состязательности сторон уголовного судопроизводства как цель и средство, при которых основной и конечной целью уголовного правосудия является, по возможности, всестороннее, полное и объективное исследование судом достаточной полноты и совокупности истинных фактов и доказательств, на которых должен быть основан справедливый и закон, и приговор суда, а средством является создание судом условий для добросовестной состязательности процессуально равных сторон – обвинения и защиты, – с целью уверенного, достоверного,

достаточно доказанного и безошибочного постановления обвинительного или оправдательного приговора, своевременного наказания виновных и оправдания невинных лиц.

По верному замечанию известного российского юриста-процессуалиста А. Я. Сухарева, в действующем УПК РФ содержатся серьезные недостатки: «Не совсем логично воспринимается статус самого суда, его председательствующего в установлении истины по делу как ведущей цели правосудия. Почему-то это стержневое целеполагание изъято из процессуального оборота…»[8]. По мнению Ю. В. Кореневского[9], речь, конечно, идет о необходимости предприимчивого выявления судом конкретных истинных обстоятельствах по рассматриваемым делам. Представляется, что российский суд однозначно вправе и потому обязан заинтересованно, добросовестно, но без пристрастия к позиции той или иной стороны уголовного процесса устанавливать, в том числе и по своей инициативе, реальные факты (истину), характеризирующие событие расследуемого преступного деяния, с целью установления вины и наказания его участников и восстановления нарушенного права. Вовсе не случайно то, что некоторые известные российские ученые-процессуалисты выступают за восстановление в действующем УПК РФ требований к рассматривающему уголовное дело суду, которые были установлены в ст. 2, 3, 20 и 243 УПК РФ с целью всестороннего, полного и объективного раскрытия истинных обстоятельств расследуемого преступления и свершения надлежащего правосудия.

Главными задачами необходимой судебной реформы в России являются осуществление и утверждение независимой, беспристрастной, правомерной и справедливой судебной власти как самостоятельной ветви власти, независимой от законодательной и исполнительной ветвей единой государственной власти, надежная защита конституционных прав и свобод личности в судопроизводстве посредством повышения достоверности и доступности незасекреченной и своевременной информации о деятельности органов полицейского дознания, предварительного следствия, прокуратуры, адвокатуры и суда.

В Конституции РФ, законе о Конституционном Суде РФ и в действующих ГПК РФ и УПК РФ, к сожалению, отсутствует принцип добросовестности и беспристрастности российских судей при рассмотрении и разрешении разноотраслевых дел. Следовательно, наряду с принципом независимости судей во всех соответствующих законах России необходимо также дополнительно закрепить принцип добросовестности и беспристрастности судей, без которого действие принципа независимости судей и других принципов, закрепленных в ст. 6–19 УПК РФ, будет неполным и недостаточным для выполнения российскими судами своего высокого общественно-правового и государственного предназначения.

Представляется, что для полномерного претворения краеугольного конституционного и уголовно-процессуального принципа сознательного, добросовестного, всестороннего и беспристрастного рассмотрения и выявления истинных обстоятельств по уголовному делу в главу 2 УПК РФ необходимо внести наряду с принципом ответственной свободы оценки доказательств дополнительный принцип свободы для всех сторон уголовного судопроизводства сбора и закрепления доказательств всеми не запрещенными законом способами и средствами. Россий-

---

[8] *Сухарев А. Я.* Предисловие к Комментарию УПК РФ. М., 2002. С. 11.

[9] *Кореневский Ю. В.* Вопрос об истине – вопрос практический //Доказывание в уголовном процессе. Традиции и современность. М., 2000. С. 143–147.

ские суды как основная, ведущая, руководящая и направляющая правоохранительная и правоприменительная сила государства и общества должны быть вправе не ставить себя на один уровень со состязающимися сторонами судопроизводства (сторонами государственного или прокурорского обвинения и адвокатской защиты), поэтому обязаны быть ответственными и активными субъектами выявления истинных обстоятельств по уголовному делу, а не идти пассивно на поводу более профессионально подготовленной стороны уголовного процесса – настойчивого прокурора или изворотливого и красноречивого адвоката.

Для более широкого и глубокого осознания высокой социально-политической важности гражданского и уголовного судопроизводства и вынесения основанных на истинных обстоятельствах уголовного дела справедливых, обоснованных и законных судебных определений, постановлений и приговоров в первую очередь необходимо концептуально, законодательно и практически выработать систему надлежащих законодательных и организационных критериев для более тщательного, неспешного, правильного духовно-нравственного профессионального подбора достойных кандидатур и назначения их на государственные должности российских судей разных инстанций.

В этих же целях весьма правомерно и целесообразно было бы также применять к не совсем сознательным, добросовестным, пристрастным и безответственным судьям и другим участникам российского уголовного судопроизводства необходимые и строгие меры по своевременному привлечению их к соответствующей юридической ответственности, соразмерному взысканию и наказанию в тех случаях, когда они вопреки требованиям элементарных этических норм поведения (проявление духовной и нравственной дикости, привычного бытового хамства, явного бескультурья, неприкрытой грубости, неуважительного отношения к достоинству человека, невежливого отношения к самим участникам уголовного судопроизводства) пытаются произвольно руководить судебным процессом и на основе своего духовно-нравственного и профессионального невежества, чувства предвзятости и предрассудков (корысти, зависти, ненависти, неприязни, вражды, своекорыстия, купленной и опороченной совести, страха потерять свою должность или чрезмерное желание ускорить свой карьерный рост), также безнаказанно вынести то или иное противоправное и несправедливое судебное решение или приговор. В этом смысле огромное значение имеет не только и не столько совершенное состояние и своевременное действие российского законодательства, сколько общая духовно-нравственная и правоидеологическая установка и профессиональная атмосфера, которая преобладает во всем российском правоохранительном и судейском сообществе.

Представляется также, что было бы вполне правомерным и целесообразным перед рассмотрением гражданских и уголовных дел приводить к публичной и торжественной присяге всех федеральных и мировых российских судей и присяжных заседателей. Ведь, как известно, многовековая история правосознания и правосудия в России знает немало случаев и хороших примеров, когда российские судьи разных инстанций по закону обязаны были перед началом рассмотрения того или иного гражданского или уголовного дела лично присягать в своей богоданной и необходимой для свершения правосудия добросовестности, беспристрастности, свободе от какой-либо административной подневольности или иной личной приверженности или зависимости от противоправного мнения разного рода властных, авторитетных, богатых или своекорыстно заинтересованных людей, а

также постоянно стремиться к повышению своей профессиональной способности и приобретению навыков выносить основанные на истине и правильной логике, понятии правомерности и правомерном законе справедливые судебные решения и приговоры в целях утверждения правосудия и укрепления основ надлежащего общественного правопорядка.

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

Осипян Б. А., *кандидат юридических наук, доцент*

Institute of Legislation and Comparative Law Under the Government of the Russian Federation

Osipian B. A., *Candidate of Legal Sciences, Associate Professor*
E-mail: artos5@mail.ru
Tel.: 8-985-333-73-79

УДК 343.13

В. С. Синельникова

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПРИ ПРЕКРАЩЕНИИ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ ПО НЕРЕАБИЛИТИРУЮЩИМ ОСНОВАНИЯМ СУДОМ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

Рассматривается реализация принципа свободы оценки доказательств в действующем УПК РФ. Анализируется каждый элемент данного принципа применительно к такому субъекту доказывания, как суд; делается вывод об особенностях оценки доказательств при прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям судом первой инстанции.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовное судопроизводство, прекращение уголовного преследования, свободная оценка доказательств, доказывание.

REALIZATION OF THE PRINCIPLE OF FREE EVALUATION OF EVIDENCE IN TERMINATES CRIMINAL PROCEEDINGS ON NON-EXCULPATORY GROUNDS BY THE FIRST INSTANCE COURT

In the article consider a realization of the principle of free evaluation of evidence according to the Criminal Procedure of the Russian Federation. It analyses each element of this principle in relation to subject of proof as such a court, concludes about specificities evaluation of evidence in terminates criminal proceedings on non-exculpatory grounds by the first instance court.

K e y w o r d s: criminal procedure, termination of criminal proceedings, free evaluation of evidence, proof.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Свобода оценки доказательств является одним из основополагающих принципов действующего УПК РФ и проявлением состязательной модели уголовного процесса.

Согласно ст. 17 УПК РФ, закрепляющей данный принцип, 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, а также никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

Было бы неправильно рассматривать вопрос о реализации принципа свободы оценки доказательств при прекращении уголовного преследования судом первой инстанции, не разрешив вопроса о его участии в доказательственной деятельности.

Доказывание – осуществляемая в установленном порядке деятельность уполномоченных субъектов по установлению конкретных фактов объективной действительности, имеющих значение для разрешения уголовного дела, и содержательно включающее в себя собирание, проверку и оценку доказательств. Некоторые ученые полагают, что роль суда в процессе доказывания должна сводиться лишь к проверке и оценке доказательств. Так, в обоснование данной позиции Н. С. Истомина указала, что главное в доказательственной деятельности суда состоит в том,

© Синельникова В. С., 2018

чтобы эта деятельность не нарушала баланса условий состязательности, не была направлена на создание доказательственной базы стороны обвинения или защиты и укрепления их позиций[1].

Сторонники пассивности суда в процессе доказывания акцентируют внимание и на том, что активная роль суда в процессе доказывания нарушает принцип состязательности сторон, противоречит пониманию и принципам отправления правосудия[2].

Своеобразным видится мнение А. В. Авилова, который считает суд субъектом обязанности доказывания исходя из его компетенции, регламентированной правовыми предписаниями УПК РФ общего характера[3].

Противоположной точки зрения придерживаются А. А. Власов, И. Н. Лукьянова и С. В. Некрасов, ссылаясь на то, что суд является субъектом доказывания, поскольку несет ответственность за доказывание, так как решение суда по уголовному делу может быть обжаловано и отменено[4]. Такого же мнения придерживается и Т. И. Андрющенко, поскольку во время судебного заседания ведется протокол, который выступает в качестве самостоятельного доказательства по уголовному делу[5]. Сторонником активности суда в процессе доказывания выступает и Конституционный Суд РФ, который указал, что осуществление судом в публичном по своему характеру уголовном процессе функции правосудия предполагает законодательное наделение его правом проверять и оценивать с точки зрения относимости, допустимости и достоверности, представленные сторонами обвинения и защиты доказательства как путем установления их источников и сопоставления с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле либо представляемыми сторонами в судебном заседании, так и путем получения и исследования в рамках обвинения, предъявленного подсудимому, других доказательств, подтверждающих или опровергающих доказательство, проверяемое судом[6].

Можно сделать вывод, что суд, не выступая на стороне обвинения или защиты, создает необходимые условия для реализации их процессуальных прав, в том числе и при прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям как в ходе предварительного слушания, так и в самом судебном разбирательстве и является субъектом доказывания, реализуя тем самым свободу в осуществлении правосудия по уголовным делам.

Обстоятельства, устанавливаемые при разрешении вопроса о прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям, в соответствии

---

[1] См.: *Истомина Н. С.* О роли суда в доказывании // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 2. С. 202.

[2] См.: *Белкин А. Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2007. С. 26 ; *Лазарева В. А.* Состязательность и доказывание в уголовном процессе // Уголовное право. 2007. № 3. С. 100.

