

Министерство внутренних дел Российской Федерации
Омская академия

В. В. КАЛЬНИЦКИЙ

НЕПОСРЕДСТВЕННОСТЬ
СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
И ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ
ОРГАНОВ РАССЛЕДОВАНИЯ

Учебное пособие

Омск
Ома МВД России
2019

УДК 343.1(075)
ББК 67.629.376я73
К17

Рецензенты:

кандидат юридических наук, доцент *Л. В. Черепанова*
(Барнаульский юридический институт МВД России);
кандидат юридических наук, доцент *О. А. Зеленина*
(Уральский юридический институт МВД России, г. Екатеринбург)

Кальницкий, В. В.

К17 Непосредственность судебного разбирательства и доказательственная деятельность органов расследования : учеб. пособие. Омск : Омская академия МВД России, 2019. — 136 с.

ISBN 978-5-88651-709-5

В учебном пособии рассматривается начало непосредственности как одно из основных условий судебного разбирательства. Анализируются особенности производства следственных и иных процессуальных действий по сборанию доказательств, обусловленные дальнейшим исследованием собранных доказательств в обстановке судебного заседания. Делается акцент на аспектах уголовного преследования в досудебном производстве в контексте непосредственности судебного разбирательства.

Адресовано курсантам, слушателям образовательных организаций МВД России, а также преподавателям юридических вузов и сотрудникам правоохранительных органов.

УДК 343.1(075)
ББК 67.629.376я73

ВВЕДЕНИЕ

Непосредственность судебного разбирательства выступает одним из базовых общих условий судебного разбирательства. Значение данного условия не ограничивается исключительно рамками судебного следствия, хотя полномасштабно реализуется оно именно здесь. Будучи формой итогового исследования доказательств, непосредственность судебного разбирательства предопределяет стандарты доказательственной деятельности в досудебном производстве, поэтому весьма важно, несмотря на разность условий досудебного и судебного доказывания, изучать их во взаимосвязи с акцентом на обеспечении органами расследования исследования полученных доказательств в состязательном судебном следствии.

Переход от уголовного процесса советского типа к современному уголовному судопроизводству характеризуется неравномерностью (несинхронностью) развития досудебной и судебной его частей. Под влиянием конституционного регулирования, правовых позиций Конституционного Суда РФ, норм международного права, прецедентов Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) судебное производство меняется значительно, чем порождает дисбаланс, требующий осмысления. В частности, состязательное судебное следствие, подчиняющееся требованиям непосредственности, устности и очности, является самодостаточным для того, чтобы сформировать полноценное доказательство на основе любых сведений, даже предварительно не закрепленных. В связи с этим нелогичным выступает то обстоятельство, что, введя в российский уголовный процесс состязательное судебное следствие, законодатель одновременно ужесточает требования к досудебному доказыванию и продолжает развивать средства уголовно-процессуального доказывания в направлении их дальнейшей формализации. Предусмотрена беспрецедентная процедура «инвентаризации» при передаче уголовного дела в суд всех полученных в досудебном производстве доказательств и признания тех из них, которые собраны с нарушением закона (независимо от характера и степени нарушения), недопустимыми (ст. 235 УПК РФ). Непоследовательность заключается в том,

что исключенный по формальным моментам фрагмент реальности окажется недоступным для совершенного механизма судебного познания, значит, не будет реализована потенциальная способность сформировать на его основе полноценное судебное доказательство. Правоприменительная практика избегает использования иных процессуальных действий по собиранию доказательств (например, истребования и представления) по причине их недостаточной регламентации, не позволяющей рельефно, понятно для суда обозначить факт вхождения сведений (предметов, документов) в уголовное дело. Здесь, на наш взгляд, недооценивается интерпретация доказательств, в том числе способов их собирания, которая может быть дана представителями сторон и взаимно оспорена.

Советское доказательственное право исходило из того (на нормативном уровне это сохраняется и в настоящее время), что доказательства формируются в досудебном производстве, а затем передаются в рамках уголовного дела в суд, где проверяются. Возвышение роли суда (составительского судебного следствия) актуализировало идею, что доказательство может быть только судебным (показания свидетеля становятся таковыми не тогда, когда они даны следователю и зафиксированы в протоколе следственного допроса, а после непосредственного восприятия судом и сторонами и проверки их достоверности перекрестным допросом). Вместе с тем действующий закон позволяет при определенных условиях воспользоваться оглашенными в суде следственными показаниями. Пределы такого использования в настоящее время слишком подвижны, чтобы можно было однозначно говорить о доминировании судебного доказывания над доказыванием следственным. Несмотря на наличие разъяснений Пленума Верховного Суда РФ и ряда научных публикаций, остается не до конца проясненным порядок оспаривания в досудебном производстве показаний допрошенных лиц как условия их оглашения в случае неявки этих лиц в судебное заседание.

От нормативного подхода к доказательствам зависит трактовка непосредственности судебного разбирательства, согласно которой суд должен воспринять доказательство лично, а не через чью-то деятельность. Согласно закону доказательствами выступают и на практике очень распространены протоколы следственных действий, отражающие результаты познавательной деятельности органа расследования. Возникает вопрос, когда будет реализовано начало непосредственности при использовании, например, протокола осмотра места происшествия: при исследовании в судебном заседании составленного следователем протокола или при проведении судебного осмотра составом суда с участием сторон?

При формальном подходе требование непосредственности соблюдено в обоих случаях, поскольку и обстановка, и протокол восприняты судом без посредников. Если считать, что сведения в протоколе — это отражение реальности, опосредованное деятельностью органов расследования, то исследование протокола с идеей непосредственности не сочетается.

Реализация в судебном следствии механизма непосредственного исследования доказательств требует от суда и сторон значительных усилий. Возрастание начала непосредственности замедляет продвижение дела в стадии судебного разбирательства (срабатывает обратно-пропорциональная зависимость: чем выше доверие к следственным доказательствам и меньше судебных усилий по их формированию, тем больше дел может быть рассмотрено в общем порядке). Рост качественного уровня непосредственности привел к возрастанию до критического уровня судебных производств, где данное начало не реализуется вообще. Судебная власть столкнулась с невозможностью реализовать начало непосредственности по каждому уголовному делу. Предшествующее уголовно-процессуальное законодательство, следуя правилу «лучше меньше, да больше», не допускало случаев проведения судебного разбирательства без непосредственного исследования доказательств как такового. Законодатели и правоприменители балансируют между идеальным (высокой идеей формирования доказательств только по результатам непосредственного исследования обстоятельств дела сторонами перед лицом независимого суда) и возможностью его реального воплощения. Весьма спорной представляется нормативная конструкция особых производств, в соответствии с которой повод для отказа от общего порядка судебного разбирательства формируется органами преследования, а не сторонами и судом в начале судебного следствия.

Имеются основания считать, что произошедшее в 2007 г. существенное ограничение полномочий прокурора при надзоре за исполнением законов органами предварительного следствия не учитывает возросшей сложности представления государственным обвинением доказательств в состязательном судебном следствии, затрудняет заблаговременную подготовку к поддержанию обвинения, создает предпосылки для опоры в суде главным образом на материалы досудебного производства.

Глава 37 «Судебное следствие» УПК РФ, на наш взгляд, с процедурной точки зрения не в полной мере соответствует общему условию непосредственности судебного разбирательства. Спорным представляется подход законодателя к регламентации круга и порядка производства

в судебном разбирательстве судебных действий следственного характера, по крайней мере, сомнительными выглядят ссылки на их проведение по правилам, предусмотренным для досудебного производства.

Эти и другие вопросы соотношения досудебного доказывания и непосредственного судебного исследования доказательств в недостаточно доступной форме освещены в учебной литературе и сложны для усвоения при изучении уголовно-процессуального права. Данное обстоятельство предопределило выбор предмета изложения в настоящем издании.

§ 1. Непосредственность как общее условие судебного разбирательства

Непосредственность является одним из важнейших условий рассмотрения уголовного дела в стадии судебного разбирательства. Основной линией судебного разбирательства выступает исследование судом, рассматривающим уголовное дело, представленных сторонами обвинения и защиты доказательств, указывающих на совершение (или несовершение) подсудимым вменяемого органами преследования преступления, наличие отягчающих или смягчающих вину обстоятельств. Именно данное судебное исследование доказательств обязано протекать в условиях непосредственности: оно должно быть организовано таким образом, чтобы суд лично воспринимал все используемые им при разрешении дела доказательственные сведения.

Непосредственность судебного разбирательства — универсальное требование, присущее не только уголовному, но также гражданскому и административному судопроизводству. Гражданский суд (административное судопроизводство есть обособившаяся разновидность судопроизводства гражданского) разрешает дело на основе непосредственного ознакомления с доказательственными сведениями: заслушивает объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, заключения экспертов, знакомится с письменными доказательствами, прослушивает аудиозаписи и осматривает вещественные доказательства (ст. ст. 58, 74, 79, 157 и др. Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ); ст. ст. 13, 59 и др. Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС РФ)). Применительно к административному судопроизводству требование непосредственности судебного разбирательства возведено до уровня принципа судопроизводства в целом (п. 6 ст. 6 КАС РФ). Законодатель исходит из того, что представление о спорных обстоятельствах суд должен получать лично, оценивая как источник, так и содержание информации.

В сравнении с гражданским судопроизводством, не содержащим формализованной досудебной части, в уголовном процессе начало непо-

средственности имеет гораздо большее значение. В гражданском процессе судебное исследование представляемых сторонами материалов всегда является первым. Суд выступает единственным органом, юридически формирующим судебные доказательства. До суда никакой государственный орган доказательственные сведения не оформлял, не оценивал и не использовал. Стороны представляют суду предметы, документы, сведения о лицах, располагающих той или иной информацией. До начала судебной интерпретации все носители доказательственных сведений, относящихся к спорным событиям, не приобретают статуса доказательств. Суд работает не с готовыми доказательствами, а впервые их формирует. Значит, между источником доказательственных сведений и судом, исследующим их в судебном заседании, нет никакого промежуточного изучения.

Специфика уголовного судопроизводства состоит в том, что оно подразделяется на досудебное производство и судебное производство по уголовному делу (п. 56 ст. 5 УПК РФ). Уголовное судопроизводство относится к процессу смешанного типа. В основу досудебной части уголовного судопроизводства положено розыскное начало, судебное же производство подчиняется принципу состязательности и равноправия сторон. Это означает, что должностные лица органов предварительного расследования в силу обязанности самостоятельно исследуют событие преступления и связанные с ним обстоятельства, имеющие значения для дела, формируют на основе собранных сведений доказательства: показания потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, свидетелей, протоколы следственных действий, заключение эксперта, вещественные доказательства и др. К моменту судебного разбирательства в уголовном суде следы преступления в виде объективного (на предметах материального мира) и субъективного (в сознании людей) отражения уже исследованы, доказательства собраны¹. В итоговом документе предварительного расследования (обвинительном заключении или обвинительном акте), направляемом вместе с уголовным делом в суд, картина преступления представлена через доказательственные сведения в завершённом виде.

Производимое судом изучение обстоятельств преступления является повторным исследованием по отношению к предварительному расследованию, поэтому предварительное исследование объективно выступает посредником между реальным событием, которое требуется познать, и судебным следствием. Тогда возникает вопрос: в чем заключается непосредственность судебного разбирательства?

¹ Исключением выступают только дела частного обвинения, производство по которым по общему правилу не проходит стадию предварительного расследования.

Для ответа на данный вопрос важно определиться в некоторых исходных положениях, например, понять, что исследует суд: только доказательственные сведения, представленные органом расследования и выступающие отражением реальности, либо саму реальность (событие преступления). Подобное противопоставление («либо-либо») не совсем правильно. Полагаем, корректнее вести речь об исследовании (проверке) судом как доказательств, так и события преступления и связанных с ним обстоятельств.

Базовой нормой для выражения начала непосредственности судебного разбирательства служит ст. 240 УПК РФ, в части 1 которой закреплено, что в судебном разбирательстве все *доказательства* по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию. Суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, производит другие следственные действия по исследованию доказательств. Буквальное прочтение данной нормы не оставляет сомнений в том, что закон говорит о непосредственной работе суда со сформированными органами расследования в досудебном производстве доказательствами. Закон употребляет четыре глагола, выражающих непосредственную работу суда: суд «заслушивает», «осматривает», «оглашает», «производит». Причем вся обозначенная деятельность предполагает различные непосредственные манипуляции суда со сведениями, отобранными на этапе досудебного производства и оформленными в качестве доказательств. Закон прямо не говорит о деятельности суда по установлению события преступления и связанных с ним обстоятельств. Предполагается, что они (событие и обстоятельства) всесторонне и полно установлены совокупностью доказательств, собранных органами расследования. Основная задача суда, как можно было бы посчитать, состоит в проверке качества следственных доказательств и формировании на их основе итоговых выводов по делу.

На самом деле ситуация выглядит несколько иначе. Судебное следствие — это повторное (новое) следствие по делу, в ходе которого суд должен установить картину преступления. Такой акцент следует считать правильным в русле стратегического определения места и роли судебного следствия в уголовном судопроизводстве. Фактически суд опирается на доказательства, собранные в досудебном производстве, но у него имеется потенциальная возможность лично (дополнительно к тому, что проделали органы расследования) воспринимать реальность по ее отражению на предметах материального мира и в сознании людей.

Важно, что исследование (проверка и оценка) судом содержащихся в уголовном деле уже сформированных доказательств не свидетельствует о полном отсутствии реальной непосредственности. Конструкция (форма) доказательств такова, что, исследуя их, суд не только знакомится с переработанным в сознании следователя (например, составленным им протоколом осмотра, освидетельствования, обыска и т. д.) или эксперта (заключением эксперта) материалом, но и непосредственно воспринимает следы преступления и связанные с ним обстоятельства. Так, среди видов доказательств закон называет *показания* ряда участников: подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего, эксперта, специалиста. Показания (устные сведения) получает следователь и фиксирует в протоколе допроса (ст. ст. 76–79, 190 УПК РФ). Однако, несмотря на протоколирование показаний, видом доказательства выступает не протокол следственного действия (п. 5 ч. 2 ст. 74 УПК РФ), а именно показания (пп. 1–3¹ ст. 74 УПК РФ). Другими словами, такого доказательства, как протокол допроса, не существует, доказательствами выступают показания. Протокол исполняет роль хранилища показаний на тот случай, когда закон разрешает в порядке исключения обратиться к ним в ходе судебного следствия (ст. ст. 276, 281 УПК РФ) или когда дело рассматривается в особом порядке и непосредственное исследование показаний не предусмотрено вообще (главы 40, 40¹ УПК РФ).