[3] См.: *Авилов А. В.* Особое процессуальное положение и компетенция суда как субъекта обязанности доказывания // Теория и практика общественного развития. 2010. № 3. С. 178.

[4] См.: *Власов А. А., Лукьянова И. Н., Некрасов С. В.* Особенности доказывания в судопроизводстве : науч.-практ. пособие. М., 2004. С. 19.

[5] См.: *Андрющенко Т. И.* Суд как субъект доказывания в уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2012.

[6] Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Веккера Сергея Вадимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 86, 87, 235, 252, 253, 283 и 307 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2003 г. № 451-О. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_46550/ (дата обращения: 01.03.2018).

со ст. 73 УПК РФ входят в перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. К таковым, например, относятся деятельное раскаяние, примирение с потерпевшим, истечение сроков давности.

Однако не всегда органы предварительного расследования подходят качественно к установлению предмета доказывания, ввиду чего, вероятно, законодатель посчитал нужным наделить суд эффективным механизмом устранения пробелов предварительного расследования – правом на собирание доказательств по уголовному делу и своеобразной ответной реакцией на пробелы расследования в виде частных постановлений в их адреса.

Условно полномочия по доказательственной деятельности суда можно обобщить исходя из главы 37 УПК РФ. В связи с этим И. Б. Михайловская предложила классификацию полномочий суда по критерию инициативы участников процесса.

К первой группе она относит процессуальные действия, которые могут производиться как по ходатайству сторон, так и по инициативе суда. К ним относятся такие действия, как оглашение показаний свидетеля и потерпевшего, в случаях, когда их явка в суд оказывается невозможной (ч. 2 ст. 281 УПК РФ); назначение судебной экспертизы (ч. 1 ст. 238 УПК РФ); вызов для допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования (ч. 1 ст. 282 УПК РФ); оглашение протоколов следственных действий и иных документов (ст. 285 УПК РФ); приобщение к материалам уголовного дела документов (ст. 286 УПК РФ). Вторую группу, по ее мнению, составляют процессуальные действия, которые могут производиться только по ходатайству сторон: допрос свидетелей (ст. 278 УПК РФ) и осмотр вещественных доказательств (ст. 284 УПК РФ). Третью группу составляют те процессуальные действия, относительно которых закон не содержит прямых указаний об их инициаторе, к которым относится осмотр местности и помещения, следственный эксперимент, предъявление для опознания и освидетельствование[7].

Оценка относимости, допустимости, достоверности доказательств производится судом как в ходе их собирания, так и перед принятием процессуальных решений в виде постановления о прекращении уголовного преследования.

Оценка с точки зрения относимости предполагает, что доказательство служит средством установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и подразумевает сопоставление доказательств с исследуемыми обстоятельствами конкретного уголовного дела.

На стадии предварительного расследования и судебного разбирательства оценка относимости доказательства различается и впоследствии детерминируется пределами судебного разбирательства, которое напрямую зависит от объема предъявленного обвинения.

Оценка с точки зрения допустимости отражает такое свойство доказательства, как получение в установленной законом процессуальной форме, создающей детально урегулированный и строго обязательный правовой режим получения доказательств.

Под достоверностью понимается адекватность отражения обстоятельств, входящих в предмет доказывания, объективной реальности.

Оценка достаточности доказательств в совокупности при прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям как процесс имеет две стороны – познавательную и удостоверяющую, и включает в себя:

---

[7] См.: *Михайловская И. Б.* Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М., 2008. С. 58–59.

1) при необходимости восполнение доказательств, как правило, относящихся к данным о личности, для принятия обоснованного решения о прекращении уголовного преследования;

2) активную проверочную деятельность, выражающуюся в исследовании и оценке собранных по делу доказательств;

3) формулирование вывода о прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям.

Как мыслительная деятельность оценка доказательств неразрывно связана и с внутренним убеждением судьи, которое применительно к уголовному процессу является юридическим, а не морально-этическим понятием, поэтому она является свободной. Компетенция субъекта доказывания накладывает свой отпечаток. Как справедливо заметил Р. В. Костенко, дознаватель, следователь, руководитель следственного органа, прокурор выступают на стороне обвинения и оценивают доказательства для обоснования своих действий, при этом суд наделяется полномочиями по оценке доказательств в той мере, в какой это необходимо для выполнения функции правосудия[8].

Стандарт доказывания континентального права, «вне разумного сомнения», нашел свое отражение в уголовно-процессуальном понятии внутреннего убеждения, означающее уверенность в наличии или отсутствии тех или иных обстоятельств. Оно формируется у судьи посредством неизменности состава суда и гарантируется независимостью судей. Следует отметить, что сделать те или иные однозначные выводы возможно лишь при информационной определенности, базирующейся на достаточности доказательств, непосредственно исследованных в суде. Внелогическое усмотрение какого-либо обстоятельства посредством использования догадок, интуиции в судебной деятельности также исключено.

Элементами оценки доказательств, в том числе и при прекращении уголовного преследования, выступают также закон и совесть судьи. В психологии под совестью понимается нравственное качество личности, связанное с субъективным осознанием личностью своего долга и ответственности как перед отдельными людьми, так и перед обществом. Иными словами, это способность самостоятельно формулировать для себя нравственные обязанности, требовать от себя их выполнения и производить самооценку совершаемых поступков. Исследовав феномен справедливости в уголовном процессе, Н. К. Панько пришла к выводу о том, что совесть, будучи свойством личности, обеспечивающим способность индивида к самоконтролю, внимательному отношению к своему поведению, мыслям, чувствам, выражает оценку истинности обстоятельств[9]. Закон как правовой инструмент в данном случае служит нормативным предписанием, велением государства, определяющим решение суда по конкретному вопросу и порядок его принятия. Отказ от любого из приведенных элементов приведет к рассогласованию личных и общественных потребностей, а равно интересов.

Таким образом, прекращение уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям предполагает освобождение лица от уголовной ответственности без постановления обвинительного приговора, поэтому своеобразие свободы оценки доказательств судом при таких условиях видится в возможности достижения социальной справедливости вне осуждения виновного. Подобный вывод суд

---

[8] См.: *Костенко Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств. М., 2012. С. 28–29.

[9] См.: *Панько Н. К.* О справедливости в уголовном процессе // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 58.

может сделать, основываясь, прежде всего, на достоверном знании о виновности лица, полученном посредством активной доказательственной деятельности, и принимая во внимание личностные характеристики преступника, имеющие уголовно-правовое значение.

Воронежский государственный университет

Синельникова В. С., *аспирант кафедры криминалистики*

Voronezh State University

Sinelnikova V. S., *Post-graduate Student of the Criminalistics Department*
E-mail: sinelnikova_774@mail.ru

УДК 343

В. В. Конин

ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В ПОСТСУДЕБНОЙ СТАДИИ

Как известно, установление всех обстоятельств в уголовном судопроизводстве, в том числе виновности либо невиновности лица в инкриминируемом ему деянии, т. е. доказывание, осуществляется путем производства следственных и иных процессуальных действий, которые имеют своей целью формирование доказательственной базы по уголовному делу. Следственные действия производятся в стадии досудебного производства по уголовному делу и в стадии судебного разбирательства в рамках производства по уголовному делу. Вместе с тем встает вопрос: могут ли следственные действия производиться помимо производства по уголовному делу, например в стадии исполнения приговора?

К л ю ч е в ы е с л о в а: доказывание, следственные действия, стадия исполнения приговора, судебная экспертиза, квалифицированная юридическая помощь.

THE INVESTIGATION IN THE POST-TRIAL STAGE

It is known that establishment of all circumstances in criminal proceedings, including guilt or innocence of the person in the act incriminated to it, i.e. proof, is performed by production of investigative and other procedural actions which have the purpose formation of evidentiary base on criminal case. Investigations are conducted in the pre-trial stage in a criminal case, and trial in proceedings in a criminal case. However, there is a question – whether investigative actions can be made in addition to criminal proceedings, for example, at the stage of execution of a sentence?

K e y w o r d s: proof, investigative actions, stage of execution of sentence, forensic examination, qualified legal assistance.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Доказывание в уголовном судопроизводстве неразрывно связанно с предметом доказывания, который достаточно подробно раскрыт в ст. 73 УПК РФ, вместе с тем в уголовном судопроизводстве существуют и другие предметы доказывания, которые определяют перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию в той или иной стадии[1].

Следственные действия, если исходить из формального толкования норм УПК РФ, можно производить только в трех стадиях: предварительного расследования, судебного разбирательства и апелляционного рассмотрения уголовного дела (при условии обжалования приговора, постановленного судом первой инстанции, осужденным, потерпевшим либо государственным обвинителем).

В связи с этим встает вопрос: можно ли проводить следственные действия в иных стадиях уголовного судопроизводства?

Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ (в ред. от 28.12.2013) «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации

[1] Например, о предмете доказывания при избрании меры пресечения см.: *Конин В. В*. К вопросу о предмете доказывания при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства : вопросы теории, законодательства, практики применения (к 5-летию УПК РФ) : материалы Междунар. науч.-практ. конф. М., 2007. С. 257–261.

© Конин В. В., 2018

и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» законодатель предоставил дознавателю, органу дознания, следователю, руководителю следственного отдела при проверке сообщения о преступлении получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим кодексом, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов. Таким образом, уже на доследственной стадии возможно проведение ряда следственных действий, помимо неотложных, для принятия законного и обоснованного решения о возбуждении уголовного дела либо отказа в возбуждении уголовного дела.

Логика законодателя в данном вопросе заключалась в том, чтобы не допустить необоснованного возбуждения уголовного дела без достаточных оснований, а также исключить возможность вынесения незаконного решения об отказе в возбуждении уголовного дела[2].

Оценивая положительно действия законодателя об узаконивании возможности производства следственных действий на доследственной стадии, полагаем необходимым обратить внимание на то, что и в стадии исполнения приговора при решении ряда вопросов, перечисленных в ст. 397 УПК РФ также существует необходимость производства следственных действий, для того чтобы решение суда было законным и обоснованным.

Так, К. Б. Калиновский, анализируя Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 декабря 2009 г. № 48-О09-136 по делу гражданина Ю. А. Устюжанина, пришел к выводу, что в некоторых случаях в судебном разбирательстве в стадии исполнения приговора возможно проведение таких следственных действий, как допрос и экспертиза, в ходе которых устанавливаются фактические обстоятельства, подлежащие доказыванию[3].

Эту же точку зрения ранее высказывал М. К. Свиридов[4]. Автор в полной мере поддерживает позицию, высказанную М. К. Свиридовым и К. Б. Калиновским, и полагает, что следственные действия не только могут, но и должны проводиться и при рассмотрении вопросов, которые разрешаются судом в стадии исполнения приговора, а не только при разрешении вопросов, связанных с реабилитацией, в частности при установлении размера вреда, причиненного незаконным привлечением к уголовной ответственности и осуждением.

При этом в каждом случае определяется свой предмет доказывания, который может в какой-то мере не совпадать с предметом доказывания по аналогичным делам, поскольку каждая ситуация судебного разбирательства является индивидуальной[5]. В то же время можно выработать типовую ситуацию судебного разбиратель-

---

[2] См.: *Козявин А. А.* Теория и практика отправления правосудия по уголовным делам и их аксиологическое противоречие // Мировой судья. 2011. № 9. С. 2–5.