Обозначение в качестве вида доказательства не протокола, а показаний осуществлено в целях обеспечения непосредственного восприятия судом устных сведений, исходящих от носителей информации. Составленный в досудебном производстве протокол опосредован рациональным мышлением следователя, поэтому содержание записанного может быть деформировано. Кроме того, устные показания в суде воспринимаются сторонами и проходят проверку встречными вопросами (перекрестным допросом). В настоящее время принято говорить, что показания становятся таковыми, т. е. приобретают полную доказательственную силу, только при условии, что они даны перед судом и с участием в их интерпретации сторон².

Показания (устные сведения) являются продуктом не только допроса, но в той или иной степени также других следственных действий, таких как

² По мнению С. П. Гришина, нужно принять за правило, что только после испытания перекрестным допросом показание становится судебным доказательством, которое можно использовать при итоговой аргументации в прениях (Гришин С. П. Судебное следствие в смешанном уголовном процессе (гносеологический, процессуальный и тактико-криминалистические аспекты). М., 2008. С. 328).

очная ставка, проверка показаний на месте, предъявление для опознания³. В целях обеспечения условия непосредственности судебного разбирательства Верховный Суд РФ последовательно формирует практику, исключаящую подмену показаний иными видами доказательств, содержащих устные пояснения участников процесса. Дело в том, что непосредственно исследовать показания — значит воспринять их лично. Если участник процесса не явился в судебное заседание, то его показания по общему правилу для суда не существуют. Но запрета на оглашение протоколов следственных действий в случае неявки участника, в том числе и тех, частью которых являются показания, нет. Протоколы следственных действий оглашаются в порядке ст. 285 УПК РФ свободно по ходатайству стороны или инициативе суда. Следовательно, устные сведения, оформленные как показания, использованию не подлежат, но те же самые сведения, содержащиеся в доказательстве другого вида, становятся доступными для суда. Условие непосредственности соблюдается здесь не в полной мере.

Политика Верховного Суда РФ, направленная на минимизацию случаев подмены показаний формально иными видами доказательств и, по сути, воспроизводящими их (показания) в обход условия непосредственности судебного разбирательства, правильная. Однако она нуждается в большей конкретизации. Так, применительно к отдельным уголовным делам высший судебный орган распространяет запрет оглашения показаний в отсутствие участника процесса на протоколы очных ставок и проверки показаний на месте, фактически содержащие такие показания⁴. Судебная коллегия по уголовным делам называет показаниями сведения, сообщенные свидетелем и закрепленные в протоколе предъявления для опознания⁵. В разъяснении же Пленума, которое должно иметь обобщающий характер, говорится только об очной ставке как следствен-

³ Данный аспект, на наш взгляд, справедливо нашел отражение в научном определении понятия «показания», сформулированного проф. А. А. Давлетовым. Ученый указывает, что показания — «это устные сведения, сообщенные свидетелем, потерпевшим, обвиняемым или другим участником уголовно-процессуальной деятельности об известных ему обстоятельствах уголовного дела в ходе допроса или *иного следственного действия* (выделено мной. — В. К.) и закрепленные в протоколе» (Давлетов А. А. Уголовное судопроизводство Российской Федерации. Общая часть : курс лекций. Екатеринбург, 2010. С. 157). В более поздних изданиях процитированного курса лекций автор, видимо, в целях приближения даваемой им дефиниции к тексту закона исключил ссылку на возможность получения показаний в ходе иных следственных действий (*Его же*. Уголовное судопроизводство Российской Федерации : курс лекций. Екатеринбург, 2016. С. 96).

⁴ *Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации*. 2006. № 6. С. 29, 30.

⁵ Там же. 2017. № 12. С. 10, 11.

ном действии, в ходе которого наряду с допросом формируются показания как вид доказательства. В частности, в постановлении сказано, что «исследование ранее данных при производстве предварительного расследования или в суде показаний подсудимого, потерпевшего, свидетелей, в том числе данных ими в ходе очной ставки, путем оглашения этих показаний в судебном заседании возможно лишь при наличии обстоятельств, указанных соответственно в статьях 276 и 281 УПК РФ, перечень которых является исчерпывающим»⁶.

По нашему мнению, вопрос о возможности оглашения протоколов проверки показаний на месте и предъявления для опознания, в которых содержатся устные сведения (показания), сообщенные соответствующими участниками процесса, без их личной явки в судебное заседание должен решаться в каждом конкретном случае с учетом содержания сведений. Безоговорочно считать такие протоколы хранилищами показаний и полностью отказаться от их оглашения не совсем правильно, поскольку названные следственные действия носят комплексный характер, сведения, исходящие от участников, направлены на интерпретацию воспринятого в рамках содержания следственного действия и не являются «чистыми» показаниями об обстоятельствах дела в целом. Запретив оглашение таких протоколов, фактически откажемся от исследования тех содержащихся в них сведений, которые являются по своей природе невербальными (выявленные следы обстановки, факт узнавания объекта и т. д.). Если же суд установит, что проверка показаний на месте или предъявление для опознания проводились без конкретных фактических оснований и преследовали цель получения показаний по делу в другой обстановке (сообщаемые сведения явно выходят за предмет следственного действия), то отказ от оглашения протокола в части вербальной информации будет правомерным. В силу взаимосвязи различных видов доказательств, наличия в них общих черт в практической деятельности порой допускается некорректная подмена одних видов другими. Иногда такая подмена носит направленный характер и откровенно преследует цель поместить показания в другую процессуальную форму. Подобные незаконные манипуляции должны судом пресекаться путем избирательного отказа от исследования вербальных сведений, оформленных ненадлежащим образом. Вместе с тем законно полученные и оформлен-

⁶ *О практике применения законодательства при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции (общий порядок судопроизводства)* : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2017 г. № 51 (п. 8). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ные в протоколе следственного действия невербальные сведения могут исследоваться и использоваться в доказывании.

Показания участников процесса, исследуемые в суде при их личной явке, также следует отличать от сведений, содержащихся в вещественных доказательствах, сформированных на основе документов, и в «иных документах» как самостоятельных видах доказательств. Согласно ч. 1 ст. 284 УПК РФ вещественные доказательства осматриваются в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон. В ходе осмотра содержащийся в вещественном доказательстве текст прочитывается. По правилам ст. 285 УПК РФ оглашаются иные документы. При этом и в том и другом случае личного присутствия носителя сведений не требуется. Условием правомерности воспроизведения текстовой информации, выступающим своеобразной гарантией от подмены показаний иными видами доказательств, будет строгое соблюдение требований, предъявляемых к вещественным доказательствам и иным документам, недопущение их расширительного толкования. Весьма избирательно и с осторожностью нужно подходить к использованию объяснений, полученных в качестве проверочного действия в стадии возбуждения уголовного дела или в ходе оперативно-розыскного опроса. В частности, опрос, произведенный в ситуации, когда уголовное дело было возбуждено и преследуемое лицо находится в уголовно-процессуальном поле, правомерен лишь при предоставлении при его проведении того же объема гарантий, которые предоставляет уголовно-процессуальное производство⁷. Практически достичь этого уровня, оставаясь в сфере оперативно-розыскной деятельности, невозможно, поэтому использование в доказывании такого рода «иного документа» становится неправомерным.

Продолжая суждение, что наличие к моменту судебного разбирательства уже сформированных доказательств не препятствует работе суда с первоисточником сведений, можно сослаться на осмотр вещественных доказательств и прочтение содержания иных документов. Особенно сильно данных доказательств выступает их пребывание в деле практически в первоизданном виде. Предмет материального мира отличается от понятия «вещественное доказательство» тем процессуальным «волшебством», которое заключается в осмотре предмета с описанием имеющих значение для дела признаков и вынесении постановления о признании веществен-

⁷ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Берковского К. О. на нарушение его конституционных прав частью 4 ст. 127 УПК РСФСР, пунктом 1 ч. 1 ст. 6 и пунктом 3 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 211-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ным доказательством (ч. 2 ст. 81 УПК РФ). На основе обычного предмета материального мира орган расследования тем самым формирует доказательство по уголовному делу. Такое формирование доступно только властным субъектам производства по уголовному делу и не свойственно, например, защитнику, обвиняемому, потерпевшему и т. д.

Придание предмету статуса вещественного доказательства — важная часть доказательственной деятельности, без нее невозможно использование предмета при обосновании выводов приговора, определение юридической судьбы предмета после вступления приговора в законную силу. Однако предмет как носитель относящихся к делу сведений обычно изменений не претерпевает, и суд воспринимает свойства и признаки данного предмета непосредственно. Согласно ч. 1 ст. 284 УПК РФ осмотр вещественных доказательств производится в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон⁸. Лица, которым предъявлены вещественные доказательства, вправе обращать внимание суда на обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела.

То же самое относится и к иным документам как самостоятельному виду доказательств. Формирование на основе документа в обыденном (не юридическом) его понимании уголовно-процессуального доказательства регламентировано не так подробно, как в случае с вещественными

⁸ Указание закона на осмотр судом вещественных доказательств по ходатайству сторон при буквальном его понимании означает запрет на непосредственное исследование этим органом фрагмента реальности по своей инициативе. Описание предмета в протоколе осмотра может быть воспринято путем оглашения свободно, а сам объект без волеизъявления стороны суду недоступен. Опосредованное исследование предмета возможно без дополнительных условий, а непосредственное его изучение обусловлено волеизъявлением сторон. Если продолжить эту создавшуюся нелогичную ситуацию, то нужно ввести запрет и на оглашение протокола осмотра вещественного доказательства, поскольку, по аналогии с исследованием показаний, если не доступен первоисточник, то не должны быть доступными и отраженные сведения. На самом деле следует интерпретировать рассматриваемую норму ст. 284 УПК РФ не так, как это последовательно в ряде изданий пособия рекомендуют судьи Верховного Суда РФ. На вопрос: «Может ли осмотр вещественных доказательств производиться по собственной инициативе суда?» они отвечают: «Нет, не может. Осмотр вещественных доказательств в процессе судебного следствия возможен только по ходатайству сторон, о чем прямо указано в законе» (*Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : практ. пособие / под ред. В. П. Верина. М., 2006. С. 253 ; *Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* / под общ. ред. В. М. Лебедева. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 535). Запрет на свободное исследование вещественного доказательства сковывает не только активность суда (хотя и это важный аспект), но самое главное — начало непосредственности судебного разбирательства.

доказательствами, и не сопровождается составлением дополнительных процессуальных документов. Но оценка документального материала, попавшего в сферу уголовного судопроизводства, происходит по общим правилам работы с носителями доказательственной информации. Властными участниками процесса принимается не требующее облачения в письменную форму решение о приобщении документа к материалам уголовного дела в качестве «иного документа» (п. 6 ч. 2 ст. 74, ст. 84 УПК РФ). При этом носитель информации не изменяется, он остается доступным для судебного исследования с участием сторон в неизменном виде. Требование непосредственности соблюдается в этой части не формально, а фактически: суду доступен не преобразованный в сознании следователя, а реальный фрагмент действительности.

Применительно к заключению эксперта, заключению специалиста, протоколам следственных действий условие непосредственности реализуется со значительной долей условности. Суд непосредственно исследует сформированное в досудебном производстве доказательство, но не след, не первоначальный источник сведений.

Заключение эксперта относится к тем доказательствам, непосредственное исследование которых лежит в формальной плоскости. Как вид доказательства (т. е. сформулированные в письменном виде выводы эксперта по результатам исследования) суд исследует заключение эксперта непосредственно. Но суд, как правило, не участвует в проведении экспертизы. На досудебном производстве это невозможно, поскольку дело находится в производстве несудебных органов. В судебных стадиях у суда имеется гипотетическая возможность присутствовать при производстве судебной экспертизы и получать разъяснения эксперта по поводу проводимых им действий (тем самым лично наблюдать исследуемые объекты и воспринимать производимые с ними манипуляции), однако организационной возможности для ее реализации, как правило, нет⁹.

Непосредственность исследования судом доказательств, понимаемая как восприятие фрагментов реальности, в большей степени присуща заслушиванию судом *показаний эксперта*. Эксперт видел тело погибшего, наркотические средства, оружие, проводил с ними необходимые манипуляции, составляющие существо научного исследования, и сообщает об этом перед судом в ходе его допроса сторонами. Суд уполномочен за-

⁹ Часть 3 ст. 283 УПК РФ определяет, что судебная экспертиза производится в порядке, установленном главой 27 Кодекса. Статья 197, расположенная в данной главе, регламентирует право следователя (лица, назначившего экспертизу) участвовать в производстве экспертизы.

дать вопросы эксперту по аспектам, не выясненным другими участниками. Здесь может быть проведена определенная аналогия с показаниями подозреваемого, свидетеля и т. д. Эксперт в такой же степени носитель первичной информации, что и другие участники, дающие показания. Несмотря на то что эта первичная информация не относится к событию преступления в целом, она содержит сведения о промежуточных обстоятельствах, имеющих значение для дела¹⁰. Данный нюанс не меняет ситуации в целом, поскольку в показаниях допрашиваемых лиц в большей степени содержатся косвенные по отношению к преступному событию сведения. Можно предположить, что наличие двух форм существования доказательственных сведений, содержащих выводы на основе специальных исследований, предусмотрено для целей обеспечения (повышения степени) непосредственности в восприятии этих выводов. Точнее, показания эксперта как дополнительный к основному вид доказательства предназначен для непосредственного восприятия судом хода исследования и процесса формирования выводов в изложении субъекта этого исследования и этих выводов. Отсюда следует, что заявленные сторонами ходатайства о вызове и допросе экспертов должны рассматриваться внимательно, исходя из того, что показания эксперта, интерпретирующие сделанное им заключение, менее опосредованные сведения, чем собственно заключение эксперта. Должен приветствоваться инициативный вызов судом эксперта для дачи показаний, несмотря на сопутствующие организационные издержки.