[3] См.: *Калиновский К. Б.* Возможен ли допрос в стадии исполнения приговора? // Уголовный процесс. 2010. № 11. URL: http://kalinovsky-k.narod.ru/p/2010-6.html

[4] См.: *Свиридов М. К.* Сущность и предмет стадии исполнения приговора. Томск, 1978. С. 72–77.

[5] См.: *Конин В. В.* Использование ситуационного подхода при выборе тактики защиты подсудимого // Ситуационный подход в науке и правоприменительной деятельности : материалы Междунар. науч.-практ. конф. «Актуальные проблемы использования ситуационного подхода в юридической науке и правоприменительной деятельности», посвященной 10-летию науч-

ства в стадии исполнения приговора, которая будет учитывать основные параметры при рассмотрении судом тех или иных вопросов, перечисленных в ст. 397 УПК РФ.

Так, при решении судом вопроса об освобождении лица от наказания вследствие издания закона, устраняющего преступность деяния, какие-либо следственные действия по установлению обстоятельств, подлежащих доказыванию, в судебном заседании проводиться не будут, поскольку изначально не предполагается, что кто-либо из сторон, участвующих в судебном разбирательстве, будет оспаривать вступивший в силу нормативный акт, которым устраняется преступность деяния, за совершение которого лицо было осуждено.

Вместе с тем в случае, когда изданный закон не устраняет преступность деяния, а только лишь смягчает наказание за данный вид преступлений, полагаем, что суд для принятия законного и обоснованного решения о снижении размера назначенного судом наказания либо изменения назначенного судом вида наказания на более мягкий из числа перечисленных в ст. 44 УК РФ вправе в судебном заседании, с обеспечением осужденному права на квалифицируемую юридическую помощь, провести ряд следственных действий, таких как допрос сотрудников учреждения, где отбывает наказание осужденный, с целью установления степени ресоциализации либо десоциализации осужденного, его отношения к назначенному судом наказанию, а также назначить и провести судебно-психологическую экспертизу для установления психологического портрета осужденного (с целью исключения возможного рецидива)[6]. Полагаем необходимым отметить, что, как правило, в настоящее время суды ограничиваются изучением представленной администрацией исправительного учреждения характеристики и заключением психолога учреждения, что не позволяет в полном объеме установить все данные, на основе которых суд должен принять обоснованное и справедливое решение. Это ставит под сомнение справедливость решений, принимаемых судами в стадии исполнения приговора.

Вопрос назначения и проведения экспертизы в судебном разбирательстве на стадии исполнения приговора является достаточно дискуссионным, что и было отмечено Е. А. Зайцевой[7] и Я. В. Комиссаровой[8]. С нашей точки зрения, суд вправе назначить и провести необходимые судебные экспертизы при рассмотрении вопросов, перечисленных в ст. 397 УПК РФ, поскольку российское уголовно-процессуальное законодательство не содержит каких-либо запретов в этой области.

Как правило, круг экспертиз будет ограниченным, но их назначение и проведение потребует какое-то дополнительное время, что скорее всего повлечет за собой негативное отношение к этому со стороны судей, поскольку, как показывает анализ судебной практики, в настоящее время вопросы, перечисленные в ст. 397

ной школы криминалистической ситуалогии / под ред. Т. С. Волчецкой. Калининград, 2012. С. 446–450.

[6] Об изучении личности в уголовном судопроизводстве см.: *Холопова Е. Н.* Судебно-психологическая экспертиза : теоретические, правовые и организационные основы. Калининград, 2005. С. 34–37, 89–93 ; *Смахтин Е. В.* Личность обвиняемого как объект изучения уголовно-процессуального права, криминологии и криминалистики // Известия Алтайского гос. ун-та. 2008. № 2. С. 44–45.

[7] См.: *Зайцева Е. А.* Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 : ожидания и действительность // Право и политика. 2011. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[8] См.: *Комиссарова Я. В*. Проблемные аспекты постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // Рос. судья. 2011. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

УПК РФ, судами рассматриваются в достаточно сжатые сроки, буквально за полтора-два часа.

На наш взгляд, в обязательном порядке необходимо назначать и проводить комплексную психолого-психиатрическую экспертизу в отношении несовершеннолетних, отбывающих наказание в виде лишения свободы при рассмотрении судом вопросов об условно-досрочном освобождении от неотбытого наказания либо при рассмотрении судом вопроса о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания[9]. Соответственно, предмет доказывания в данном случае будет несколько иным, чем в случае, когда суд рассматривает эти же вопросы в отношении совершеннолетнего осужденного.

Сразу же отметим, что список перечисленных следственных действий не является исчерпывающим, он может быть дополнен. После проведения указанных следственных действий суд на основе оценки исследованных в ходе судебного разбирательства данных приходит к выводу о размере и виде нового наказания, которое должен отбыть осужденный, поскольку размер и вид наказания может быть изменен судом как кардинально, так и формально.

Подобные следственные действия могут быть проведены судом и при рассмотрении вопросов об изменении вида исправительного учреждения, о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания, об условно-досрочном освобождении от наказания и по другим вопросам. В ходе судебного разбирательства по этим вопросам судом могут быть допрошены помимо осужденного и иные лица, в частности родственники (например, о наличии места жительства для осужденного), возможный работодатель (на предмет предоставления работы в случае условно-досрочного освобождения от наказания), а также потерпевший, несмотря на достаточно спорную позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой права потерпевшего были реализованы при рассмотрении уголовного дела по существу, и в стадии исполнения приговора неучастие потерпевшего в судебном разбирательстве не может рассматриваться как ущемление его прав[10].

Поскольку процесс доказывания имеет ярко выраженный состязательный характер, следовательно, судебное разбирательство при рассмотрении вопросов, предусмотренных ст. 397 УПК РФ, получит свое новое наполнение, а принцип состязательности и равноправия сторон, закрепленный в Конституции РФ и УПК РФ, будет не просто продекларирован, как это происходит в настоящее время, а получит свое дальнейшее развитие.

Вместе с тем, поскольку принцип состязательности базируется на криминалистических основах, в первую очередь криминалистической тактике, необходимо говорить о привнесении криминалистических методик в судебное разбирательство. Как справедливо отметил Е. В. Смахтин, именно в этом проявляется приклад-

---

[9] Об этом см. также: *Марковичева Е. В*. Проблемы оценки заключения эксперта по уголовным делам в отношении несовершеннолетних // Научные публикации. Красноярск, 2008. С. 1–3 ; *Эсмантович И. И*. Социальное сопровождение несовершеннолетних, совершивших преступление // Вопросы ресоциализации осужденных : сб. статей студентов, преподавателей, практических работников. Гомель, 2009. С. 105–106.

[10] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Федотова Андрея Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 399 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 3 апреля 2007 г. № 330-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ной характер криминалистики, вспомогательный для материального и процессуального уголовного права[11].

В случае если в ходе судебного разбирательства будут проводиться следственные действия, то встанет вопрос о реализации осужденным права на квалифицированную юридическую помощь. Как отмечают А. П. Гуськова и Н. Г. Муратова, судебная защита прав и свобод человека и гражданина осуществляется во всех формах судопроизводства, следовательно, ее следует рассматривать как совокупность взаимосвязанных юридических норм (институтов), содержащихся в различных отраслях права, регулирующих однородную группу общественных отношений[12].

Как правило, в стадии уголовного судопроизводства право на защиту традиционно связывается с помощью адвоката. В последнее время Конституционный Суд РФ занял позицию, которая, по его мнению, препятствует образованию адвокатской монополии в уголовном судопроизводстве, в том числе и на стадии исполнения приговора. Спорность данной правовой позиции очевидна. Между тем в этой ситуации законодатель занял выжидательную позицию. Так, ч. 4 ст. 399 УПК РФ устанавливает, что осужденный может осуществлять свои права с помощью адвоката. Часть 3 этой же статьи в редакции Федерального закона от 23 июля 2013 г. № 221-ФЗ предусматривает возможность участия в судебном заседании законного представителя и (или) представителя. При этом допуск представителя к участию в судебном разбирательстве совершенно не связан с наличием у представителя высшего юридического образования, опыта, профессиональных навыков. Будет ли в этом случае осужденному оказана квалифицированная юридическая помощь – не известно, соответственно, осужденный в стадии исполнения приговора имеет меньший уровень правовой защищенности, по сравнению со стадией досудебного производства и стадией разрешения уголовного дела по существу.

Представляется, что законодатель должен связать право на получение юридической помощи для осужденного в стадии исполнения приговора от представителя, не являющегося адвокатом, в рамках ч. 2 ст. 49 УПК РФ, когда представитель допускается к участию в судебном разбирательстве наряду с адвокатом. Только таким образом можно будет гарантировать реализацию конституционного положения о праве каждого на квалифицированную юридическую помощь.

---

[11] См.: *Смахтин Е. В.* Предмет криминалистики : соотношение с материальным и процессуальным уголовным правом // Рос. следователь. 2009. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[12] См.: *Гуськова А. П., Муратова Н. Г.* Взаимосвязь судопроизводств : формирование правовых идей о судебном праве в XIX–XX веках // Актуальные проблемы гражданского права и процесса : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Казань, 12–13 октября 2006 г.) М., 2006. С. 373.

Северо-Западнй филиал Российского государственного университета правосудия (г. Санкт-Петербург)

Конин В. В., *доцент кафедры уголовно-процессуального права*

North-Western Branch of the Russian State University of Justice (Saint-Petersburg)

Konin V. V., *Associate Professor of the Criminal Procedure Law Department*
E-mail: vkonin.kld@yandex.ru
Tel.: 8-911-450-51-40

УДК 343

А. А. Трефилов

ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ШВЕЙЦАРИИ

Рассматриваются основные особенности доказывания в швейцарском уголовном судопроизводстве на основе исторически первого, единого УПК этой страны, принятого в 2007 г. Показано, что в Швейцарии доказательственное право не образует самостоятельной отрасли права, защитник не является субъектом доказывания, бремя доказывания во всех случаях возлагается на обвинение.
К л ю ч е в ы е с л о в а: доказывание, доказательства, Уголовно-процессуальный кодекс, Швейцария.

SPECIFIC FEATURES OF EVIDENCE IN THE SWISS CRIMINAL PROCESS

The author examines the main features of proving Swiss criminal justice based on the historically first, single CCP of this country, adopted in 2007. It is shown that in Switzerland the law of evidence does not form an independent branch of law, the defender is not the subject of proof, the burden of proof is in all cases imposed on the prosecution.
K e y w o r d s: proving, evidence, Code of Criminal Procedure, Switzerland.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Институт доказывания в Швейцарии имеет следующие характерные черты, интересные в сравнительно-правовом аспекте.

Первая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к институциональной принадлежности норм о доказывании. *Англосаксонский* подход состоит в выделении относительно самостоятельной отрасли права (*law of evidence*), которая содержит универсальные нормы о доказывании в уголовном, гражданском и других видах судебного процесса, имеет свой собственный предмет, метод, источники. *Континентальным* правовым системам, в том числе России, такой подход, как правило, не известен (немецкое, австрийское и лихетнштейнеское *Beweisrecht* – это лишь процессуально-правовой институт). Конечно, и здесь можно встретить научные работы, озаглавленные как «Доказательственное право», однако речь идет только о научном направлении, а не об отдельной правовой отрасли.