На наш взгляд, в пользу такого вывода свидетельствует анализ положения ч. 1 ст. 240 УПК РФ, в соответствии с которым «суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта». Суд заслушивает ... заключение эксперта. Если исходить из того, что заключение эксперта — это документ, то заслушать его можно посредством прочтения любым лицом. Но в контексте приведенной нормы под заслушиванием заключения эксперта подразумевается непосредственное и устное сообщение экспертом суду и сторонам своего заключения. Законодатель мог записать «заслушивает показания эксперта». Стилистически это выглядит вполне логично, поскольку термин «показания» уже употреблен, и достаточно было упомянуть эксперта наряду с другими участни-

¹⁰ Часть 2 ст. 205 УПК РФ предусматривает, что эксперт не может быть допрошен по поводу сведений, ставших ему известными в связи с производством судебной экспертизы, если они не относятся к предмету данной судебной экспертизы. Здесь конкурируют две ценности: недопустимость выполнения одновременно нескольких функций и незаменимость очевидца (свидетеля). Закон отдал предпочтение первой из них. При традиционном подходе это воспринимается привычно. Но возникает сомнение, что такой выбор закона правилен в условиях действия начала непосредственности.

ками, дающими показания. В этом случае, с учетом того, что в ч. 2 ст. 74 УПК РФ заключение и показания эксперта разделены, создан бы эффект усиления такого разделения: собственно документ — отдельное доказательство и показания в связи с этим документом — тоже самостоятельное доказательство. Закон же говорит о заслушивании заключения эксперта: заключение докладывается суду, рождается перед ним, несмотря на то что в соответствии с законом ранее оно было приобщено к делу в виде завершеного документа¹¹.

Заключение специалиста и показания специалиста трудно анализировать с позиции начала непосредственности судебного разбирательства, поскольку содержанием данных видов доказательств выступают суждения сведущего лица, т. е. производные сведения либо о ранее собранных доказательствах (примером может служить своеобразная рецензия специалиста на заключение эксперта), либо об иных обстоятельствах, имеющих значения для дела. Суждения специалиста — это всегда продукт исключительно рациональной деятельности, интерпретация уже собранных доказательств или фрагментов реальности¹². Формой, в которой содержатся суждения специалиста, выступают письменное за-

¹¹ Позволим с большой осторожностью предположить, что допрос эксперта нивелирует ценность предписаний ст. 196 УПК РФ, поскольку представляемое суду проведенное в любой форме исследование в данном случае становится обеспеченным гарантиями непосредственного заслушивания сторонами и судом.

¹² Неполная адаптированность новых видов доказательств к условию непосредственности судебного разбирательства, на наш взгляд, предопределена некоторой искусственностью их появления в законе. Перед законодателем стояла цель усилить позицию стороны защиты в использовании специальных знаний, поскольку экспертизу она назначить не вправе. Такая цель могла быть реализована разными способами, в том числе, например, путем закрепления обязанности властных субъектов вызвать и допросить сведущих лиц по ходатайству участников со стороны защиты (что фактически впоследствии было реализовано в дополняющем УПК РФ Федеральном законе от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ) или предоставлением права суду (следственному судье) назначить по ходатайству защиты экспертизу, если орган предварительного расследования отказывает в этом (подобная норма содержится в п. 7 ч. 2 ст. 55 УПК Республики Казахстан). Российский законодатель посчитал, что поставленная цель будет достигнута, если придать статус доказательства тому документу, который подготовит сведущее лицо по запросу стороны защиты. Но важно быть осторожным при дополнении системы видов доказательств, чтобы не нарушить ее гармоничность, внутреннее единство и присущую ей универсальность каким-либо случайным вторжением. Система доказательств не должна использоваться для решения задач, не вытекающих из ее собственных потребностей развития. Новые виды доказательств не должны входить в противоречие с правилом о непредустановленности силы доказательств, оказываясь по факту заведомо менее сильными по сравнению с другими.

ключение и показания. Сообщение специалистом устных сведений перед судом предпочтительнее оглашения письменного заключения специалиста. В ходе непосредственного допроса глубина оценки объективности суждений специалиста повышается не только за счет предупреждения его об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, но и в результате открывающихся возможностей расспроса специалиста судом и сторонами о фактических предпосылках суждений.

До введения в 2003 г. в систему видов доказательств, предусмотренную ч. 2 ст. 74 УПК РФ, самостоятельного пункта 3¹ «Заключение и показания специалиста» сведения лица допрашивались по правилам допроса свидетеля. Письменное изложение суждений не было предусмотрено, такая форма закрепления суждений не возводилась в ранг доказательства. Как это ни парадоксально, новый нормативный подход ослабил начало непосредственности, поскольку личное восприятие судом и сторонами носителя суждения (первоисточника сведений) стало возможным заменить обозрением в судебном заседании письменного документа. Несмотря на такую возможность, начало непосредственности должно нацеливать суд на проведение допроса специалиста, т. е. на работу с первоисточником¹³.

В случае исследования *протоколов следственных действий* начало непосредственности судебного разбирательства реализуется в его формальном понимании. Здесь судом непосредственно воспринимается зафиксированный в документальной форме результат деятельности органов

¹³ В связи с этим представляет интерес оценка правомерности действий суда в следующей ситуации. В одном из районных судов защитник заявил ходатайство о приобщении к материалам дела и исследовании в судебном заседании письменного заключения специалиста. Председательствующий задал несколько вопросов, направленных на уточнение отношения данного заключения к предмету судебного разбирательства, и (как интерпретирует ситуацию защитник) отказал в принятии заключения специалиста. После этого председательствующий распорядился вызвать специалиста в судебное заседание и объявил перерыв. Формально в действиях председательствующего можно усмотреть нарушение нормы части 2¹ ст. 159 УПК РФ, которая запрещает отказывать защитнику в ходатайстве о приобщении к материалам уголовного дела доказательств, если обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела. Вместе с тем, вызывая специалиста, председательствующий непосредственно воспринимает его показания, обеспечивает сторонам возможность допросить носителя специальных знаний перед судом, т. е. он выбирает более предпочтительный с позиции начала непосредственности вариант исследования специальных сведений. Можно предположить, что впоследствии при соблюдении условия относимости будет приобщено к делу и исследовано письменное заключение специалиста.

расследования в досудебном производстве¹⁴, но не сама реальность. Согласно п. 5 ч. 2 ст. 74 УПК РФ в качестве доказательств допускаются «протоколы следственных и судебных действий». Статья 83 УПК РФ, детализирующая данный вид доказательств, называется «Протоколы следственных действий и судебного заседания», что более точно, поскольку протокол судебного заседания единый для всего судебного разбирательства в целом. В статье 166 УПК РФ регламентированы общие требования к содержанию протокола следственного действия и порядку его изготовления.

В действующем уголовно-процессуальном законодательстве нет исчерпывающего перечня видов следственных действий. Соответственно, возникает неопределенность в том, результаты каких процессуальных действий в виде оформленного протокола являются самостоятельными доказательствами. Кроме того, повторим, существует конкуренция между такими видами доказательств, как протоколы следственных действий и показания. Ряд следственных действий основан на сочетании различных методов познания, например, наблюдения и расспроса¹⁵. В той части, в которой в протоколе отражены результаты личного восприятия следователем объективной обстановки, это классический протокол следственного действия, если же в протоколе зафиксирована вербальная информация, то имеют место показания как вид доказательства. Практическая ценность такого различия состоит в выборе надлежащего способа исследования сведений в судебном следствии: информация, лично воспринятая следователем и занесенная им в протокол следственного действия, исследуется путем оглашения. Устные же сведения должны восприниматься судом по общему правилу непосредственно от их носителей, т. е. путем получения показаний в суде.

¹⁴ Проф. А. А. Давлетов называет сведения, полученные органами уголовного судопроизводства в результате их собственных поисковых, расследовательских действий, одним из четырех универсальных каналов, посредством которых в уголовное судопроизводство попадают сведения, признаваемые доказательствами. Три других канала (формы) получения доказательственной информации, по мнению автора, представляют собой: показания лиц, т. е. устные пояснения, рассказы людей о том, что они сами видели, слышали; вещи и документы, несущие в себе необходимые сведения; информацию, исходящую от сведущих лиц (*Давлетов А. А. Уголовное судопроизводство Российской Федерации : курс лекций. Екатеринбург, 2016. С. 95*).

¹⁵ Классификация следственных действий по методам отображения предложена проф. С. А. Шейфером. Все следственные действия по данному критерию ученый подразделял на три подгруппы: а) следственные действия, в основе которых лежит метод расспроса; б) следственные действия, основанные на непосредственном наблюдении, сочетаемом с приемами активного воздействия на отображаемый объект — измерением, экспериментом, моделированием; в) следственные действия, основанные на сочетании методов расспроса и наблюдения (*Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. М., 2004. С. 40, 41*).

В связи с тем, что при исследовании в судебном заседании протоколов следственных действий, основанных на методе наблюдения и других взаимосвязанных с ним методах (сравнения, измерения, экспериментирования), суду и сторонам доступным для восприятия оказывается только результат деятельности следователя, возникает вопрос о возможности непосредственного допроса следователя и, если это возможно, по какому кругу обстоятельств. Данный вопрос изучается юристами на протяжении многих десятилетий, и в условиях действия различного законодательного регулирования высказаны весьма ценные суждения как в пользу такого допроса, так отрицающие саму такую возможность¹⁶. В настоящее время у специалистов появился веский аргумент в виде правовой позиции Конституционного Суда РФ, в соответствии с которой следователь не может быть допрошен для восстановления показаний подозреваемого или обвиняемого, данных в досудебном производстве без участия защитника¹⁷. Развивая позицию, правомерно исходить из того, что любая вербальная информация, исходящая от любых участников процесса и содержащаяся в результатах любых же следственных действий, не может быть восстановлена путем получения показаний следователя. Вместе с тем применительно к следственным действиям, методом которых выступает наблюдение, необходимые акценты расставлены, на наш взгляд, не в полном объеме: так как допрос следователя привносит в судебное исследование интересующий нас элемент непосредственности, выразим свое отношение к такому судебному действию.

Следователь — должностное лицо, которое в силу служебного задания исследует обстановку места происшествия и связанные с ним обстоятельства, существующие в виде идеальных следов в сознании людей и материальных следов, оставленных на окружающих объектах событием преступления. Об идеальных следах сейчас речь не идет, поскольку (как оговорились, опираясь на правовую позицию Конституционного

¹⁶ См., напр.: *Мионов В. Ф., Шимановский В. В.* О допросе следователей в суде в качестве свидетелей // *Правоведение*. 1988. № 6. С. 66–70; *Пысина Г.* Допрос следователя в суде // *Законность*. 2003. № 11. С. 30–32; *Червоная Т. М., Волосова Н. Ю.* О возможности допроса дознавателей и следователей в качестве свидетелей по уголовному делу // *Рос. юстиция*. 2008. № 9. С. 57–59; *Цветков Ю. А.* Следователь в судебном производстве // Там же. 2013. № 3. С. 58–60.

¹⁷ *Определение Конституционного Суда РФ по жалобе гр. Демьяненко В. Н. на нарушение его конституционных прав положениями статей 56, 246, 278 и 355 УПК РФ от 6 февраля 2004 г. № 44-О*; *Определение Конституционного Суда РФ об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Попова Б. А. на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 56, ч. 5 ст. 246, ч. 3 ст. 278 и ч. 2 ст. 360 УПК РФ от 24 января 2008 г. № 71-О-О*. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Суда РФ) для воспроизводства вербальной информации, полученной в досудебном производстве в ходе допроса, и использования ее в доказывании показания следователя неприменимы. Что касается протоколов следственных действий как самостоятельной разновидности доказательств, основанной на непосредственных действиях следователя, то подход к этому, по нашему мнению, должен быть несколько иным.

Правомерно выделить две группы обстоятельств, которые могут интересовать суд и участников судебного разбирательства:

1) реальные обстоятельства, вызванные событием преступления, первичное исследование которых осуществлялось следователем в рамках следственных действий;

2) конкретные действия следователя (в том числе их законность и обоснованность), производимые им в целях закрепления следов преступления и формирования доказательств в виде протоколов следственных действий.

Иными словами, в одном случае речь идет о независимой от следователя реальности, которую он познает, будучи должностным лицом органа расследования, в другом — о собственных действиях следователя.

В судебной практике стороны нередко ставят под сомнение полноту и правильность отражения в протоколе фактических обстоятельств, указывают на неучастие в следственном действии лиц, которые вписаны в протокол, на неразъяснение прав, хотя отметки об этом имеются. Для устранения возникших сомнений в судебное заседание вызываются следователи, производившие расследование, и допрашиваются в качестве свидетелей.

На наш взгляд, спорность полноты и точности отображенных в протоколе реальных обстоятельств может быть проверена путем допроса следователя. Цепочка посылок, приводящая к такому выводу, представляется следующей:

1. Следователь наблюдал обстановку и является носителем знаний о ней. То обстоятельство, что данное знание получено в ходе служебной деятельности, принципиального значения не имеет.

2. В протоколе содержится описание наблюдавшейся следователем обстановки. В силу различных обстоятельств субъективного свойства это описание может оказаться неполным.

3. В числе способов проверки доказательств закон называет получение новых доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ). Получение новых доказательств в условиях судебного разбирательства осуществляется, в частности, путем вызова и допроса носителя сведений в качестве свидетеля.

4. Ни УПК РФ, ни правовые позиции Конституционного Суда РФ не исключают следователя из числа лиц, которые могут быть допрошены в качестве свидетеля. Принадлежность следователя к стороне обвинения не является препятствием к допросу, поскольку очевидец незаменим.

5. Допрос следователя по обстоятельствам наблюдавшейся им обстановки должен иметь место, если иными способами (например, путем допроса иных лиц либо проведения осмотра непосредственно судом) он невозможен¹⁸. Это связано с тем, что, будучи поставленным в статус свидетеля, следователь не вправе будет производить по данному уголовному делу следственные действия в случае возвращения судом дела прокурору¹⁹.

6. Допрос следователя производится с соблюдением основных требований, предусмотренных для получения показаний. Что касается пред-

¹⁸ Здесь уместна аналогия с функциями свидетельствования и удостоверения хода и результатов следственных действий, которые реализует понятой. Лицо, обладающее сведениями об обстоятельствах, имеющих отношение к делу, допрашивается в качестве свидетеля и не приглашается для участия в качестве понятого. Будучи понятым, лицо допрашивается в качестве свидетеля об обстоятельствах проведения следственного действия. Если так случилось, что понятой оказывается носителем сведений об обстоятельствах преступления (это открылось позже, после привлечения его к участию в следственном действии), то он может быть допрошен в качестве свидетеля, поскольку функция свидетельствования приоритетна и таким казусом, как приглашение осведомленного лица к участию в деле в качестве понятого, она не может быть устранена. Конечно, необходимо тщательно подходить к оценке достоверности показаний такого свидетеля, особенно если предмет показаний в качестве свидетеля хотя бы частично совпадает с предметом следственного действия, в котором лицо участвовало в качестве понятого. Таким образом, правило о невозможности соединения в деятельности одного лица различных функций не абсолютно и имеет разумные исключения, вызванные незаменимостью субъекта, обладающего сведениями об обстоятельствах дела. Нечто подобное происходит и с допросом следователя об обстоятельствах, связанных с рассматриваемым судом преступным событием. В том случае, когда потребность в допросе должностного лица органа расследования очевидна с самого начала, такое лицо функцию расследования выполнять не будет. Если же информация по предмету доказывания станет известна следователю, ведущему производство по делу, то функция свидетельствования по отношению к нему может возникнуть после функции расследования, с прекращением последней. Это вынужденная и нетипичная ситуация, но в ней нет ничего принципиально несовместимого с правилами доказывания.

¹⁹ Вопрос о праве следователя продолжить производство по делу, возвращенному судом прокурору, должен быть решен эксклюзивно. С учетом минимизации предмета показаний и того, что ничего принципиально отличающегося от ранее осуществленной доказательной деятельности следователь, давший показания в суде, не произвел, само по себе свидетельствование в суде не должно, на наш взгляд, рассматриваться в качестве основания для отвода.

упреждения об ответственности, то, с одной стороны, вся деятельность следователя состоит в собирании доказательств, но вопрос о ритуальном предупреждении его об уголовной ответственности за фальсификацию доказательств не поднимается, с другой — обстановка судебного заседания предполагает торжественное напоминание о необходимости быть правдивым перед судом. Возможно, такое напоминание (можно сказать, предупреждение) об уголовной ответственности должно прозвучать. Потребности следователя опереться на гарантию ст. 51 Конституции РФ, на наш взгляд, просто не возникает, поэтому формальное проговаривание этой нормы, скорее, не требуется. Возможные вопросы следователю со стороны подсудимого — это сложный в этическом плане момент, однако он не должен препятствовать процедуре свидетельствования следователем по обстоятельствам расследованного им преступления.

7. Видом доказательства по результатам допроса следователя могут выступить «показания свидетеля». Вряд ли стоит из-за такого резервного, по сути, варианта с допросом следователя вторгаться в доказательственное право и вводить самостоятельный вид доказательства — «показания следователя». В российском законодательстве специализация показаний (показания свидетеля, показания потерпевшего, специалиста и т. д. (всего шесть видов)) сочетается с универсальной возможностью допросить широкий круг участников по правилам допроса свидетеля, например, законного представителя, гражданского истца, лица, в отношении которого уголовное дела выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве, и др. Перечень участников, допрашиваемых по данным правилам, может быть дополнен также и следователем.

8. Показания следователя по поводу сведений об обстоятельствах, воспринятых им в ходе производства следственного действия и отраженных в соответствующем протоколе, служат реализации начала непосредственности судебного разбирательства. Формально условие непосредственности считается обеспеченным, когда сторона или суд огласят содержание протокола следственного действия и участники судебного заседания используют свое право его интерпретировать перед судом. Поэтому прямое общение суда со следователем в судебном следствии своеобразно расширяет непосредственность судебного познания реальности и в определенном смысле предпочтительно.

При допросе следователя в судебном следствии возникает взаимосвязь видов доказательств, подобная той, которая нами установлена при анализе протокола допроса и показаний свидетеля, потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого, заключения эксперта и показаний эксперта, заключения

специалиста и показаний специалиста. Документальное закрепление сведений на бумажном носителе сочетается с допросом первоисточника данных сведений. Причем правила доказывания таковы, что в случае с вербальными сведениями приоритетным является личный контакт суда и сторон с их носителями. Обращение к протоколу допроса допускается в строго оговоренных ситуациях. Применительно к исследованию доказательств, сформированных на основе специальных знаний, нормативного приоритета показаний эксперта и специалиста по отношению к заключению эксперта и заключению специалиста нет. Но не вызывает сомнений, что допрос сведущего лица корреспондирует именно началу непосредственности судебного разбирательства. Возникает вопрос, почему бы не продолжить выявленную закономерность о парном закреплении всех доказательственных сведений — документальном (поскольку они формируются в недрах письменного досудебного производства) и в виде устных сведений того же содержания, сообщаемых в судебном производстве. При положительном подходе сможем полагать, что письменному протоколу следственного действия как завершеному виду доказательства все же сопутствуют устные показания составителя протокола. Конечно, с той уже обозначенной нами оговоркой, что речь идет о воспринятых следователем реалиях, а не его собственных действиях²⁰.

Что касается собственных уголовно-процессуальных и организационных действий следователя по собиранию доказательств, то, на наш взгляд, они не могут быть предметом его показаний в судебном заседании. Под такими действиями имеются в виду случаи, когда сторона защиты указывает, например, на применяемое при получении показаний незаконное воздействие, искажение существа изложенных показаний, неправильное отображение обстановки или действий участников, неразъяснение прав, непредоставление помощи адвоката, наличие неточностей или противоречивых сведений в протоколе, и другие ситуации, свидетельствующие о нарушении следователем закона или служебного долга²¹.

²⁰ В контексте начала непосредственности считаем правильными суждения тех авторов, которые полагают, что первоисточником сведений, отраженных в протоколах и иных документах, составленных должностными лицами, выступают сами эти лица. Так, С. П. Гришин пишет, что «очность судебного следствия предполагает желательность того, чтобы по любым актам досудебного производства, предъявляемым в качестве доказательств стороной обвинения, объяснения давали должностные лица, их составлявшие. Идеальным первоисточником следует считать не просто подлинник документа или оригинал предмета, а именно лицо, составившее документ, представившее данный предмет...» (Гришин С. П. Указ. соч. С. 357).

²¹ В литературе приводятся развернутые перечни типичных ситуаций, в связи с которыми на практике следователей вызывают в качестве свидетелей для допроса в суд (см., напр.: Зорин Р. Г., Смолькова И. В. Допрос следователя в суде в уголовном процессе Российской Федерации. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

Исследовавшие эту проблему авторы справедливо отмечают, что допрос следователя, фактически обвиняемого стороной защиты в совершении правонарушения, несовместим ни с пределами судебного разбирательства по рассматриваемому уголовному делу, которые предопределены содержанием обвинительного заключения, ни с ролью председательствующего, не имеющего полномочий по инициированию или проверке нового обвинения в отношении кого бы то ни было. Кроме того, такой допрос бесполезен, поскольку, как правило, завершается отрицанием следователем всего, в чем его обвиняют. Требование стороны защиты якобы удовлетворено, на самом деле имеет место видимость проверки ее доводов, не рассчитанная на заинтересованное и полноценное их исследование.

Каков же выход из создавшегося положения? Если следователя неуместно допрашивать по фактам предполагаемых нарушений им закона, то означает ли это, что сторона обвинения в принципе освобождается от ответов на поставленные перед ней вопросы или, если посмотреть в другом ракурсе, лишается права развеять возникшее недоверие. Думается, что позиция стороны обвинения в целом и органа расследования в частности по поводу упреков в отступлении от требований закона должна быть доведена до суда и заинтересованных участников судебного разбирательства, но только не в виде показаний, а в рамках интерпретации доказательств, которая дается на предварительном слушании и в судебных прениях. Поясним данное суждение подробнее.

Предваряя пояснение, еще раз сделаем акцент на различии между обстоятельствами объективной реальности, познанными следователем в ходе расследования, и его собственными действиями. Считаем правильным ставшее афористичным суждение, что «свидетель создается обстоятельствами дела, но не обстоятельствами уголовно-процессуальной деятельности», однако при условии, что под обстоятельствами уголовно-процессуальной деятельности здесь подразумевается исключительно регламентированная законом деятельность по собиранию доказательств, а не сведения, полученные в ходе этой деятельности методом наблюдения²².

²² Полагаем, не совсем правильно считать сведения, полученные следователем, например, об обстановке места происшествия, сведениями, полученными процессуальным путем, и этим обосновывать невозможность давать о них показания (Пысина Г. Допрос следователя в суде // Законность. 2003. № 11. С. 30–32). Процессуальным путем в ходе осмотра места происшествия и других следственных действий, проводимых с использованием метода наблюдения, формируется протокол следственного действия как вид доказательства. Воспринимает же следователь окружающую его действительность точно так же, как и любой иной человек.

В. Я. Дорохов в свое время высказал мысль, что следователь не может быть носителем свидетельских показаний по поводу обстоятельств, сведения о которых он получил при производстве по уголовному делу, т. е. выступил против допроса следователя в судебном заседании в принципе. Конкретизируя свое суждение, ученый привел две поясняющие ситуации: «Следователь не может быть допрошен в судебном заседании для "закрепления" полученных им показаний от свидетелей, потерпевших, обвиняемых и не должен он выступать в качестве свидетеля и для подтверждения или отрицания правильности своих действий при расследовании дела»²³. В первом случае выражена верная позиция, на десятилетия опередившая соответствующую правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой посредством заслушивания следователя нельзя воспроизводить показания допрошенных им лиц. Мы разделяем и второй тезис о том, что следователь не должен становиться свидетелем, для того чтобы объяснить правильность своих действий или признать допущенные нарушения закона или недостатки в составлении протокола. По нашему мнению, оценка следователем своих действий (доведение такой оценки до участвующих в судоговорении лиц) вполне соответствует содержанию предварительного слушания, если вопрос о недопустимости доказательств возникает при назначении судебного заседания, и судебных прений и не имеет признаков сообщения новых сведений, которые на этих этапах судопроизводства недопустимы. В этом отличие нашего подхода от анализируемой точки зрения.

Полагаем, что сведения, полученные следователем при производстве по уголовному делу путем непосредственного восприятия имеющих для дела обстоятельств, могут стать предметом допроса следователя. На следователя нельзя распространять формулу, ограждающую адвоката или защитника от принудительного привлечения к свидетельствованию. Как известно, каждое из обозначенных лиц не подлежит допросу в качестве свидетелей «об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием...» (п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ). У адвоката или защитника совершенно иные взаимоотношения с преследуемым лицом, основанные на доверии и гарантии неразглашения сообщенных доверителем сведений. Вместе с тем добровольное свидетельствование в интересах доверителя не исключается. Исходя из этого, не совсем убедительным является аргумент в пользу абсолютной неприемлемости допроса следователя в судебном заседании, основанный на недопущении неравенства в положении сле-

²³ *Теория доказательств в советском уголовном процессе.* / отв. ред. Н. В. Жогин. 2-е изд., испр. и доп. М., 1973. С. 215.

дователя и защитника: следователь не может свидетельствовать хотя бы потому, что к свидетельствованию нельзя привлечь защитника²⁴.

Дача показаний в качестве свидетеля и выступление на предварительном слушании и в прениях существенно различаются как по правовой сущности, так и по содержанию. Буквальный текст ч. 8 ст. 234 УПК РФ, действительно, сообщает нам, что на предварительном слушании «в качестве свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов ...». Термином «допрос» по понятным причинам оперирует и Конституционный Суд РФ, истолковывая данную норму с позиции возможности допроса на этом этапе судопроизводства лиц, наделенных свидетельским иммунитетом²⁵. Вместе с тем содержательный подход к системе уголовного судопроизводства показывает, что на предварительном слушании представители сторон приводят доводы, дают объяснения, но не показания в виде самостоятельного доказательства. Нестрогость редакции нормы прослеживается даже в том, что помимо следственных действий в ней упоминается изъятие документов, вне формы следственного действия законом не предусмотренное. Поэтому считаем неправомерными ссылки в том или ином контексте на рассматриваемую норму в связи с проблемой допроса следователя. Выражение «могут быть допрошены любые лица» удобно использовать для обоснования позиции, согласно которой среди них находится место также и следователю, тем более что речь идет о законности произведенного действия. Однако, на наш взгляд, суть в том, что следователь, действительно участвующий в предварительном слушании, интерпретирует выполненные им действия, отвечает на доводы стороны защиты, но не сообщает сведения об обстоятельствах, имеющих отношение к уголовному делу. В нашем понимании такие пояснения представляют собой часть интерпретационного участия следователя в судебном производстве, соответствующую назначению и порядку деятельности суда на данном этапе. При подобной

²⁴ «О каком равенстве может идти речь, — пишет, в частности, Г. Пысина, — если допрос в качестве свидетеля защитника прямо запрещен законом (ст. 56 УПК РФ), а допрос следователя в качестве свидетеля — весьма распространенное явление? Допрос следователя в качестве свидетеля законом не запрещается, но как бы предполагается, исходя из вышеизложенных аргументов и общих положений о равноправии и состязательности сторон. Ни о каком равноправии сторон обвинения и защиты не может быть и речи после того, как следователя предупредили об уголовной ответственности по ст. ст. 307, 308 УК РФ» (Пысина Г. Указ. соч. С. 32).