В Швейцарии существует однозначно второй подход. Нормы о доказывании содержатся в УПК (титул 4) и являются составной частью предмета регулирования уголовно-процессуального законодательства. Единая (универсальная) теория доказывания в этой стране к настоящему времени не разработана.

Вторая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о субъектах доказывания[1]. *Англосаксонский* подход предполагает,

[1] Подробный анализ см.: *Головко Л. В*. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права : источники, доказательства, предварительное производство // Труды юрид. фак. МГУ. М., 2009. Кн. 11. С. 260–265.

© Трефилов А. А., 2018

что его ведут стороны, потенциально наделенные равными правами и возможностями. Защитник признается субъектом доказывания. Не существует единого уголовного дела, поскольку и прокурор, и адвокат формируют собственные доказательственные досье. Отсутствует нейтральная категория «свидетель», вместо этого имеют место «свидетель защиты» и «свидетель обвинения» (то же самое можно сказать и про эксперта). *Континентальный* подход, существующий, в частности, в России, напротив, исходит из того, что субъектом доказывания могут быть только государственные органы и должностные лица. Защитник традиционно не рассматривается в качестве субъекта доказывания[2], так как не обладает властными полномочиями. Существуют единое уголовное дело и, следовательно, орган, ведущий производство по нему. Свидетели, эксперты и другие участники, содействующие правосудию, формально нейтральны.

В Швейцарии существует ярко выраженный континентальный подход. Во многом он объясняется следственной максимой (ст. 6 УПК), в силу которой органы уголовного судопроизводства обязаны *ex officio* установить все фактические обстоятельства, имеющие значение для квалификации деяния и разрешения дела в отношении обвиняемого. В доктрине этой страны господствует мнение, что защитник не является субъектом доказывания, но может оказывать им процессуальное содействие, в том числе в интересах обвиняемого. В связи с этим Д. Джозитш с опорой на УПК Швейцарии выделяет две основные функции защитника: помощь суду и помощь обвиняемому[3]. Так, согласно ч. 1 ст. 147 он вправе присутствовать при собирании доказательств прокуратурой и судом, а также с их разрешения задавать вопросы допрашиваемым лицам. Одна из функций защитника, по утверждению В. Волерса, также состоит в заявлении «доказательственных ходатайств»[4]. В целом швейцарская доктрина исходит из того, что этот участник процесса не только отстаивает законные интересы обвиняемого, но и содействует отправлению правосудия.

Третья особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о том, на кого возложено бремя доказывания. В настоящее время ни в континентальных, ни в англосаксонских странах не отрицается, что оно лежит на стороне обвинения. Вместе с тем в одной группе стран не существует никаких исключений из этого правила (например, в России), а в другой – в некоторых случаях они все-таки допускаются. Л. В. Головко приводит «французский» пример: согласно ст. 225-6 УК этой страны, лицо признается виновным в сводничестве, если при невозможности обосновать источники доходов, соответствующие его образу жизни, проживает с лицом, систематически занимающимся проституцией[5].

В Швейцарии во всех случаях бремя доказывания (*Beweislast* – «груз доказывания») возложено на обвинение. Сказанное касается и необходимой обороны, и невменяемости, и других фактических обстоятельств дела. В уголовном процессе этой страны со времен отмены Каролины 1532 г. в начале XIX в. переложение бремени доказывания на сторону защиты считается однозначно недопустимым.

---

[2] Альтернативную точку зрения по данному вопросу высказывает В. А. Лазарева (см.: *Лазарева В. А*. Доказывание по уголовным делам. М., 2009. С. 101–113).

[3] См.: *Jositsch D*. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 85.

[4] *Wohlers W*. Art. 139 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 595.

[5] См.: *Головко Л. В*. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права : источники, доказательства, предварительное производство. С. 265.

Данный запрет является составной частью презумпции невиновности, из которой следует, что для стороны защиты доказывание является правом, а не обязанностью и не бременем. По утверждению В. Волерса, обязанность доказывания возлагается на органы уголовного судопроизводства *ex officio* в силу выполняемых ими функций[6].

Четвертая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о том, является ли перечень доказательств исчерпывающим (закрытым). В большинстве государств как континентальных, так и англосаксонских господствует подход, именуемый «доказыванием через запрет»[7], при котором органам уголовного судопроизводства разрешается совершать любые процессуальные действия, кроме тех, которые непосредственно запрещены. Лишь в некоторых странах, в основном постсоветских, существует обратный подход – доказывание «через дозволение»: им можно совершать лишь такие действия по собиранию и проверке доказательств, которые разрешены Кодексом.

Согласно ч. 1 ст. 139 УПК «органы уголовного судопроизводства принимают для установления истины в полном объеме все подходящие доказательства, которые допустимы в соответствии с законом». Последние слова истолковываются в швейцарской доктрине таким образом, что если соответствующее доказательство или средство его получения не запрещены, то они считаются разрешенными. Один из параграфов Базельского комментария к УПК Швейцарии символично озаглавлен «*Kein numerus clausus der Beweismittel*» («не исчерпывающий перечень доказательств»)[8]. М. Питт пишет, что против закрытого перечня высказываются и Послание Федерального Собрания (согласно п. 1182 «все мыслимые доказательства пригодны, даже если они *не* или *еще не* закреплены в процессуальном законе»[9]), и Федеральный суд Швейцарии, и господствующая правовая доктрина[10]. В обоснование этого приводят довод о том, что законодатель считает невозможным предвосхищать последующие достижения научно-технического прогресса[11].

Открытый перечень доказательств имеет важное практическое последствие – в швейцарской судебной практике сведения и материалы, собранные защитником, приобщаются к уголовному делу как раз со ссылкой на упомянутое выше правило «*Kein numerus clausus der Beweismittel*». Одновременно с этим данные действия не должны совершаться в обход закона.

Пятая особенность. В компаративном отношении выделяют теорию формальной и свободной оценки доказательств. Большинство современных государств однозначно придерживаются второго подхода, однако в одних встречаются исключения из него, в других – нет. Например, УПК РФ прямо указывает, что показания обвиняемого имеют меньшую юридическую силу, чем другие доказа-

---

[6] См.: *Wohlers W*. Art. 139 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 594.

[7] Подробный анализ см.: *Головко Л. В.* Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права : источники, доказательства, предварительное производство. С. 266–269.

[8] *Gless S.* Art. 139 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 932.

[9] URL: http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf (дата обращения: 05.09.2013).

[10] См.: *Pieth M*. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 144.

[11] См.: Там же.

тельства (ч. 2 ст. 75)[12]. В уголовном процессе Швейцарии, напротив, принцип свободной оценки доказательств не знает каких-либо исключений ни в законе, ни в доктрине.

Шестая особенность. В компаративном отношении можно выделить несколько законодательных подходов к вопросу о так называемой теории плодов отравленного дерева и, как пишет М. Питт, о дальности действия запретов доказывания[13]. Она состоит в том, что если недопустимое доказательство привело к получению новых потенциально допустимых доказательств, то они автоматически становятся также недопустимыми, ибо у отравленного дерева плоды тоже несъедобны. В соседней Германии закон умалчивает об этой научной теории («*die Früchte des verbotenen Baumes*»), а доктрина в целом ее отвергает[14]. В России она находит поддержу у некоторых авторов[15], но в целом на практике не применяется (нам не известно ни одного случая, когда доказательство было бы исключено из уголовного дела с таким обоснованием). Напротив, данная теория занимает прочное место в англосаксонских странах («*fruit of poisonous three doctrine*»)[16]. Поскольку в большинстве случаев речь идет о недопустимости доказательств стороны обвинения, она может быть рассмотрена как составная часть рассмотренного выше доктринального принципа благоприятствования защите.

В УПК Швейцарии теория плодов отравленного дерева нашла прямое законодательное закрепление. Согласно ч. 4 ст. 141, если доказательство, которое не может быть применено, привело к получению последующего доказательства, то оно также не может быть использовано, если его получение было бы невозможно без вышеуказанного доказательства. Например, обвиняемый после применения к нему физического насилия рассказал, где лежат украденные вещи. Недопустимыми будут не только его показания, но и вещественные доказательства, полученные на основе сообщенной им информации. По смыслу данного Кодекса, не имеет значения, могли ли органы уголовного судопроизводства получить информацию о месте нахождения украденных вещей иным образом.

Седьмая особенность. В швейцарской доктрине и в УПК этой страны нам не удалось обнаружить упоминания о теории асимметрии, которая популярна в ряде других зарубежных правопорядков. Она состоит в том, что к доказательствам защиты и обвинения должны предъявляться разные требования – в первом случае они мягче, чем во втором (опять же в силу принципа благоприятствования защите). Например, прокурор с нарушением норм УПК провел в жилище у обвиняемого обыск (допустим, без предварительного судебного решения или без понятых), в ходе которого никакие запрещенные предметы не были найдены и, возможно, даже обнаружены некие доказательства, свидетельствующие о его непричастности к преступлению. Получается, что суд должен признать такие доказательства защиты недопустимыми, так как они собраны с нарушением закона, однако это противоречило бы здравому смыслу. Обвиняемый не должен расплачиваться за ошибки органов уголовного судопроизводства и их недобросовестные действия.

---

[12] Данный вывод следует из того, что согласно УПК РФ обвинительный приговор суда не может быть основан только на признании обвиняемым своей вины.

[13] См. подробнее: *Золотых В. В.* Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д., 1999.

[14] См.: *Beulke W*. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 91.

[15] См. подробнее: *Золотых В. В*. Указ. соч.

[16] См.: *Beulke W.* Op. cit.

К тому же последние могли бы каждый раз при обнаружении оправдательных доказательств намеренно приводить их в негодность указанными выше способами.

До недавнего времени отдельные положения, относящиеся к теории асимметрии, были закреплены в некоторых ранее действовавших кантональных УПК. Так, согласно ч. 2 ст. 217 УПК Санкт-Галлена, «доказательства фактов, *неблагоприятных для обвиняемого*, принимаются во внимание, если к полному убеждению суда они представлены таким образом, что их приобщение к делу в соответствии с законами человеческого разума представляется явной и неизбежной необходимостью» (сравните с оригиналом: «*Der Beweis einer dem Angeschuldigten nachteiligen Tatsache ist erbracht*[17]*, wenn sie zur vollen Überzeugung des Gerichtes dargetan ist, so dass ihre Annahme als eine nach den Gesetzen der Vernunft sich ergebende, unabweisbare Notwendigkeit erscheint*»). Заметим, что к оправдательным доказательствам такое требование законодатель не предъявляет – в этом и состоит нормативное закрепление в ранее действовавшем УПК Санкт-Галлена теории асимметрии.

Можно предположить, что в настоящее время в рассматриваемом правопорядке каждый раз вопрос об асимметрии в процессе доказывания решается индивидуально по усмотрению органов уголовного судопроизводства.

Восьмая особенность связана с подходом к преюдиции. Л. В. Головко выделяет две модели данного института. *Франко-бельгийская* модель исходит из того, что факты, установленные во вступивших в силу приговорах, связывают все судебные органы, рассматривающие уголовные, гражданские и иные дела. *Другой подход*, более универсальный и распространенный в большинстве континентальных и англосаксонских стран, исходит из того, что гражданский суд остается независимым от суда уголовного, приговоры не обладают приоритетом над решениями, принимаемыми в других видах судопроизводства, поскольку гражданская и уголовная юрисдикция действуют строго в пределах своей компетенции[18]. Полагаем, что в данном подходе суд при рассмотрении уголовных дел вправе проверять и перепроверять любые факты, в каком бы судебном акте они не содержались (например, если они вызывают сомнение).