²⁵ По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

трактовке сами собой отпадают вопросы статуса следователя, гарантий достоверности сообщенной информации суду, гарантий его личных прав и т. д.

Аналогичным по своей сущности может быть участие следователя в судебных прениях. Выступая с речью, представитель стороны обвинения обязан высказаться по всем спорным с позиции защиты аспектам того или иного доказательства. Обоснование допустимости, достоверности и относимости доказательства, обозначение его юридической силы представляют собой не что иное, как оценку доказательства. Оценка же доказательств является основным элементом судебных прений.

Важной особенностью судебных прений выступает недопущение в них новых сведений, не бывших предметом исследования в судебном следствии. Участнику прений надо постоянно помнить об этом различии и исключить новую для суда и сторон информацию, место которой в предыдущей части судебного разбирательства (ст. 294 УПК РФ). Считаем, что сведения об обстоятельствах, отраженных в протоколах следственных действий и подвергнутых сомнению защитой, не могут рассматриваться в качестве новых сведений. Например, подсудимый утверждает, что при производстве обыска ему не разъяснялось право добровольно выдать искомые следователем предметы, а также то, что понятия находились на значительном удалении от места обнаружения сотрудником полиции интересующих следствие объектов. Обвинение может сослаться на наличие в протоколе подписи подсудимого, подтверждающей разъяснение права, могут быть приведены запомнившиеся детали поведения подсудимого или реплики, подтверждающие осознанное восприятие своего правомочия. Это не сведения об обстоятельствах дела, а содержание интерпретации имеющегося в деле протокола, контрдоводы противоположной стороне. То же относится и к спору о местонахождении понятий. Понятия при рассматриваемой ситуации, безусловно, должны быть допрошены в качестве свидетелей²⁶. В прениях же, если понятия подтвердили свою осведомленность по поводу всех действий должностных лиц во время обыска, стороне обвинения

²⁶ В юридической литературе высказаны подтвердившие свою жизнеспособность рекомендации, предполагающие обязанность суда исследовать все возможные сведения о ходе и результатах следственных действий, не прибегая к допросу следователя. Одним из таких способов является допрос в судебном заседании понятий. Авторы допускают допрос следователя в качестве крайнего (резервного) способа устранения сомнений в допустимости и достоверности того или иного доказательства, к которому нельзя прибегать без исчерпания других возможностей получения информации по спорным фактам (*Миронов В. Ф., Шимановский В. В.* Указ. соч. С. 70). На наш взгляд, данная позиция в принципе верна, но с одной весьма существенной корректировкой: следователь может быть допрошен только по обстоятельствам, воспринятым им из окружающей обстановки методом наблюдения, но не о своих действиях.

можно сослаться на прозвучавшие в суде показания и сделать акцент, что доводы защиты основаны на недостоверных сведениях о фактической обстановке следственного действия. Даже конкретная информация о каком-либо аспекте поведения понятого (новая для суда) не будет расценена как свидетельствование об обстоятельствах по делу.

Далее рассмотрим вопрос о месте и роли следователя в судебных прениях. Так, участие следователя, проводившего расследование по делу, в судебных прениях прямо законом не предусмотрено и фактически никогда не имело места. Вместе с тем системный анализ норм и институтов уголовно-процессуального законодательства, относящихся к рассматриваемым отношениям, не выявляет преград для участия (соучастия наряду с государственным обвинителем) следователя в судебных прениях²⁷. Так зачем же предлагать то, что хотя закону не противоречит, но никогда ранее не востребовалось? Устоявшееся в течение многих десятилетий «разделение труда» между следователем, который расследует уголовное дело, и прокурором, который поддерживает обвинение, не ставится под сомнение ни теорией уголовного судопроизводства, ни практикой. Но все дело в нюансах.

Эффект от интерпретации содержания и юридической силы того или иного доказательства должностным лицом, участвовавшим в его формировании, более значительный. Мы не предлагаем вводить понятие «непосредственность судебных прений». Нормативно и фактически непосредственность судебного разбирательства увязывается только с судебным следствием. Однако все лучшее, что несет в себе начало непосредственности, может проявиться и сыграть положительную роль также и в судебных прениях. О юридической силе доказательства, оспариваемого защитой, станет говорить лицо, сформировавшее данное доказательство. Элемент личного присутствия, на использовании которого основаны очная ставка как следственное действие, а также начало непосредственности судебного следствия, возымеет свое благоприятное влияние. Обстановка судебного разбирательства оказывает дисциплинирующее, возвышающее воздействие, по крайней мере, в этом смысле обрядовой стороны судебного разбирательства. Сказать неправду в суде психологически значительно сложнее именно в силу торжественности обстановки, а не по причине предупреждения об уголовной ответственности.

²⁷ Напомним, что УПК РФ содержал норму, согласно которой в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, прокурор вправе поручить поддержание от имени государства обвинения в суде дознавателю либо следователю, производившему дознание по уголовному делу (ч. 4 ст. 37). Данная норма была исключена.

Момент, когда следователь получит слово для предлагаемой нами оценки отдельного доказательства или их совокупности, полностью зависит от государственного обвинителя. С основной речью выступает прокурор, поскольку иное законом не предусмотрено, у прокурора нет права поручить такое выступление другому представителю стороны обвинения. В выступлении он обязан оценить доводы защиты о недопустимости, по ее мнению, исследованного доказательства, выразить свою позицию и передать слово следователю. Подобное взаимодействие представителей стороны обвинения закону не противоречит. Оно должно иметь место в случаях, когда для опровержения позиции защиты требуется знание частных, доступных лицу, включенному в механизм следственного действия. Еще раз подчеркнем, что сведения о порядке производства следственного действия не нужно рассматривать в качестве новых неисследованных сведений по обстоятельствам дела. Продолжительность выступления следователя должна быть соразмерной доводам, но при этом по возможности краткой.

Слово для выступления в рамках речи государственного обвинения целесообразно предоставлять следователю в тех ситуациях, когда сомнения в законности следственного действия не устранены исследованием других сведений и суд не исключил спорное доказательство по ходатайству стороны защиты или по своей инициативе до начала судебных прений. Если же суду не хватило сведений для исключения оспариваемого доказательства, он вправе сделать это в совещательной комнате по результатам оценки всей совокупности доводов, в том числе и прозвучавших со стороны защиты в прениях. Последнее слово защиты в прениях (имеется в виду по отношению к речи государственного обвинителя и следователя) по эффективности не уступает вопросам, задаваемым допрашиваемым лицам. Но умаляющей достоинство и неуместной процедуры изобличения представителя обвинения удастся избежать.

Участие следователя в прениях по вопросу о законности производимых им следственных действий — это не только альтернатива практикуемым в настоящее время вызовам следователей для допроса по данным обстоятельствам, но и новый аспект соотношения досудебного и судебного производства, высвечивающий ведущую роль суда и подчиненный по отношению к судебному разбирательству характер деятельности следователя.

Суждение о возможности допроса следователя по обстоятельствам, ставшим ему известными при производстве следственного действия, как условия, повышающего начало непосредственности судебного разбирательства, относится к тому большинству ситуаций, когда следова-

тель действительно лично наблюдает реальность в ходе следственного действия. Между тем в отдельных случаях следственное действие может проводиться в обстановке, когда сам следователь реальность не воспринимает. Примером выступает производство освидетельствования лица другого пола. Согласно ч. 4 ст. 179 УПК РФ «при производстве освидетельствования лица другого пола следователь не присутствует, если освидетельствование сопровождается обнажением данного лица. В этом случае освидетельствование производится врачом». Протокол составляется следователем со слов врача.

Не будем вдаваться в дискуссию о том, является ли производимое при описанных обстоятельствах освидетельствование следственным действием или нет. Бесспорным остается тот факт, что протокол такого освидетельствования содержит дважды производную информацию: специалист наблюдает фрагмент реальности и сообщает об этом следователю, следователь воспринимает сообщаемые ему специалистом сведения и заносит в протокол²⁸. Исследование такого протокола в судебном заседании в соответствии с требованиями судебного следствия формально юридически считается непосредственным исследованием доказательств. Однако об истинной непосредственности как нормативном требовании, максимально приближающим суд к исследуемым обстоятельствам, здесь можно говорить с большой долей условности, если вообще такое допущение возможно. Суду сложно судить о достоверности сведений, записанных в протоколе.

Информация, сообщаемая следователю специалистом, не является показаниями, поскольку передается не в рамках процедуры допроса. Соответственно, специалист не предупреждается об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний. Формат освидетельствования не позволяет это сделать: следственное действие не может включать в себя другое самостоятельное следственное действие. При таком регулировании началу непосредственности судебного разбирательства будет соответствовать вызов и допрос специалиста в судебном заседании по ходатайству сторон или (при расширительном толковании закона) инициативно. Если не принимать во внимание право суда проинформировать об освидетельствовании в судебном заседании (ст. 290 УПК РФ),

²⁸ В юридической литературе справедливо отмечается, что «в таких ситуациях субъект процессуального познания лишен возможности непосредственного восприятия фрагментов объективной реальности, расположенных на теле человека; его заменяет врач. Следовательно, в данном случае используемые при освидетельствовании механизмы «невербального» познания будут носить несколько условный, производный характер» (Росинский С. Б. Механизм формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в уголовном судопроизводстве : монография. М., 2015. С. 89).

допрос специалиста, участвовавшего в досудебном производстве, станет максимальным выражением начала непосредственности.

Порядок производства в суде освидетельствования, связанного с обнажением лица, исходит по существу из аналогичного, но, на наш взгляд, более разумного алгоритма. Освидетельствование лица производится в отдельном помещении врачом или иным специалистом, которым составляется и подписывается акт освидетельствования (на предварительном следствии самостоятельный документ в виде акта или протокола специалистом не оформляется). В присутствии сторон и освидетельствованного лица специалист сообщает суду о следах и приметах на теле освидетельствованного или их отсутствии, отвечает на вопросы сторон и судей. Присутствие освидетельствованного (особенно в ситуациях, когда им выступает подсудимый) — важнейшее средство оспаривания показаний лица, свидетельствующего о значимых для подсудимого обстоятельствах. Вопрос только в том, что закон говорит не о допросе специалиста, производившего освидетельствование, а о его заслушивании. В этом усматриваем недостаток регулирования. Законодатель выстраивает процедуру освидетельствования исходя из следственного регулирования данного действия, а не из специфики и потребностей судебного следствия. Подобный недостаток должен быть устранен путем указания на то, что суд организует допрос специалиста о наблюдавшихся им обстоятельствах. Прямой и перекрестный допрос специалиста сторонами, включая подсудимого, в наибольшей степени соответствует началу непосредственности в состязательном судебном следствии. Отмеченный нюанс красноречиво подчеркивает общий недостаток нормативной регламентации судебного следствия — законодатель воздерживается от требуемого кардинального изменения деятельности суда, не вводит механизмов, обеспечивающих свободу и активность представителей сторон²⁹.

До внесения изменений в закон целесообразно исходить из рекомендации следователям допрашивать специалиста, производившего освидетельствование лица, после завершения оформления протокола. Такой допрос

²⁹ Устав уголовного судопроизводства 1864 г. дает пример правильной (противоположной избранной современным законодательством) организации освидетельствования в суде, соответствующей началу непосредственности. Приведем два положения, в своем единстве красноречиво об этом свидетельствующих: «По замечанию сторон или присяжных заседателей, или по собственному усмотрению суд может назначить новое освидетельствование или испытание чрез избранных им или указанных сторонами сведущих людей, с тем, чтобы они производили свои действия в заседании суда, если это возможно, или, по крайней мере, представили в судебном заседании обстоятельный отчет об оказавшемся при освидетельствовании или испытании» (ст. 692); «Сведущие лица прежде представления объяснений на суде приводятся к присяге тем же порядком, как и свидетели...» (ст. 694).

не противоречит действующему законодательству, напротив, соответствует его современному духу. Допрос специалиста может быть осуществлен по правилам допроса свидетеля. В пользу этого подхода убеждает также близость сущностей освидетельствования как следственного действия и судебной экспертизы. В законе подчеркивается, что освидетельствование в целях обнаружения на теле человека особых примет, следов преступления и т. д. осуществляется, «если для этого не требуется производство судебной экспертизы» (ч. 1 ст. 179 УПК РФ). Различие судебной экспертизы и освидетельствования проходит по степени глубины специальных знаний, применяемых в этих следственных действиях. Изучение следов от инъекций на теле лица, употребляющего внутривенно наркотические средства, в определенных ситуациях можно признать исследованием, свойственным экспертизе, в других — наблюдением с использованием специальных знаний. Представляется, что от проявившегося усмотрения должностных лиц не должно зависеть, будет ли сведущее лицо свидетельствовать в суде: если будет назначена экспертиза, эксперт может быть вызван для дачи показаний в судебном заседании, если же обследование человека произведено в порядке освидетельствования, то судебный допрос не предусмотрен. Полагаем, что допрос специалиста, самостоятельно в отсутствие следователя освидетельствовавшего обнажившееся лицо, имеет не меньшее право на существование, чем допрос специалиста по вопросам, поставленным сторонами.

Рассмотренные обстоятельства участия специалиста необходимо отличать от всех иных случаев участия специалиста в следственных действиях. Сведения по результатам осмотра трупа, как правило, записываются в протоколе со слов судебного медика. В этом состоит смысл обязательного приглашения последнего. Однако следователь, не обладающий специальными знаниями в области судебной медицины, все же наблюдает тело одновременно со специалистом. Параллельный осмотр предмета, участка местности, трупа, лица и любого другого объекта присущ многим следственным действиям, поэтому условию непосредственности судебного разбирательства в идеале будет соответствовать вызов и допрос по наблюдавшимся обстоятельствам одновременно следователя и специалиста.