Посмотрим, какой подход принят в Швейцарии. Кодекс не использует термин «преюдиция», однако устанавливает в ч. 2 ст. 139, что доказывание не ведется о фактах, которые несущественны, очевидны, известны органам уголовного судопроизводства или *уже доказаны в достаточной степени*. В связи с этим в швейцарской доктрине поднимается фундаментальный вопрос, имеют ли они преюдициальное значение, а также могут ли в уголовном процессе считаться доказанными факты, установленные в иных видах судопроизводства?

Н. Шмид пишет, что если в гражданском или административном процессе были выполнены гарантии при собирании и оценке доказательств, предусмотренные в УПК, то данные факты в уголовном судопроизводстве могут считаться установленными; то же самое касается и допустимости доказательств, собранных в иностранном уголовном процессе[19]. Здесь ключевым является слово *могут*;

---

[17] Данный оборот, тем более в прошедшем времени, редко встречается в современных швейцарских законодательных и научных источниках. Очевидно, речь идет о выражении *den Beweis erbringen* – доказывать.

[18] См.: *Головко Л. В.* Пределы применения института преюдиции в процессуальном праве // Правосудие в Московской области. 2010. № 4. С. 18–26.

[19] См.: *Schmid N*. Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich/St. Gallen, 2013. S. 313.

следовательно, суд вправе по своей инициативе перепроверить эту информацию, если она представляется ему сомнительной.

С. Глесс высказывает близкую точку зрения: факты, установленные в другом виде судебного процесса, могут считаться установленными для целей уголовного процесса, если они:

а) получены в ходе служебной деятельности официальных органов судопроизводства;

б) не связаны с фактами, предрешающими виновность лица в совершении преступного деяния[20].

Действующий в Швейцарии Гражданский кодекс 1907 г. четко устанавливает в ст. 53, что «суд не связан ни положениями уголовного права в отношении виновности, ни вынесенным в уголовно-процессуальном порядке оправдательным приговором при решении вопроса о том, существует ли вина в гражданско-правовом смысле»[21]. Таким образом, мы видим, что Швейцария однозначно придерживается второй из рассмотренных моделей.

В рассматриваемом контексте интерес представляет ст. 23 закона о Федеральном уголовном суде («Изменение практики и преюдиция»). В соответствии с ней палата может разрешать правовой вопрос, отклоняясь от более ранних решений одной или нескольких палат, если объединение затрагиваемых палат на это согласно. Если палата принимает решение по правовому вопросу, которое затрагивает несколько палат, то она получает согласие объединения всех затрагиваемых палат, поскольку считает это необходимым для совершенствования права или единства судебной практики. Постановление объединения затрагиваемых палат является действительным, если в заседении или циркулярном производстве (имеется в виду заочное голосование) принимают участие, по меньшей мере, две трети ординарных судей каждой затрагиваемой палаты. Постановление принимается без слушаний с участием сторон и является обязательным для палаты, заявляющей ходатайство, при рассмотрении уголовных дел. Очевидно, что данная норма направлена на обеспечение единообразия судебной практики, которое достигается посредством невозможности ее самовольного изменения по инициативе отдельных судей или палат.

Швейцарский законодатель и доктрина этой страны весьма осторожно относятся к институту преюдиции, выдвигают жесткие требования, ограничивающие его рамки. В России, напротив, ст. 90 УПК РФ, особенно после изменений, внесенных Федеральным законом от 29 декабря 2009 г.[22] (лично я называю эту реформу «катастрофой преюдиции»), предусматривает широчайшие возможности по применению данного института и закрепляет его межотраслевой характер: сведения, установленные в уголовном[23], гражданском, арбитражном, административном процессе, признаются истинными *без дополнительной проверки*. Данный подход представляется глубокой ошибкой законодателя, так как никакой другой порядок

[20] См.: *Gless S*. Op. cit. S. 939–940.

[21] URL: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a80 (дата обращения: 01.06.2016).

[22] Напомним, что до этого момента акты судов по уголовным делам были обязательны при рассмотрении гражданских, арбитражных и административных дел, но не наоборот.

[23] Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 191-ФЗ введена оговорка, что не могут считаться преюдициальными факты, установленные в ходе судебного производства по результатам сокращенного дознания, а также в производстве при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением и производстве при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

судопроизводства, кроме уголовного, не сопряжен с такими существенными гарантиями реализации права обвиняемого на защиту, как возможность пригласить бесплатного адвоката, не знающая исключений презумпция невиновности, участие понятых в ряде следственных действий и др. Вопреки второму предложению ст. 90 УПК РФ, *de facto* такие сведения объективно и неизбежно предрешают виновность лица, так как нередко относятся к отдельным элементам инкриминируемого ему состава преступления[24].

[24] Об этой и других проблемах преюдиции см. подробнее: *Головко Л. В*. Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в уголовном судопроизводстве : сб. науч. трудов. М., 2011.

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

Трефилов А. А., *кандидат юридических наук, старший научный сотрудник*

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

Trefilov A. A., *Candidate of Legal Sciences, Senior Researcher*
E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

УДК 343

С. Р. Бобылев

ПРОБЛЕМЫ ИНСТИТУТА ЗАДЕРЖАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Рассматриваются теоретические и практические проблемы, которые возникают при задержании. Проанализированы вопросы, связанные с определением начального момента задержания, разграничением фактического и процессуального задержания, а также предложены меры по совершенствованию института задержания в уголовном процессе.
К л ю ч е в ы е с л о в а: УПК РФ, задержание, подозреваемый, право на свободу, ЕСПЧ.

THE PROBLEMS OF THE INSTITUTION OF DETENTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

This article discusses theoretical and practical problems that arise during detention. In the present work, issues related to determining the initial moment of detention, delimiting actual and procedural detention, as well as measures to improve the institution of detention in criminal proceedings were analyzed.
K e y w o r d s: CPC RF, detention, suspect, right to freedom, ECHR.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

Уголовно-процессуальный кодекс достаточно детально регламентирует процедуру задержания подозреваемого. Тем не менее на практике возникает множество проблем, связанных с ее реализацией. Основной вопрос, требующий разрешения, сводится, на наш взгляд, к следующему: входит ли время доставления лица в орган дознания или к следователю в 48-часовой срок задержания?

Некоторые авторы, связывая момент фактического задержания с моментом доставления лица, обосновывают это следующим образом: в силу внезапности возникновения оснований фактический захват заподозренного лица возможен и до возбуждения уголовного дела. Задержанием следует считать тот момент, когда задержанный был передан органам предварительного расследования, что может совпасть с моментом доставления[1].

Задержание подозреваемого частными лицами (очевидцами, потерпевшим) не является моментом фактического задержания. Они не обязаны обеспечить допуск защитника к «захваченному» лицу, могут медлить с доставлением его в полицию (вплоть до незаконного лишения свободы) и т. д. Лишь с момента передачи «захваченного» правоохранительным органам возникает возможность допуска защитника, с момента появления которого следовало бы, на взгляд некоторых ученых,

[1] См.: *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Комментарий к ст. 92 УПК РФ // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. А. В. Смирнов. М., 2009. С. 149.

© Бобылев С. Р., 2018

исчислять срок задержания. Это объясняется тем, что уголовно-процессуальные отношения складываются лишь с момента передачи задержанного в правоохранительные органы и появления повода для возбуждения уголовного дела. Свои рассуждения сторонники данного подхода строят на том, что момент фактического задержания – это момент фактического лишения свободы передвижения лица, производимого в порядке, установленном УПК РФ[2]. Поэтому предлагается толковать некоторые положения УПК РФ ограничительно, однако это противоречит позиции Конституционного Суда РФ, в соответствии с которой понятия «задержанный» и «подозреваемый» необходимо трактовать в конституционно-правовом, а не в уголовно-процессуальном смысле[3].

Необходимо также обратить внимание на то, что в УПК РФ в отличие от КоАП РФ не дается определения доставления, эта конструкция лишь упоминается в ст. 92 УПК РФ. Помимо теоретического, данная проблема имеет ярко выраженный практический смысл. Правоприменителям весьма удобно считать, что срок задержания начинает течь с момента окончания доставления лица. Таким образом, получается, что лицо в период между захватом и окончанием процедуры его доставления дознавателю (следователю) находится вне правового поля. В большинстве случаев это позволяет сотрудникам правоохранительных органов не оформлять протокол задержания до тех пор, пока от задержанного не добьются признательных показаний.

Европейский суд по правам человека не раз констатировал, что Россия нарушает ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующую свободу и неприкосновенность личности. В ряде его решений говорится о недокументированных задержаниях и подчеркивается, что лишение свободы без его фиксации является нарушением самой сути гарантий ст. 5 Конвенции и тот факт, что задержание не было надлежащим образом и своевременно зафиксировано, признается грубейшим нарушением[4]. Отдельно подчеркнем, что Конституционный Суд РФ связывает момент фактического задержания с моментом непосредственного захвата лица[5].

На основании изложенного можно сделать вывод, что момент фактического задержания связан непосредственно с фактическим лишением свободы задерживаемого лица.

Относительно задержания в процессуальном смысле можно выделить несколько вариантов определения его начального момента, проанализировав высказанные в юридической литературе мнения.

1. Физическое удержание, захват лица сотрудниками полиции или иного компетентного органа, которое может производиться на месте происшествия или при обнаружении лица, находившегося под подозрением. Однако такая трактовка, на

---

[2] См.: *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989. С. 123.

[3] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мелкомяна Э. М. на нарушение его конституционных прав положениями ряда статей уголовно-процессуального кодекса РФ : определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2009 г. № 890-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

[4] См.: Постановления Европейского суда: от 9 марта 2006 г. по делу «Менешева против РФ» (жалоба № 59261/00) ; от 18 января 2007 г.по делу «Читаев и Читаев против РФ» (жалоба № 59334/00) . URL: http://www.echr.ru/documents/doc/2464434 (дата обращения: 01.12.2017).

[5] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мелкомяна Э. М. на нарушение его конституционных прав положениями ряда статей уголовно-процессуального кодекса РФ : определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2009 г. № 890-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

первый взгляд буквально соответствующая формулировке УПК РФ, вызывает возражения. Во-первых, в момент обнаружения происшествия часто сложно определить, имеет ли место событие преступления. Во-вторых, в любом случае момент физического удержания преступника при задержании его с поличным всегда предшествует моменту возбуждения уголовного дела. В-третьих, с момента удержания до момента доставления к следователю (дознавателю) может пройти достаточно много времени. Включать это время в срок задержания недопустимо, так как следователь (дознаватель) не имеет возможности принять какое-либо решение относительно данного лица и никаких процессуальных действий в это время не производится.

2. Момент доставления в отдел полиции (далее – ОП). Такая позиция тоже не безупречна. Должностное лицо (следователь, дознаватель) не в состоянии контролировать, кого, когда и по какому поводу доставляют в отдел полиции. Обязывать включать в срок задержания, обозначенный в протоколе, все то время, которое доставленное лицо находится в ОП, недопустимо, так как в этом случае протоколом задержания будут прикрываться нарушения законности, которые допускаются при длительном нахождении задержанных в ОП без какого-либо документального оформления. На момент доставления лица в ОП перспектива возбуждения уголовного дела часто остается неясной, требуется предварительное, хотя бы краткое, разбирательство.

3. Момент доставления к следователю (дознавателю). Полагаем, что этот момент наиболее приемлемо относить к задержанию, так как именно с доставления к следователю начинают совершаться процессуальные действия в отношении задержанного, составляется протокол и т. д. Задержание должно иметь процессуальные основания, перечисленные в ст. 91 УПК РФ, а их наличие может быть выяснено только после доставления к следователю. Задержание лица в качестве подозреваемого до установления в деле таких оснований не соответствует закону. В самом уголовно-процессуальном законе отсчитывается время составления протокола задержания именно с момента доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору (ч. 1 ст. 92 УПК РФ). Если лицо после доставления к следователю не освобождается, это означает, что произошло фактическое лишение его свободы передвижения по процессуальным основаниям.

4. Момент помещения в ИВС. Такой вариант неприемлем, так как помещение в ИВС возможно только на основании протокола задержания, а протокол составляется по факту уже состоявшегося задержания.

Изложенное позволяет сделать вывод, что ***задержание подозреваемого является процессуальным действием с того момента, когда лицо доставлено к следователю (в орган дознания)***. Именно с этого момента начинается фактическое лишение подозреваемого свободы передвижения по процессуальным основаниям, именно с него следует исчислять срок задержания и указывать это время в протоколе задержания. Физическое удержание лица до этого момента нельзя рассматривать как процессуальное задержание подозреваемого, а следует трактовать как допроцессуальную деятельность, которая может быть направлена на пресечение преступных действий и лишение правонарушителя возможности скрыться. Вместе с тем если задержание подозреваемого производится по возбужденному уголовному делу по письменному поручению (постановлению) следователя (дознавателя), то момент фактического задержания определяется моментом фактического захвата лица.

Полагаем, что можно было бы дополнить УПК РФ нормой следующего содержания: «*Лицо может быть доставлено в орган дознания для проведения проверки обстоятельств происшествия, выяснения причастности к совершенному дея-*

нию, установления в деянии признаков преступления. Незамедлительно, но не позднее трех часов после доставления в орган дознания, лицо должно быть передано следователю, дознавателю для решения вопроса о задержании. Составляется протокол доставления, в котором указывается время и основания доставления в орган дознания».

В процессуальной литературе предлагается и другой вариант: считать деятельность по задержанию лица по подозрению в совершении преступлений административной до момента возбуждения уголовного дела[6]. Однако деятельность правоохранительных органов по выявлению и раскрытию преступлений не регулируется административным законодательством и административной не является. Безусловно, некоторые административные правонарушения имеют разграничение со смежными составами преступлений (например, ст. 6.8 КоАП РФ и ст. 228 УК РФ). Вместе с тем при обнаружении факта совершения правонарушения, как правило, можно сразу определить, имеет оно административный или уголовно-правовой характер. Поэтому неправильно подвергать лицо, подозреваемое в совершении преступления, административным мерам принуждения только потому, что уголовное дело еще не возбуждено.

Полагаем, что введение процессуального института доставления может стать решением проблемы. Институт доставления будет ограничивать свободу передвижения лица, но ни в коей мере не связанной с его изоляцией от общества, осуществляемой при необходимости до возбуждения уголовного дела.

Ошибки в организации задержания нередко влекут за собой тяжкие последствия. Порядок задержания подробно регламентирован УПК РФ, однако такой порядок не всегда соблюдается. Момент фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления, его доставление, оформление протокола должны стать составной частью уголовно-процессуального задержания.

Таким образом, полагаем, что процессуальный момент может быть закреплен в рапорте оперативного сотрудника. Однако нельзя исключать ситуации, которые связаны с достоверностью указанных временных промежутков. Прокуроры, судья и должностные лица, осуществляющие ведомственный контроль за законностью задержания, должны сравнивать время, указанное в рапорте (время доставления), и момент составления протокола о задержании, принимая во внимание тот факт, что первое и второе процессуальное действие не должно сильно расходиться во времени. В рапорте должностного лица необходимо фиксировать название произведенного действия и время (часы и минуты) ограничения свободы заподозренного лица.

Следует также совершенствовать правовые конструкции института задержания в уголовном процессе, создавая, тем самым, условия для эффективной деятельности правоохранительных органов и обеспечивая конституционные права граждан.

---

[6] См.: Уголовный процесс России : учебник / А. С. Александров [и др.] ; науч. ред. В. Т. Томин. М., 2003. С. 242–243.

Воронежский государственный университет

***Бобылев С. Р.**, магистрант*

Voronezh State University

***Bobylev S. R.**, Undergraduate*

E-mail: intermilan1910@yandex.ru

УДК 343

А. А. Дорошева

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Рассматривается уголовно-процессуальная функция защитника на досудебных стадиях уголовного судопроизводства. Анализируются проблемы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам.
Ключевые слова: защитник, адвокат, уголовно-процессуальная функция, доказывание, адвокатский запрос, адвокатское расследование, опрос адвокатом лиц с их согласия.

CERTAIN ISSUES OF PARTICIPATION OF THE DEFENSE LAWYER IN CRIMINAL CASES

Criminal procedural function of the defense lawyer in pre-trial stages of criminal proceedings is considered in this article. Problems of the defense lawyer participation in proving in criminal cases are also analyzed. Improvements in Russian legislation are offered.
Key words: defense lawyer, advocate, criminal procedural function, proving in criminal cases, lawyer's inquiry, lawyer's investigation, interview of the persons by their consent by lawyer.

Поступила в редакцию 5 апреля 2018 г.

Каждый участник уголовного судопроизводства призван в соответствии с направлением своей деятельности осуществлять определенную уголовно-процессуальную функцию. В УПК РФ закреплен принцип состязательности сторон, согласно которому существует разграничение функций между стороной обвинения и стороной защиты, а также судом (ч. 3 ст. 15) как независимым от сторон органом, который позволяет сторонам реализовать в полной мере свои процессуальные права и обязанности. В связи с этим *традиционно* выделяют *три вида* процессуальных функций: обвинение, защита и разрешение дела. Сказанное не означает, что нельзя выделить подфункции. Так, если рассматривать сторону защиты, то предлагается выделить следующие подфункции защитника: «участие в доказывании – собирание и (или) представление доказательств, заявление ходатайств о получении (истребовании) доказательств, участие в производстве следственных действий; оспаривание (опровержение) обвинения, а также деятельность по защите своих прав и законных интересов (не связанных с обвинением)»[1]. Представляется логичным выделение процессуальной функции, которую выполняют и иные участники уголовного судопроизводства, которые не наделены властными полномочиями исходя из главы 8 УПК РФ, – функцию содействия правосудию, которая выражается во вспомогательных действиях иных участников уголовного процесса.

Рассмотрим процессуальные функции защитника. Защитником на досудебных стадиях процесса в соответствии со ст. 49 УПК РФ и постановлением Пленума Вер-

[1] *Берова Д. М.* Понятие и система функций в уголовном судопроизводстве // Общество и право. 2010. № 4. С. 224–232.

© Дорошева А. А., 2018

ховного Суда РФ № 29[2] может быть *только* адвокат. Поэтому когда идет речь о защитнике, то подразумевается защитник-адвокат.

В настоящее время вопрос о деятельности защитника по сбору доказательств по уголовному делу как на практике, так и в теории остается окончательно не решенным.

Исходя из ч. 3 ст. 86 УПК РФ законодатель предоставил защитнику право на собирание доказательств путем получения документов, предметов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, а также истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии. Однако право есть, но сам процесс не урегулирован. В связи с этим возникают серьезные трудности при осуществлении защитником-адвокатом своей процессуальной функции по защите обвиняемого (подозреваемого) от незаконного и необоснованного обвинения. В процессуальной литературе существует точка зрения, согласно которой сведения, собранные защитником, будут являться доказательствами. В частности, такого мнения придерживаются В. А. Лазарева[3], Н. Горя[4] и многие другие ученые-процессуалисты. Интересным представляется позиция Ф. Г. Шахкелдова[5], который отмечает, что поскольку адвокат обладает правом на представление доказательств, значит, он обладает правом и на их собирание. На наш взгляд, доказательства (согласно Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» – сведения), полученные защитником, хотя и при условии соблюдения законодательства, все равно могут таковыми не стать, так как их появление в материалах уголовного дела зависит от приобщения или же не приобщения (что чаще) лицами, ведущими предварительное расследование, а также соответствующего ходатайства защитника, заявленного в порядке ст. 119–120 УПК РФ. Кроме того, круг субъектов доказывания четко ограничен ч. 1 ст. 86 УПК РФ, как-то: следователь, дознаватель, прокурор и суд. Защитник же, несмотря на формулировку «вправе собирать доказательства», не будет являться субъектом доказывания, так как у него нет властных полномочий.

Остановимся подробнее на опросе адвокатом лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Пожалуй, наиболее неопределенной остается процедура фиксации результатов опроса. Однако уже изначально становится ясным, что *результаты опроса* (сведения) не могут являться доказательством в силу п. 1–3.1 ч. 2 ст. 74 УПК РФ. Показания же (что является одним из видов доказательств) «рождаются» исключительно *после допроса* лица (ст. 76–80 УПК РФ).

Интересным представляется замечание С. В. Юношева, которое относимо как к отображению опроса, так и к любым документам, полученным адвокатом в ходе выполнения им своей процессуальной функции: «...если адвокат считает необхо-

---

[2] О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 г. № 29 // Рос. газета. 2015. № 150.

[3] См.: *Лазарева В. А.* Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России : учеб. пособие. Самара, 2007. С. 174–182.

[4] См.: *Горя Н.* Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. 1990. №. 7. С. 22.

[5] См.: *Шахкелдов Ф. Г.* Участие защитника в доказывании на предварительном следствии : дис. … канд. юрид. наук. М., 2001.

димым приобщение документов, он должен по возможности устранить недостатки процессуальной формы (удостоверить документ, удостоверить факт подписания письма определенным лицом и т. д.)»[6]. Однако уголовно-процессуальное законодательство не содержит требований к оформлению результатов процессуальной деятельности адвоката, хотя и для лиц, ведущих предварительное расследование, ст. 476 УПК РФ («Перечень бланков процессуальных документов досудебного производства») утратила силу, что означает оформление документов в соответствии с законодательством, без какого-либо шаблона. Тем не менее бланки, которые использовались ранее в уголовном судопроизводстве, продолжают действовать ex silentio. В связи с этим было высказано предложение по фиксации полученных сведений в «протоколе опроса», который оформлялся бы по аналогии протоколу допроса[7]. Но надо иметь в виду, что опрос и допрос абсолютно разные процессуальные действия: допрос – это следственное действие, которое проводится уполномоченным субъектом нередко под угрозой привлечения допрашиваемого к уголовной ответственности за отказ от дачи или за дачу заведомо ложных показаний (ст. 306–308 УК РФ). Опрос же проводится исключительно на добровольных началах: отсутствует предупреждение об уголовной ответственности за дачу ложных показаний, а значит, существует потенциальная вероятность того, что мнение стороны защиты будет основано на недостоверной информации. Следовательно, при производстве опроса защитник получает именно *сведения*, а не *показания*, так как допрос, повторимся, он проводить не правомочен. Однако представляется, что полученные сведения могут служить основанием для проведения допроса, но только если об этом будет ходатайствовать защитник и если инициатива защитника будет «одобрена» лицами, ведущими предварительное расследование.