В системе следственных действий значительной спецификой обладают такие относительно новые для уголовно-процессуальной сферы познавательные приемы, как контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ) и получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186¹ УПК РФ). Особенность контроля и записи переговоров состоит в том, что следователь непосредственно не воспринимает общение абонентов по телефону, это входит в компетенцию оперативных сотрудников. Интересно отметить, что первоначально

данное следственное действие, регламентированное в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, называлось прослушиванием телефонных переговоров и предполагало составление следственного протокола о содержании разговора. Позже пришло понимание, что следователь, непосредственно воспринявший общение переговаривающихся лиц, становится очевидцем обстоятельства, связанного с преступлением, и подлежит отводу. В ходе подготовки нового Кодекса данное следственное действие вошло в него в существенно измененном виде. Следователь непосредственно не воспринимает разговор, он осматривает поступившую фонограмму и включает в протокол имеющую значение для дела информацию. Первичный носитель сведений — аудиозапись — остается доступным для суда, поскольку признается вещественным доказательством и в таком качестве хранится при уголовном деле. Непосредственность судебного разбирательства может быть обеспечена анализом протокола осмотра аудиозаписи, личным восприятием судом и сторонами состоявшегося разговора, а также при необходимости допросом оперативного сотрудника.

В ходе получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами опосредующая роль следователя незначительная. Запрашиваемая органом расследования информация представляется оператором связи на материальном носителе, приобщаемом к делу в виде вещественного доказательства, что обеспечивает ее доступность для суда и сторон.

Выше сквозь призму непосредственности проанализировано исследование показаний, заключений и показаний эксперта, заключений и показаний специалиста, протоколов следственных действий. Далее обратимся к фрагментарно уже рассмотренным таким видам доказательств, как вещественные доказательства и иные документы, и проанализируем их с позиции начала непосредственности судебного разбирательства.

Согласно ч. 1 ст. 81 УПК РФ «вещественными доказательствами признаются любые предметы: 1) которые служили орудиями, оборудованием или иными средствами совершения преступления или сохранили на себе следы преступления; 2) на которые были направлены преступные действия; 2¹) деньги, ценности и иное имущество, полученное в результате совершения преступления; 3) иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела». В соответствии с частью 2 данной статьи обозначенные предметы осматриваются, о чем составляется протокол, и признаются вещественным доказательством специальным постановлением. Не станем анализировать роль постановления о признании предмета вещественным

доказательством, поскольку этим документом оформляется решение должностного лица о придании предмету статуса вещественного доказательства и само по себе постановление доказательством не выступает, остановимся на доказательственном значении предмета и протокола его осмотра.

Выскажем предположение, что *вещественные доказательства* как самостоятельные виды доказательств изначально возникли в силу присутствия деятельности суда начала непосредственности. Вещественными доказательствами являются (признаются) все те предметы окружающего мира, которые, как правило, могут быть отделены от обстановки (изъяты из нее) и в силу мобильности окажутся доступными для суда в зале судебного заседания. Широко известно суждение, что вещественные доказательства — это «немые свидетели». Немые — значит передающие доказательственную информацию не путем расспроса, а посредством наблюдения. Причем этот метод наблюдения применительно к предмету, выступающему вещественным доказательством, доступен не только органу расследования, но и суду. В обеспечении непосредственности восприятия предмета судом состоит изначальный смысл выделения вещественных доказательств в самостоятельный вид таковых. Вещественные доказательства — это все то, что можно предложить суду, что должно убедить его в правильности той или иной версии развития событий в силу наглядности аргумента. Судья видит, держит в руках, например, кусок арматуры, которым путем использования в качестве рычага был сорван навесной замок на двери хранилища. Такая наглядность убеждает в правильности описания способа взлома запоров в обвинительном заключении. Конечно, этот металлический прут осмотрен и описан в протоколе, представлен в прилагаемой к протоколу фототаблице, но издревле считалось, что более весомым (в прямом и фигуральном смысле) аргументом будет сам доступный для восприятия судом предмет.

Описанная ситуация с наглядным (непосредственным) восприятием судом относящегося к обстоятельствам дела предмета является простейшей, исторически неизменной, сохраняющей актуальность и в настоящее время. В силу этого она может быть названа классической.

Вместе с тем современные развивающиеся экономические и правовые условия жизни людей существенно изменяют данную классическую ситуацию, образуют на ней различные наслоения, что требует ее (ситуации) нового осмысления. В частности, обращают на себя внимание как минимум следующие общие вопросы: а) насколько эффективен в современных условиях институт вещественных доказательств, не выступает ли он в силу чрезмерно широкого неопределенного перечня предметов, подпадающих под понятие «вещественное дока-

зательство», препятствием для производства расследования и судебного разбирательства; б) в какой мере институт вещественных доказательств обеспечивает непосредственность судебного разбирательства и можно ли данное начало компенсировать (заменить) альтернативными процедурами.

Развивая первый из поставленных вопросов, необходимо констатировать, что характер (свойства) предметов, подпадающих под признаки вещественных доказательств, в настоящее время существенно изменился. Законодательство и следственно-судебная практика к вещественным доказательствам относят настолько широкий круг объектов, что он выходит за рамки традиционных представлений о вещественных доказательствах. На это обстоятельство справедливо обращено внимание в юридической печати. По мнению О. И. Цоколовой, «состав вещественных доказательств в последние годы существенно изменился, увеличивается массив дорогостоящих, больших по объему партий товаров, денежных средств, в систему доказывания включаются документы предпринимательского оборота на бумажных и электронных носителях, видео- и аудио-записи и т. д.»³⁰.

Кроме того, правоприменительная практика исходит из того, что в пограничных случаях, когда предмет обладает одновременно признаками и вещественного доказательства, и иного документа, его следует оформлять как вещественное доказательство. Связано это с тем, что процессуальная форма вещественного доказательства более развита и ее использование избавляет от рисков признания доказательства недопустимым, если последующие субъекты доказывания будут видеть в этом объекте именно вещественное доказательство, а не «иной документ».

В литературе также обращается внимание, что порой признание предмета вещественным доказательством носит случайный характер. Если фрагмент обстановки может быть отделен от нее, то это вещественное доказательство, если нет, то он закрепляется и представляется суду через описание в протоколе следственного действия. Случайность проявляется и в выборе применяемого способа фиксации. Сфотографированный след обуви будет приложением к протоколу осмотра, а его гипсовый слепок — вещественным доказательством³¹.

³⁰ Цоколова О. И. Актуальные проблемы хранения, учета и передачи вещественных доказательств // Современные проблемы доказывания и принятия решений в уголовном процессе. Социальные технологии и правовые институты : мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. 95-летию проф. П. А. Лупинской. М., 2016. С. 514.

³¹ Козловский П. В. Виды доказательств в уголовном судопроизводстве: эволюция, регламентация, соотношение : монография. М., 2014. С. 144–146.

Признав тот или иной предмет вещественным доказательством, органы расследования принимают на себя обязанность хранить его, обеспечивать доступ участников уголовного судопроизводства к делу для ознакомления (обозрения) на заключительном этапе расследования, а также передавать вместе с уголовным делом в суд. Хранение вещественных доказательств связано со значительными затратами. Речь, конечно, идет не о предметах, которые могут находиться при уголовном деле (в кабинете следователя, камере хранения вещественных доказательств, на депозитном счете органов расследования и т. д.), а о тех предметах, которые требуют специальных условий хранения (складских помещений, охраняемых стоянок для транспортных средств, специализированных хранилищ и т. д.). Ради какой цели государство идет на подобные организационные и материальные затраты? Если исходить из изначального смысла вещественного доказательства, то такой целью выступает обеспечение непосредственности судебного разбирательства — вещественное доказательство доступно для обозрения судом, а также по ходатайству стороны в условиях судебного разбирательства с ним могут быть произведены исследовательские действия в рамках судебной экспертизы.

У института вещественных доказательств имеется и вторая цель, которая в современных условиях приобретает все большее значение. Это обеспечение собственно сохранности предмета для определения его дальнейшей судьбы, т. е. предмет хранится как вещественное доказательство не столько для того, чтобы оставаться доступным суду для восприятия, а для того чтобы не исчезнуть, не потерять потребительских свойств и в дальнейшем быть переданным владельцам. Данная цель среди прочих причин привела к тому, что на вещественные доказательства стали по закону распространять такую меру процессуального принуждения, как наложение ареста на имущество.

Специалисты высказывают мнение, что «вещественные доказательства не должны подвергаться аресту имущества... Арест имущества — способ возмещения ущерба, а вещественные доказательства — прежде всего средство доказывания и вторично — способ возмещения вреда»³². В целом мы разделяем это суждение. Оно является реакцией на те процессы, которые с невольной подачи законодателя стали распространяться в практической деятельности. Сегодня в уголовных делах можно встретить случаи наложения ареста на изъятые (уже изъятые в ходе обыска или выемки) и признанные вещественными доказательствами малогабаритные предметы, например, бытовую технику, ювелирные украшения,

³² Цоколова О. И. Указ. соч. С. 515.

средства связи и т. д. Наверное, без наложения ареста на объекты недвижимости, безналичные денежные счета и некоторые другие не обойтись. Однако прибегать к норме п. 3¹ ч. 2 ст. 82 УПК РФ, предписывающей, что вещественные доказательства в виде «денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения преступления, и доходов от этого имущества, обнаруженных при производстве следственных действий, подлежат аресту в порядке, установленном статьей 115 настоящего Кодекса», вряд ли целесообразно во всех ситуациях, когда имеем дело с предметом преступного посягательства.

Обеспечить сохранность всех вещественных доказательств на протяжении всего периода предварительного расследования и судебного разбирательства невозможно. Это связано как с индивидуальными характеристиками предметов, признаваемых вещественными доказательствами, так и с невозможностью их исключения из устоявшегося оборота и технологического процесса. Учитывая данное обстоятельство, законодатель предусматривает различные формы хранения вещественных доказательств, которые включают в том числе передачу их законным владельцам и для реализации. В последнее время альтернативные формы хранения вещественных доказательств постоянно развиваются и распространяются на все более широкий круг объектов. Ставится вопрос о значительном сокращении срока хранения спиртосодержащей продукции³³.

Первоприрода института вещественного доказательства состоит в обеспечении процесса доказывания. Поскольку доказывание не оканчивается в досудебном производстве, законодатель предписывает в качестве общего правила хранить вещественные доказательства при уголовном деле до вступления приговора в законную силу либо до истечения срока обжалования постановления или определения о прекращении уголовного дела (ч. 1 ст. 82 УПК РФ). Поэтому оптимизация использования вещественных доказательств, по нашему мнению, предполагает, во-первых, недопущение доминирования такой цели, как хранение предметов, которое не связано с обеспечением доказывания; во-вторых, извлечение из предмета всех значимых для рассмотрения дела сведений в досудебном производстве, с тем чтобы в судебном заседании использовать производные по отношению к предмету носители информации.

Закон содержит базовую норму, определяющую порядок формирования каждого предмета — потенциального вещественного доказательства. Предмет изымается, осматривается, специальным постановлением признается вещественным доказательством и приобщается к уголовно-

³³ Фомченков Т. Приказано уничтожить. Срок хранения изъятого нелегального алкоголя резко сократят // Рос. газета. 2018. 15 мая.

му делу. Качественно произведенный осмотр позволяет зафиксировать основные сведения о предмете, которые могут быть усилены прилагаемыми фототаблицей или видеозаписью, что делает свойства предмета доступными для судейского восприятия. Требование фотографирования или снятия на видео- или кинолентку дополнительно повторяется законодателем к случаям, когда допускается не хранить предмет до судебного разбирательства (подп. «а» п. 1, п. 4¹, подп. «а» п. 9 ч. 2 ст. 82 УПК РФ). Обеспечению судебного исследования овеществленных доказательств с участием сторон служит неоднократно воспроизводящееся законодателем требование оставления для исследования образца предмета при его уничтожении или безвозвратном устранении из сферы уголовного судопроизводства другим способом (подп. «а», «в» п. 1, подп. «б» п. 2, п. 3, п. 6, п. 8 ч. 2 ст. 82 УПК РФ). В одних случаях это требование выражено императивно, в других — принятие такого решения отнесено к усмотрению правоприменителей. Интересам судебного доказывания служит также предписание распоряжаться судьбой вещественного доказательства до рассмотрения дела по существу с должной осмотрительностью, например, ценности возвращаются законному владельцу после проведения с ними необходимых следственных действий (их исследование в досудебном производстве состоялось) и, если это возможно, без ущерба для последующего доказывания, в том числе в судебном заседании (подп. «б» п. 4 ч. 2 ст. 82 УПК РФ).

Положение о том, что вещественное доказательство может в порядке исключения выводиться за пределы судопроизводства только после его детального исследования, выражено в тексте закона по-разному. Это связано с тем, что закон дополнялся много раз и единство законодательной техники утрачено. Однако общий его смысл вполне понятен и воспринимается однозначно: вещественное доказательство обязано быть при уголовном деле и в случаях, если это невозможно, должна сохраняться доступность его восприятия и исследования по оставшимся образцам или изображениям.

С формально-нормативных позиций такой посыл понятен и может быть признан безупречным. Вместе с тем он весьма затратный, порой приводит к утрате или порче имущества и, как следствие, к искам со стороны владельцев к федеральным органам, не обеспечившим его сохранность. Подавляющая часть хранящихся в специальных условиях крупногабаритных или объемных в силу многочисленности предметов вещественных доказательств непосредственно судом не исследуется. Доказательственный потенциал предметов, проявляющийся не в уже «снятой» информации в виде протокола осмотра, а в личном восприятии

судом и представителями сторон в условиях судебного заседания, часто остается нереализованным. Противоречивость сложившегося положения приводит специалистов к непростому и спорному с позиций закона и теории суждению, что самым оптимальным способом определения судьбы ценностей является возвращение их потерпевшему с возмещением таким способом ущерба, причиненного преступлением. Причем возвращение не на ответственное хранение, когда потерпевший лишен возможности распоряжаться предметом и часто несет дополнительные издержки по обеспечению его содержания, а окончательное, т. е. предполагающее отчуждение предмета и, стало быть, не гарантирующее его обозрения судом³⁴.