Недавно в УПК РФ были внесены изменения, направленные на усиление позиций защитников-адвокатов по уголовным делам. Статья 159 УПК РФ была дополнена ч. 2.2, которая закрепляет важное правило для лиц, ведущих предварительное расследование, – *защитнику не может быть отказано* в приобщении к материалам уголовного дела доказательств, в том числе заключений специалистов, если обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела и подтверждаются этими доказательствами. Несомненно, данное нововведение является новой ступенью развития для современного института адвокатуры, но не все так благополучно, как кажется на первый взгляд. Мы по-прежнему убеждены в том, что защитник-адвокат не собирает *доказательства*, а собирает лишь *сведения* по делу. В связи с этим возникает вопрос: какими «доказательствами» защитник собирается «подкреплять» свою позицию? Представляется, что к материалам уголовного дела будут приобщены следующие виды доказательств: заключение специалиста (но не его показания!), а также иные документы (согласно п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Вместе с тем значимость для уголовного дела иных доказательств, установленных ч. 2 ст. 74 УПК РФ, будет по-прежнему решать то лицо, в производстве которого находится уголовное дело; в случае, если защитник не находит подтверждения своим «доказательствам», их

[6] *Юношев С. В.* Некоторые тактические вопросы участия защитника в ходе предварительного расследования // Стратегия уголовного судопроизводства : материалы Междунар. науч. конф., посвященной 160-летней годовщине со дня рождения проф. И. Я. Фойницкого. СПб., 2007. С. 25.

[7] См., например: *Кронов Е. В.* Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия : сущность, значение, механизм производства. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Карякин Е.* Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Рос. юстиция. 2003. № 6. С. 57.

значимость будет также оцениваться следователем или дознавателем. Значение указанных нововведений может быть проверено только складывающейся практикой применения новых норм.

Возвращаясь к проблеме опроса адвокатом лиц с их согласия, отметим, что данная процедура не имеет четкой правовой регламентации. Это еще одна причина, по которой следователи (дознаватели) неохотно приобщают результаты опроса к материалам дела. Полагаем, заслуживают поддержки предложения законодательно урегулировать процесс опроса адвокатом лиц с их согласия при возможном участии нотариуса[8], который впоследствии мог бы заверить его конечный итог. Очевидно, что данный процесс будет крайне дорогостоящим, но все же необходимо предусмотреть случаи назначения нотариуса по аналогии с назначением защитника, так как процессуальной функцией нотариата является *защита* прав и законных интересов граждан путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации (ст. 1 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате»).

В п. 3 ч. 2 ст. 86 УПК РФ указывается на возможность истребования адвокатом справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии. Надо сказать, что перечисленные органы обязаны предоставить подобную информацию в 30-дневный срок, что в принципе неразумно и необоснованно. Кроме того, в исключительных случаях подобный срок может быть продлен еще на 30 дней с предварительным уведомлением адвоката. Между тем основания для продления указанного срока законодателем не раскрыты. В связи с этим нельзя не признать правильным мнение А. Шабанова о том, что «лицо, получившее адвокатский запрос, может направить адвокату уведомление о продлении срока ответа в день получения запроса в целях ухода от ответственности либо в целях создания особых временных условий, позволяющих не торопиться с направлением ответа на запрос»[9]. Однако ответственность для данных субъектов все-таки предусмотрена в ст. 5.39 КоАП РФ – штраф в размере от 1000 до 3000 рублей, что является, с одной стороны, крайне несущественной санкцией, а с другой – стимулом для адвоката не опускать руки, двигаться дальше, а также надеждой для последнего на содействие в истребовании сведений от вышеупомянутых органов.

Надеемся, что в будущем санкция за оставление без ответа адвокатского запроса повысится, срок рассмотрения сократится, и механизм института адвокатского запроса будет в полной мере реализован на практике.

Отметим, что Минюст России утвердил образец адвокатского запроса[10], что, безусловно, имеет важное значение. Представляется, что, благодаря данной рекомендуемой форме, норма, посвященная адвокатскому запросу, не будет являться «мертвой»; адвокату будет легче получить необходимую информацию, соблюдая предложенную форму. Хотелось бы заметить, что до утверждения рекомендуемой формы и в связи с отсутствием четких требований в законе к составлению адвокатского запроса, многие запросы оставались без ответа. Так, Мосгорсуд в своем

---

[8] См. подробнее: *Руднев В., Беньягуев Г.* Возможно ли участие нотариуса в уголовном судопроизводстве? // Рос. юстиция. 2002. № 8.

[9] *Шабанов А.* Адвокаты усилят свои позиции // ЭЖ-Юрист. 2016. № 27. С. 5.

[10] Приказ Минюста России от 14 декабря 2016 г. № 288. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

решении признал правомерным неисполнение адвокатского запроса, ввиду того, что адвокат ненадлежащим образом подтвердил свой статус (не приложил ордер адвоката, копию удостоверения адвоката) [11].

Отметим, что в уголовном судопроизводстве состязательность пока что в полной мере реализуется *только* на судебных стадиях уголовного процесса; досудебное производство в большей степени обладает признаками инквизиционного процесса (например, существует тайна предварительного следствия, ведется протоколирование и др.).

Для устранения выявленных проблем предлагаем ввести отдельную статью, регламентирующую процесс опроса защитником лиц с их согласия; а также предусмотреть случаи участия нотариуса при осуществлении адвокатом опроса лиц с их согласия, для того чтобы сведения, полученные в результате опроса, могли быть приобщены в качестве доказательства по делу, если невозможно провести допрос указанного лица в соответствии с ч. 2 ст. 159 УПК РФ. Считаем необходимым установить обязательность для следователя (дознавателя) приобщать к материалам дела не только *доказательства*, как это указано в ч. 2.2 ст. 159 УПК РФ, но и *сведения*, полученные адвокатом, чтобы суд в рамках рассмотрения дела мог самостоятельно взвесить все pro et contra.

Представляется целесообразным в ст. 5.39 КоАП РФ сократить сроки ответа органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций на адвокатский запрос до 10 суток, с максимальным продлением до трех суток или без оного; ввести объективные основания для продления срока ответа; повысить размер санкции от 15 000 до 25 000 рублей.

В Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации» предлагаем ввести соответствующую статью, которая позволяла бы адвокату беспрепятственно иметь допуск к любой тайне, охраняемой федеральным законом, если недопуск к ней может отразиться на объективности расследования и интересах подзащитного.

---

[11] Апелляционное определение Московского городского суда от 28 июля 2015 г. по делу № 33-23210/2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Московский государственный юридический университет
имени О. Е. Кутафина
Дорошева А. А., *студент*

Moscow State Law University named after O. E. Kutafin
Dorosheva A. A., *Student*
E-mail: mayak88@yandex.ru

УДК 343

Л. В. Шульгина

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ ПОДОЗРЕВАЕМОГО ИЛИ ОБВИНЯЕМОГО, ЗАКЛЮЧИВШЕГО ДОСУДЕБНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

УПК РФ закрепляет ряд положений, являющихся гарантией защиты от посткриминального воздействия на лиц, содействующих правоохранительным органам. Несмотря на это, не всегда, при возникновении необходимости, существует возможность применения закрепленных уголовно-процессуальным законодательством мер защиты. В связи с этим особое внимание стоит уделить ст. 11 УПК РФ как основополагающей норме-принципу, регулирующей основания и порядок обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства, а также ст. 317.9 УПК РФ, которая устанавливает возможность реализации мер безопасности в отношении конкретного субъекта преступления – подозреваемого или обвиняемого.

К л ю ч е в ы е с л о в а: обеспечение безопасности, подозреваемый, обвиняемый, меры защиты.

SOME QUESTIONS OF SAFETY OF THE SUSPECT OR THE ACCUSED, WHICH HAS CONCLUDED A PRE-TRIAL AGREEMENT ON COOPERATION

Code of criminal procedure establishes a number of provisions which guarantee protection from post-exposure to persons assisting law-enforcement agencies. Despite it can be not always, when the need arises, there is a possibility of application enshrined in the criminal procedure law protection measures. In this regard, special attention should be paid to article 11 code of criminal procedure, as the fundamental norm of principle governing the grounds and procedure for ensuring the safety of participants in criminal proceedings and article 317.9 code of Criminal procedure, which establishes the possibility of – implementing security measures in relation to a particular offender suspect or the accused.

K e y w o r d s: security, suspect, accused, protection measures.

Поступила в редакцию 4 апреля 2018 г.

В последнее время все более актуальной становится проблема обеспечения безопасного участия субъектов уголовно-процессуальных отношений в ходе расследования уголовных дел. В юридической науке принято считать, что нормативно-правовая база института безопасности в Российской Федерации уже сформирована. В частности, УПК РФ закрепляет ряд положений, являющихся гарантией защиты от посткриминального воздействия на лиц, содействующих правоохранительным органам. Так, к числу законодательных актов, регулирующих возможность применения мер защиты к субъектам уголовного судопроизводства, можно отнести Конституцию РФ (ст. 46, 52), УПК РФ, УК РФ, федеральные законы «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», «Об оперативно-розыскной деятельности» и др. Несмотря на существование обширного круга нормативных источников, регулирующих сферу обеспечения безопасности участников уголовно-процессуальных отношений, эффективность применения защитных мер на практике, тем не менее, оставляет желать лучшего.

© Шульгина Л. В., 2018

На наш взгляд, первопричина тому кроется в недостаточной согласованности положений различных законодательных актов. Кроме того, формулировка и содержание отдельных статей вышеуказанных источников требует совершенствования. С этим суждением согласны некоторые ученые. Например, Г. А. Скрипилев полагает, что законодательство не в полной мере гарантирует безопасные условия вовлечения в производство по уголовным делам обычных граждан, передающих доказательственную информацию соответствующим органам[1]. Об этом же свидетельствуют и результаты социологических исследований. Так, согласно данным опроса 2013 г. ВНИИ МВД России, только 37 % граждан считают, что содействовать органам внутренних дел следует всегда. Остальные опрошенные видят в этом необходимость лишь в некоторых случаях или вовсе не считают свое содействие необходимым. 34,8 % респондентов указали, что не сообщат в полицию о факте преступления, если случайно станут очевидцами. В 2016 г. всего лишь 38,6 % граждан, опрошенных в 85 субъектах РФ, выразили уверенность в защищенности своих личных и имущественных интересов[2].

Вышесказанное свидетельствует о необходимости доработки положений законодательства в сфере обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводств, в том числе и норм УПК РФ.

В рамках обозначенной проблемы, в более узком аспекте, можно говорить об отдельных недостатках уголовно-процессуального регулирования обеспечения безопасности подозреваемого или обвиняемого, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве. Так, в ст. 317.9 в качестве условия для применения рассматриваемых мер защиты используется такое оценочное основание, как «необходимость обеспечить безопасность». В ст. 16 Федерального закона «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» предпринята попытка уточнить, что является подобной «необходимостью» или основанием обеспечения безопасности. В качестве таковой рассматриваются данные о наличии реальной угрозы безопасности защищаемого лица, уничтожения или повреждения его имущества в связи с участием в уголовном судопроизводстве, установленные органом, принимающим решение об осуществлении государственной защиты. Нормы федерального закона лишь расширяют круг возникающих при обращении к ст. 317.9 УПК РФ вопросов, а использованная законодателем терминология остается неконкретной и расплывчатой.