На наш взгляд, несмотря на остроту постановки вопроса, такое предложение нуждается в тщательном изучении. В нем надо видеть не отрицание начала непосредственности судебного разбирательства, а предпосылку для поиска альтернативных путей его реализации. Представляется, что эффективным компромиссным решением проблемы может выступить распространение на порядок работы с вещественными доказательствами в досудебном производстве права заинтересованных участников на оспаривание результатов его осмотра, зафиксированных в протоколе. Подробнее на процедуре оспаривания протокола осмотра вещественного доказательства остановимся ниже в самостоятельном параграфе. Здесь же приведем суждения общего плана, поддерживающие такое предложение.

Начало непосредственности судебного разбирательства играет важную роль в обеспечении объективности судебного разбирательства, формировании судьейского убеждения на основе достоверных сведений. Вместе с тем данное начало не должно абсолютизироваться, особенно в смешанном уголовном судопроизводстве. Абсолютной непосредственности, т. е. ситуации, когда суд лично изучает все нюансы обстоятельств, связанных с преступлением, нет и быть не может, равно как абсолютное знание может существовать только как аспект, фрагмент относительного знания об окружающем мире. Смешанный процесс предполагает опору суда на формализованную досудебную часть производства, обеспеченную процессуальными гарантиями. Современное нормативное регулирование позволяет различать формальную и материальную непосредственность в деятельности суда. Причем формальная непосредственность, когда таковой считается исследование судом протоколов следственных действий, составленных следователем, едва ли не доминирует в реальном судоговорении. Примером опоры суда на досудебное производство, пере-

³⁴ Цоколова О. И. Указ. соч. С. 515, 516.

носа судебной по сути гарантии преследуемого лица задать вопросы лицу, свидетельствующему против него, выступает признание и Европейским судом по правам человека, и Пленумом Верховного Суда РФ такого права обеспеченным, если оно реализовано в досудебном производстве.

Нельзя забывать и о том, что в ситуациях, связанных с вещественными доказательствами, очевидно остро проявляется соотношение публичного и частного начала. Публичный интерес предполагает приоритетное изъятие из сферы владения и пользования физического или юридического лица того или иного предмета или объекта, связанного с исследуемыми обстоятельствами, тогда как частное начало обязывает максимально учитывать заинтересованность субъектов в активном использовании данных объектов. Можно говорить о нарастающем противоречии между публичными интересами уголовно-процессуальной сферы и частно-правовыми интересами граждан и хозяйствующих субъектов. Полагаем, в этих условиях уголовному судопроизводству не следует упорствовать, обязывая правоприменителей изымать и приобщать к делу все возрастающие количественно и качественно движимые и недвижимые объекты, не считаясь с организационными и материальными затратами на их хранение. Имеются признаки нахождения законодателей в плену стереотипов, когда предполагается, что непосредственность судебного разбирательства может быть обеспечена только прямолинейно: изъять предмет и положить на судейский стол. Вокруг такого в реальности сложно обеспечиваемого посыла возникают в условиях процессуальной борьбы сторон соблазны для злоупотреблений правом. Начало непосредственности используется как прикрытие, легальный повод для противодействия обоснованной обвинительной деятельности. Не следует забывать и о многомиллионных потерях бюджета, связанных с возмещением по судебным решениям утраченных и испорченных вещественных доказательств.

Отсюда рождается предложение переместить центр активности сторон по исследованию предметов и объектов, претендующих на статус вещественных доказательств, в досудебное производство. Осмотр таких объектов должен осуществляться, как правило, с участием стороны защиты и других заинтересованных лиц. Именно на этом этапе должны заявляться ходатайства и претензии. Формирование протокола осмотра вещественного доказательства должно осуществляться с реальными для сторон и очевидными для суда элементами состязательности. Подобный порядок можно рассматривать как своеобразный компромисс, разумный компенсационный механизм некоторого ограничения начала непосредственности при исследовании в суде овеществленных объектов.

Изложенный выше материал представляет собой интерпретацию непосредственности судебного разбирательства применительно к исследованию доказательств, содержащихся в поступившем в суд уголовном деле, т. е. доказательств, сформированных органом расследования. Мы вели речь о восприятии судом зафиксированных следователем сведений в условиях судебного заседания с участием сторон и о возможностях исследования этих сведений в условиях, максимально приближающих суд к первоисточнику. Суд не должен ограничиваться формальной непосредственностью, которая хотя и разрешена законом, все же сдерживает исследование доказательств сторонами, а должен стремиться в пределах возможного в условиях судебного заседания к непосредственности реальной.

Исследуя доказательства, суд оценивает и проверяет их. К способам проверки доказательств закон относит сопоставление их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, установление их источников, а также получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 88 УПК РФ). Предусмотренным в законе способам проверки корреспондируют возможности суда, который заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, производит другие судебные действия. В частности, обратим внимание на взаимосвязь такого способа проверки доказательств, как «получение иных доказательств», и такой самостоятельной компетенции суда, как «производство судебных действий». Неверно считать, что производство судебных действий полностью автономно от других полномочий суда по исследованию доказательств, например, от заслушивания показаний или осмотра вещественных доказательств, поскольку и заслушивание показаний (допрос) и осмотр выступают разновидностью познавательных действий суда. Тем не менее *нормативно предусмотренная компетенция суда по производству судебных действий требует самостоятельной интерпретации.*

Судебное разбирательство по общему правилу не может состояться без предварительного расследования, материализованным итогом которого является уголовное дело, содержащее собранные и предварительно исследованные доказательства виновности обвиняемого. Суд обеспечивает судебное исследование данных доказательств с участием сторон, что выступает обязательным условием их использования для обоснования виновности лица в приговоре. Однако судебное следствие нормативно и концептуально не связано совокупностью следственных доказательств, на основе которых формирует судебные доказательства, и вправе при-

влечь к доказыванию любые другие имеющие значение для дела сведения³⁵. Такие сведения могут содержаться в представленных суду предметах и документах, а также в результатах непосредственно проведенных судом по ходатайству сторон или инициативно судебных действиях.

В досудебном производстве процессуальные действия органов расследования, направленные на получение доказательств, именуются следственными действиями. Следственные действия — это та часть процессуальных действий досудебного производства, которая отвечает критериям познавательной направленности, обеспеченности государственным принуждением, детально разработанного порядка проведения и другим выделяемым в литературе требованиям. Не вызывает сомнений, что под производством «других судебных действий по исследованию доказательств», о которых говорится в ч. 1 ст. 240 УПК РФ, понимаются аналогичные непосредственные познавательные действия суда, направленные на собирание новых доказательств. Однако если применительно к досудебному производству система следственных действий в основном понимается единообразно, то в судебном следствии этот аспект судебной компетенции воспринимается и трактуется неоднозначно.

Очевидно, что определение «следственные» в понятии «следственные действия» возникло от слова «след». Имеется в виду след, оставленный в сознании людей и на предметах материального мира исследуемым событием преступления. В этом смысле суд, непосредственно собирающий доказательства, осуществляет не что иное, как следственные действия в их устоявшемся понимании. «Суд произвел следственное действие» — такое суждение понятно и соответствует букве и духу закона. Оно тем более правомерно в тех случаях, когда в названии производимого действия используется слово «следственный», например, в ст. 288 «Следственный эксперимент» УПК РФ говорится: «Следственный эксперимент производится судом с участием сторон...», «Суд производит следственный эксперимент...». Однако определение «следственный» лежит также в основе наименования должностного лица, осуществляющего досудебное производство, — следователя. Фраза «следователь произвел следственное действие» звучит привычно. Когда же говорим о следственном действии, производимом судом, возникает некоторая двусмысленность. Остается

³⁵ «Для уголовно-процессуального познания характерны цикличность и возобновляемость, — образно пишут Л. В. Головки и Л. Т. Ульянова, — когда в каждой следующей стадии уголовного процесса, предполагающей полноценное познание (доказывание), требуется заново выяснять обстоятельства дела так, будто они вовсе не были еще установлены в стадии предыдущей» (*Курс уголовного процесса* / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Л. В. Головки. М., 2016. С. 417).

неопределенность в том, от чего происходит название производимого действия: оно является производным от должности субъекта, его производящего, или от искомого «следа», устанавливаемого этим действием.

Несмотря на то что любая терминология условна, юристы пытаются найти интерпретируемым смыслам наиболее оптимальное обозначение. В настоящем издании не станем проследивать весь спектр высказанных суждений, сошлемся на обобщающее исследование С. Б. Россинского, в котором дается развернутый анализ существующих подходов. Высказаны предложения именовать познавательные действия, производимые судом: а) следственными действиями (П. А. Лупинская); б) судебными действиями (А. В. Костюков); в) судебными действиями следственного характера (В. М. Бозров, М. В. Кобяков); г) следственно-судебными действиями (А. А. Хайдаров); д) судебно-следственными действиями (М. Т. Аширбекова). По мнению С. Б. Россинского, наиболее оптимальным является наименование таких процедур просто судебными действиями³⁶. С учетом близости смысла каждого из приведенных подходов не станем отдавать строгое предпочтение отдельным из обозначенных наименований или искать новое. Все предлагаемые наименования достаточно лаконичны и для учебных целей могут быть использованы как синонимы.

Анализ главы 37 «Судебное следствие» УПК РФ позволяет увидеть в ней следующие направленные на собирание или исследование доказательств познавательные действия, осуществляемые судом либо с его участием: *допрос* подсудимого, потерпевшего, свидетелей, эксперта (ст. ст. 275, 277, 278, 282); *оглашение* протоколов следственных действий и иных документов (ст. 285); *производство судебной экспертизы* (ст. 283); *осмотр* вещественных доказательств, местности и помещения (ст. ст. 284, 287); *следственный эксперимент* (ст. 288); *предъявление для опознания* (ст. 290); *освидетельствование* (ст. 290).

Перечисленные действия неоднородны и могут быть поделены на три неравные количественно, но различающиеся по существу группы. Первую образует допрос. Особенность здесь в том, что формально-юридически суд не является органом, производящим допрос, допрос производится сторонами. Суд обеспечивает допрос определенного лица представителями сторон, предварительно устанавливая личность допрашиваемого участника, разъясняя его права, и после активности сторон задает допрашиваемому свои вопросы. О допросе в суде речь шла выше как о способе

³⁶ Россинский С. Б. Механизм формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в уголовном судопроизводстве: монография. М., 2015. С. 134–137.

непосредственного исследования показаний, полученных в досудебном производстве и содержащихся в письменных материалах дела. По ходатайству стороны суд вправе вызвать в судебное заседание ранее не допрошенного свидетеля или даже потерпевшего, которого вправе признать таковым в судебном заседании. К сожалению, суд не наделен правом инициативного вызова для допроса лица, чье имя прозвучало, например, в показаниях ранее допрошенного лица, или если это имя содержится в иных исследованных материалах. На наш взгляд, такое положение, сложившееся под влиянием идеи полной пассивности и нейтральности суда в состязательном процессе, ограничивает процессуальную самостоятельность суда, лишает его возможности свободно сформировать свое внутреннее убеждение³⁷. Одним из способов проверки доказательств выступает получение новых доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. Поэтому инициативный вызов судом нового свидетеля, попавшего в поле зрения суда из ранее исследованных материалов, не содержит угрозы правильно понимаемой состязательности сторон, реализует минимальную производную активность суда или, как говорят, «активность после активности» сторон. Итак, допрос как производимое судом познавательное действие претендует на самостоятельное место среди других судебно-следственных действий в силу следующих обстоятельств: а) допрос не является полностью деятельностью суда, поскольку в содержательном плане он представляет собой в первую очередь деятельность сторон; б) в большинстве случаев судебный допрос осуществляется в отношении ранее допрошенных лиц и выступает средством непосредственного восприятия уже сформированных показаний; в) судебный допрос сопряжен с возможностью оглашения в судебном заседании показаний допрашиваемых лиц, данных в досудебном или предшествующем судебном производстве.

Вторую группу судебных действий составляет осмотр вещественных доказательств (ст. 284 УПК РФ). Выделение этой разновидности осмотра связано с тем, что суд, осматривая вещественное доказательство, работает, как правило, в зале суда. Такое действие не требует никаких организационных усилий, не прерывает судебного заседания, осуществляется «на месте». Неслучайно законодатель регламентирует данный вид осмотра в отдельной статье и дополнительно не оговаривает, что осмотр производится с участием сторон. Это подразумевается.

³⁷ *Кальницкий В. В.* Состязательное построение уголовного судопроизводства не должно препятствовать свободному формированию внутреннего убеждения суда // *Вестник Томского государственного университета. Серия «Экономика. Юридические науки»*. 2003. № 4. С. 75–77.

Конечно, можно возразить, что вещественным доказательством может стать недвижимый или маломобильный в силу громоздкости движимый объект. В этом случае осмотр вещественного доказательства может произойти только в рамках «выездного» судебного заседания. Такой аргумент, повторяем, возможен. Однако фактически случаи осмотра вещественных доказательств вне зала судебного заседания встречаются крайне редко, их количество, говоря математическим языком, стремится к нулю. Суд располагает протоколом осмотра вещественного доказательства, составленным органом расследования, фото- и видеоприложениями, наглядно отображающими свойства объекта. Особенность регламентации в законе осмотра вещественных доказательств показывает, что законодатель не настаивает на выезде суда для осмотра вещественных доказательств, изначально исходит из того, что данное действие производится в зале суда. На этом может быть построен еще один аргумент в пользу ограничения круга вещественных доказательств, хранящихся в ходе досудебного и судебного производства, несмотря на существенные организационные и материальные затраты. Повторим, что нуждается в корректировке положение о производстве осмотра вещественных доказательств только по ходатайству сторон, поскольку оно существенно сдерживает проявление начала непосредственности в тех случаях, когда суд почувствует внутреннюю потребность в обозрении предмета. Итак, осмотр вещественных доказательств представляет собой самостоятельное судебное действие, специфика которого состоит в том, что: а) осматривается предварительно осмотренный и приобщенных к уголовному делу предмет или объект; б) по общему нормативному правилу и фактически сложившемуся обыкновению осмотр производится без прерывания судебного заседания в зале суда.