Более того, можно говорить и том, что положения ст. 317.9 УПК РФ в современной формулировке «при необходимости обеспечить безопасность...» вступают в противоречие с содержанием ч. 3 ст. 11, а именно с приведенным в ней основанием «при наличии достаточных данных...». Иными словами, возникает возможность произвольного применения указанных мер в отношении единственного, конкретно определенного участника уголовного судопроизводства – подозреваемого или обвиняемого, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве. Подобное противоречие не только указывает на внутреннюю несогласованность уголовно-процессуального законодательства, но и способно привести к незаконному ограничению прав и свобод других субъектов, задействованных в уголовно-процессуальной сфере. Таким образом, уместно было бы говорить о необходимости

[1] См.: *Скрипилев Г. А.* Применение, изменение и отмена мер безопасности участников российского уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... канд.юрид. наук. М., 2013. С. 3.

[2] См.: Работа полиции : доверие и оценка. URL: https://мвд.рф/publicopinion (дата обращения: 04.10.2017).

корректировки ст. 317.9 УПК РФ. Однако прежде следует обратить особое внимание на содержание ст. 11 УПК РФ, которая выступает основной нормой-принципом по отношению к ст. 317.9 УПК РФ и в силу своего установочного характера несет в себе базовые, детальные положения о порядке и основаниях применения мер безопасности. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 11 УПК РФ таким основанием выступает «наличие 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».

В первую очередь возникает вопрос о том, как именно стоит трактовать термин «достаточные данные», что под ними понимать, и в какой форме или в каком виде такие данные могут быть представлены правоохранительным органам? В юридической науке существует несколько точек зрения по этому вопросу. Наиболее справедливой представляется позиция Л. В. Брусницына. Согласно его доводам информация, представляющая собой те самые достаточные данные, в некоторых случаях может быть не обличена в форму доказательств. Это связано с тем, что к предмету доказывания подобного рода сведения отношения иметь не будут[3]. Таким образом, отталкиваясь от последнего, нужно согласиться и с тем, что такие достаточные данные могут быть получены не только посредством доказывания в уголовном судопроизводстве, но и путем проведения мероприятий оперативно-розыскного характера, что, безусловно, требует должного отображения в законодательстве.

Помимо рассмотренных аспектов существуют и иные несовершенства содержания ст. 11 УПК РФ. Например, ч. 3 указанной нормы включает в себя исчерпывающий перечень видов возможного воздействия на каждого участника уголовно-процессуальных отношений: это может быть либо угроза убийством, либо применение насилия, либо уничтожение или повреждение имущества, либо иные опасные противоправные деяния. По нашему мнению, данный перечень является неполным и требует доработки. Необходимо обратить внимание на то, что законодатель, использует в тексте статьи такое понятие, как «иное противоправное деяние», и нигде более в законе расшифровку этому термину не дает.

Кроме того, помимо перечисленных способов оказания посткриминального давления на потерпевшего, свидетеля и иных участников уголовного судопроизводства, на практике часто применялись и иные, не противоправные методы воздействия. Как правило, в таких случаях злоумышленниками преследуется цель создания психологического дискомфорта, паники лица, обладающего сведениями о преступлении. В круг указанных методов входят такие действия, как уговоры, просьбы, мольбы, стремление вызвать жалость, преследование лицами с характерной внешностью, анонимные звонки по месту работы и пр. Нельзя не упомянуть и о действиях со стороны заинтересованных лиц, порочащих честь и достоинство содействующего расследованию участника уголовного процесса. В подобных ситуациях, на наш взгляд, появляется необходимость защиты принимающего участие в раскрытии преступления субъекта. Существенным здесь является не вид воздействия, а цель его совершения – воспрепятствование осуществле-

[3] См.: *Брусницын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию : мировой опыт и развитие российского законодательства (процессуальное исследование). М., 2010. С. 59.

нию уголовного судопроизводства или из мести за участие в нем[4]. Представляется, что для реализации возможности своевременного применения мер обеспечения безопасности субъектов уголовно-процессуальных отношений достаточным основанием уместно было бы считать и полученное правоохранительными органами заявление от таких субъектов о реально существующей или возможной угрозе, направленной в их адрес или в адрес их родственников и близких. Поэтому, несмотря на то что изначально законодатель не предусмотрел подобной ситуации в качестве одного из оснований для применения мер безопасности, считаем, что рассмотренный нами аспект требует должной регламентации.

Возвращаясь к ст. 317.9 УПК РФ, следует еще раз отметить, что в качестве специальной нормы, регулирующей обеспечение безопасности подозреваемых (обвиняемых), заключивших досудебное соглашение о сотрудничестве, она не должна вступать в противоречие с основной нормой, которой является ст. 11 УПК РФ. Таким образом, согласование ст. 317.9 УПК РФ и ст. 11 УПК РФ требует решения целого комплекса вопросов.

1. Могут ли данные, делающие возможным применение мер безопасности к участникам уголовного судопроизводства, в частности к подозреваемому (обвиняемому), заключившему сделку со следствием, быть получены оперативно-розыскным путем?

2. Стоит ли говорить о необходимости включения в ст. 317.9 ссылки на уже содержащиеся в УПК РФ меры безопасности превентивного характера в отношении указанного субъекта уголовного процесса?

3. Могут ли действия непротивоправного характера (уговоры, просьбы и т. д.) со стороны других соучастников стать основанием для применения к подозреваемому (обвиняемому), дело которого выделено в отдельное производство, мер, обеспечивающих его безопасность?

Думается, что с учетом ранее проведенного анализа положений ч. 3 ст. 11 УПК РФ на все поставленные вопросы можно ответить утвердительно.

В связи со всем ранее сказанным представляется уместным изложить ч. 3 ст. 11 УПК РФ в новой редакции следующего содержания:

«При наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают или могут угрожать убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными деяниями в целях воспрепятствования осуществлению уголовного судопроизводства или из мести за участие в нем, суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные статьями 166, частью девятой; 186, частью второй; 193, частью восьмой; 241, пунктом 4 части второй; 278, частью пятой, настоящего Кодекса, а также иные меры безопасности, предусмотренные законодательством Российской Федерации».

Полагаем также необходимым дополнить ст. 11 УПК РФ новыми положениями:

«3.1. Достаточными данными о наличии угрозы в отношении потерпевшего, свидетеля или иных участников уголовного судопроизводства, а также их близких родственников могут быть как доказательства такого воздействия,

---

[4] См.: *Прыткова Е. В.* К вопросу об основаниях применения процессуальных мер обеспечения безопасности подозреваемого (обвиняемого), заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве // Алтайский юрид. вестник. 2013. Вып. 3. С. 79–83.

уже находящиеся в распоряжении правоохранительных органов, так и иные данные, в том числе полученные посредством оперативно-розыскной деятельности».

С целью исключения из текста ст. 317.9 УПК РФ неоднозначных моментов, устранения рассмотренных недостатков предлагаем изложить ее в следующей редакции:

«1. При наличии достаточных данных о том, что подозреваемому или обвиняемому, заключившему досудебное соглашение о сотрудничестве, а также его близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают или могут угрожать убийством, применением насилия, совершением иных действий противоправного характера либо иными деяниями с целью воспрепятствования осуществлению правосудия либо из мести за содействие правоохранительным органам, суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, орган дознания, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные ч. 9 ст. 166, ч.2 ст. 186, ч. 8 ст. 193, п. 4 ч. 2 ст. 241, ч. 5 ст. 278, ч. 3 ст. 317.4, п. 4 ч. 1 ст. 154, ч. 1 ст. 216, ч. 4 ст. 35 настоящего кодекса. 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.

2. Достаточными данными о наличии угрозы в отношении подозреваемого или обвиняемого, заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, могут быть как доказательства такого воздействия, уже находящиеся в распоряжении правоохранительных органов, так и иные данные, в том числе полученные посредством оперативно-розыскной деятельности.

3. Прокурор, руководитель следственного органа, следователь, орган дознания, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель должны обеспечить полную конфиденциальность информации о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве и его условиях».

Представляется, что приведенные предложения по изменению содержания ст. 317.9 и ст. 11 УПК РФ будут способствовать устранению возникающих на практике проблем, внесут ясность в понимание содержания положений указанных норм и повысят эффективность действия института обеспечения безопасности всех участников уголовного судопроизводства.

Воронежский государственный университет

Шульгина Л. В., *магистрант*

Voronezh State University

Shulgina L. V., *Undergraduate*

E-mail: lsh94@yandex.ru

Винсент Ван Гог. «Прогулка заключенных» (1890)

ЗАМКНУТЫЙ КРУГ

В Пушкинском изобразительном музее, в Москве выставляется одно из самых пронзительных и трагичных произведений Винсента Ван Гога (1853–1890) «Прогулка заключенных». Картина написана в последний год жизни художника в психиатрической лечебнице Сен-Реми, где он добровольно находился из-за часто повторяющихся приступов душевной болезни. В больнице были созданы все условия для работы, однако тяжелое состояние не всегда позволяло Ван Гогу писать с натуры. Поэтому основным занятием для него стало копирование работ других мастеров, затрагивающих ужасы жизни, что вполне отвечало подавленному настроению самого художника.

Источником трагического вдохновения послужила известная гравюра Гюстава Доре «Острог», на котором изображен так называемый «парад заключенных» в Нью-Гейтской тюрьме, печально известной своими кошмарными условиями содержания. «Парад» проводился вовсе не с целью прогулки осужденных, а для того, чтобы присутствующие на прогулке сыщики хорошенько запомнили наружность преступников.

Ван Гог точно скопировал композицию картины. На дне колодца бесконечных кирпичных стен бессмысленно и безвольно, как заведенные механизмы, бредут по замкнутому кругу обреченные люди. Их причудливые тени в беспорядке ложатся на каменные плиты, и от этих теней камни словно начинают шевелиться, а сверху на них пустыми глазницами равнодушно взирают окна. Ощущение безысходности кругового движения заключенных, не зависимого от их собственной воли, усиливается холодными, синевато-зелеными, болотно-илистыми цветами безысходной тоски.

Ван Гог наделяет полотно своим собственным эмоциональным звучанием, благодаря чему оно перестает быть просто копией. Мотив безнадежной обреченности был близок ему, поскольку в лечебнице он чувствовал себя узником, сломленным и увязшим в замкнутом пространстве. Ван Гог создал глубоко исповедальное произведение: художник, как и заключенные, втянут в бесконечно повторяющийся, сводящий с ума цикл тюремной жизни (душевной болезни), над которой он не властен.

«Прогулка заключенных» Ван Гога – одна из самых мрачных картин о том, что нет выхода из тупика, где жизнь подобна замкнутому кругу… Эта картина – вариация на тему «мертвого дома», дома, ставшего гробом…

Но надежда все же есть! Центральный заключенный выглядит не так, как все, выделяется из всей колонны: он поднял голову, на которой нет шапки, у него подсвечены волосы. Ван Гог наделяет его своими чертами, что уже делает полотно автобиографичным. Если внимательно присмотреться к направлению его ступней, то видно, что заключенный меняет вектор своего движения, пытается выйти за пределы монотонного цикла, направиться к зрителю, вырваться из бесконечной череды ужасов жизни, освободиться… Узник смотрит прямо в глаза зрителю, будто хочет что-то сказать нам... Может, замкнутый круг наконец разорвется?

Д. Зотов