К осмотру вещественных доказательств близко примыкает, а значит, претендует на отнесение ко второй группе такое судебное действие, как оглашение протоколов следственных действий и иных документов (ст. 285 УПК РФ). Общность осмотра и оглашения заключается в том, что суд имеет дело с собранными доказательствами, которые исследует. Осматривая предмет, суд в силу требования устности обязан проговаривать все, что видит, и, по сути, оглашает вещественное доказательство. В то же время, оглашая протоколы и иные письменные документы, суд осматривает их, поэтому в обоих случаях суд «считывает» информацию с объекта и воспроизводит ее для сторон и всех присутствующих в судебном заседании. Различие лишь в том, что осмотр — разовое действие, тем самым претендующее на самостоятельность, а оглашение протоколов следственных действий и иных документов в силу письменности досу-

дебного производства — значительная часть всей судебной работы, это масштабная деятельность (система действий), которую сложно назвать отдельным действием. Если считать самостоятельным судебным действием оглашение отдельного документа, то практически в каждом судебном заседании будут иметь место десятки однотипных судебных действий — оглашений. Кроме того, вряд ли протокол следственного действия может быть назван следом от преступления, равно как и не всякий письменный документ обладает таким качеством. Когда документ обладает признаками вещественного доказательства, он признается таковым и подлежит осмотру, включающему в себя прочтение. Таким образом, оглашение сложно назвать следственным судебным действием, по крайней мере, вряд ли в этом имеется практическая потребность³⁸.

Третий относительно самостоятельный фрагмент круга судебных действий следственного характера может быть сформирован путем обособления в нем производства судебной экспертизы, осмотра местности и помещения, следственного эксперимента, предъявления для опознания и освидетельствования. Большинство из них представляет собой классические следственные действия, перенесенные на стадию судебного разбирательства.

Сравнение предшествующего и действующего уголовно-процессуального законодательства в части регламентации судебных действий обнаруживает существенную динамику. Так, в главе 23 «Судебное следствие» УПК РСФСР были регламентированы допрос подсудимого, свидетелей, потерпевшего, эксперта (ст. ст. 280, 283, 287, 289); оглашение документов (ст. 292); производство экспертизы (ст. ст. 288, 290); осмотр вещественных доказательств (ст. 291); осмотр местности и помещений (ст. 293). Вопросов, связанных с ограниченностью круга судебных действий, не возникало. При необходимости суд мог вернуть уголовное дело для производства дополнительного расследования. Кроме того, отсутствие в то время нормы о признании недопустимыми доказательств, полученных в результате действий, не предусмотренных законом, позволяло суду в рамках судебного заседания

³⁸ Высказывая данное суждение, с уважением относимся к противоположным или частично отличающимся позициям по вопросу о правовой сущности оглашения судом протоколов следственных действий и иных документов. Иная точка зрения, основанная на развернутом обобщении опубликованных работ, представлена, в частности, в монографии С. Б. Россинского. Анализируя не только оглашение протоколов следственных действий и иных документов, но и показаний, автор полагает, что «исследование судом материалов уголовного дела объективно требует определенной формализации, а именно введения в предмет уголовно-процессуального регулирования соответствующих процедур, предусмотренных ст. ст. 276, 281 и 285 УПК РФ, несомненно, имеющих познавательный характер и подлежащих обязательному включению в систему судебных действий» (*Россинский С. Б. Указ. соч. С. 146*).

производить не оговоренные в законе для этого этапа процесса следственный эксперимент и освидетельствование, а также проверку показаний на месте, регламентации которой вообще не было в законе.

Говоря о том, что суд фактически осуществлял широкий круг судебных действий, следует сделать весьма значимое уточнение. Суд не производил этих действий в каком-то определенном порядке, в частности, в порядке, предусмотренном для досудебного производства. Суд импровизировал, беря от следственного дела суть, а деталям процессуальной формы не придавал значения. В определенном смысле можно сказать, что суд производил не юридически предусмотренное следственное действие, а реализовывал общедоступные способы познания. Так, входящего в зал судебного заседания участника судебного разбирательства судья спрашивал: знает ли он кого-либо из находящихся на скамье подсудимых или присутствующих среди публики лиц, если знает, то при каких обстоятельствах с ним познакомился или наблюдал это лицо. Аналогичный вопрос мог исходить от представителей сторон. Ни о каком формализованном предъявлении для опознания не было речи. Но состоявшееся узнавание было информативным и непосредственно убеждало суд в том или ином устанавливаемом обстоятельстве. Наблюдение за участниками процесса во время узнавания способствовало правильной оценке даваемых ими показаний. По делам о дорожно-транспортных происшествиях суд порой выходил на место события для производства следственного эксперимента. Однако в таком эксперименте одновременно присутствовали и проверка показаний на месте, и осмотр места происшествия, и его реконструкция.

Действующий УПК РФ пошел по пути формализации допускаемых в судебном заседании судебных действий. Законодатель расширил их перечень, описал некоторые элементы процессуального порядка производства. Применительно к трем новым судебным действиям следственного характера (следственному эксперименту, предъявлению для опознания, освидетельствованию) применил прием отсылки к порядку производства данных следственных действий в досудебном производстве. Целесообразность и даже допустимость такой отсылки вызывает у нас серьезные возражения. Дело даже не в том, что статус суда и обстановка судебного заседания несовместимы с требованиями участия понятых, статистов, а предъявление для опознания в суде тех же лиц и предметов, которые предъявлялись в досудебном производстве, выступает повторным предъявлением для опознания, законном не допускаемым. Определяя круг судебных действий, предписывая их проведение по правилам, установленным для органов предварительного расследования, законодатель, на наш взгляд, не воздает должного возвышенной атмосфере судебного исследования обстоятельств

дела, предлагает суду инструментарий, который явно не соответствует провозглашенному в общих нормах приоритету судебного производства над производством досудебным³⁹. Косвенно таким подходом умаляется также начало непосредственности судебного разбирательства, которое не может быть полноценным без свободы сторон и суда в выборе способов исследования устанавливаемых обстоятельств.

Создается впечатление, что на момент подготовки УПК РФ законодатель не выработал завершеного представления о том, каким должно быть судебное следствие в современном смешанном уголовном процессе, в котором судебная деятельность не является простым продолжением досудебного производства, а строится на качественно иной основе. В действующем законе имеются противоречия, следы того, как прежнее соотношение досудебного и судебного производства сосуществует с закрепленными в общих нормах и провозглашенными в научных трудах новыми подходами.

В статьях 74, 86 УПК РФ и ряде других норм закреплено «следственное» понимание доказательств, исходя из которого доказательство становится таковым еще в досудебном производстве, а субъектами собирания доказательств наряду с судом выступают дознаватели, следователи и прокурор. Законодатель приложил значительные усилия к повышению качества «следственных» доказательств, в частности, развил систему следственных действий как основных способов собирания доказательств и детально регламентировал их порядок, ввел понятие «недопустимые доказательства» и беспрецедентную процедуру исключения недопустимых доказательств при переходе уголовного дела из досудебного производства в судебное производство. Все это призвано обеспечить достоверность выводов суда?

³⁹ В литературе справедливо подчеркивается, что особенность российского уголовного процесса заключается в своеобразном следовании принципу свободы доказывания по внутреннему убеждению: такая свобода полностью присуща оценке доказательств, но собирание доказательств предельно формализовано как по видам способов собирания доказательств (следственных действий), так и по порядку их проведения. На досудебном производстве это выступает определенной компенсационной мерой минимизации в деятельности органов преследования судебной составляющей. Что касается суда, то законодатель не должен пытаться навязывать ему особые правила собирания и оценки доказательств (*Курс уголовного процесса / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Л. В. Головки. С. 422, 426–427*). В условиях различия статусов органов преследования и суда, а также сущностей и порядка розыскного досудебного производства и состязательного судебного производства применять даже фрагментарно единообразный подход к регламентации способов собирания доказательств на стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства, по нашему мнению, принципиально неверно.

В следственном уголовном процессе, в котором судебная деятельность продолжает предварительное производство, ответ на данный вопрос будет, безусловно, положительным. Но если провозглашен и закреплен приоритет судебного следствия, ставящий под сомнение возможность получения доказательств внесудебным путем, то в чем смысл предельной формализации досудебных сведений? Почему, например, результат обыска, представляющий собой значимую для дела информацию, но полученный с участием понятого, не достигшего совершеннолетия, не может быть предметом интерпретации сторон в судебном заседании и в случае подтверждения положенным в основу решения? Чтобы судебное следствие стало по-настоящему приоритетным, недостаточно закрепить это только в общих нормах и многократно воспроизводить это в учебных и научных изданиях. Приоритет судебного следствия делает его сильным, а значит, снисходительным к непринципиальным недостаткам досудебного материала. Приоритет судебного следствия, в котором решающую роль играет активность сторон, должен быть обеспечен соответствующим инструментарием, качественно отличающимся от следственного. Мы же наблюдаем едва ли не механическое перенесение следственных действий в судебное разбирательство, чем искажаем истинное существо судебного познания.

В последнее время часто встречается утверждение, что показания любого допрошенного в досудебном производстве участника процесса ничего не значат, показания становятся таковыми после их исследования в условиях судебного разбирательства, только те показания, которые выдержали проверку перекрестным допросом, приобретают силу судебного доказательства. Но тогда необходимо регламентировать порядок перекрестного допроса во всех юридически значимых аспектах более детально. Следует поддержать вывод С. П. Гришина о том, что «отсутствие качественных, структурных преобразований судебного следствия ярче всего демонстрируется тем, что в Кодексе не прописаны процедуры прямого и перекрестного допросов. Даже сами эти понятия отсутствуют в языке нашего законодательства. Многие судебные деятели, к сожалению, не понимают значения перекрестного допроса и его роли в установлении истины по уголовному делу»⁴⁰.

В среде юристов обсуждается вопрос о возможности производства в суде каких-либо иных судебных действий, кроме прямо предусмотренных в главе 37 УПК РФ. Существуют два основных подхода к разрешению этого вопроса: отрицательный, поскольку собирание доказательств прямо не предусмотренными в законе способами не допускается, и положительный, опирающийся на принципиальную неприменимость к судебному позна-

⁴⁰ Гришин С. П. Указ. соч. С. 465.

нию формализованных средств познания реальности. По нашему мнению, правильным является второй вариант. Судебная практика всегда исходила из возможности расширения круга судебных действий, предусмотренных законом для судебного следствия. Так, отсутствие в УПК РСФСР указания на производство в суде предъявления для опознания, следственного эксперимента, освидетельствования не препятствовало фактическому проведению данных действий⁴¹. В литературе приводились примеры производства по поручению суда выемки, не видели отдельные авторы препятствий и для производства в судебном заседании также и обыска⁴², хотя делаем оговорку на необходимость корректировки закона.

В современных условиях просматривается тенденция к формализации средств доказывания. В полной мере она реализована в досудебном производстве, отчасти формализация коснулась и судебного следствия. Однако применительно к судебному доказыванию, на наш взгляд, такая тенденция является ошибочной и фактически нейтрализуется более высокими ценностями в виде принципов состязательности и равноправия сторон, самостоятельности и независимости суда, права суда на свободное формирование своего внутреннего убеждения, доверия к судебной власти со стороны государства и общества, без которого правосудие невозможно. Полагаем, что суд, обеспечивающий реализацию интересов сторон, формирующий собственное представление об обстоятельствах исследуемого события, вправе произвести более широкий, чем очерчено в законе, круг познавательных действий или дать об этом согласованное со сторонами судебное поручение. Так, нет препятствий для направления судом запроса оператору связи о предоставлении информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, для принятия судом решения о получении образцов для сравнительного исследования, эксгумации трупа, выемке предметов и документов, проведении очной ставки и производстве других познавательных действий. Не станем приводить в настоящем издании подробные аргументы в пользу такого подхода. Нюансы в каждом случае могут различаться. Общий аргумент состоит в том, что в судебном заседании не должно быть строго установленных процедур, свойственных деятельности несудебных органов.

Свобода суда в познании обстоятельств дела проявляется также в творческом отношении к регламентированным судебным действиям.

⁴¹ См., напр.: *Бозров В. М., Кобяков В. М.* Судебное следствие: вопросы теории и практики. Екатеринбург, 1992. С. 39–49.

⁴² Там же. С. 49–50.

Как уже отмечалось, законодатель не учел специфики судебного заседания, не предусмотрев в порядке производства освидетельствования, связанного с обнажением лица, полноценного допроса специалиста сторонами по правилам допроса свидетеля с предупреждением об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний. Законодатель ограничился приобщением к делу составленного специалистом акта освидетельствования и правом сторон и суда задать специалисту вопросы. Полноценная активность сторон в форме прямого и перекрестного допроса заменена в нормативном проявлении неким подобием собеседования. Суд имеет право использовать свойственный судебному следствию наиболее эффективный порядок допроса специалиста сторонами. Формальными считаем как постановку вопроса, так и ответ на него, приведенные в печати. Вопрос сформулирован так: «Может ли суд проводить повторное опознание лица, если опознание уже производилось в ходе предварительного расследования?». Ответ на него следующий: «Повторное предъявление для опознания не должно проводиться. Суду необходимо лишь проверить, соблюдались ли на предварительном следствии требования ст. 193 УПК РФ, определяющей порядок предъявления для опознания»⁴³. По нашему мнению, следует сказать, что представитель стороны или суд вправе предложить участнику процесса пояснить, кого из присутствующих он узнает и при каких обстоятельствах его наблюдал⁴⁴.

В пользу несвязанности суда определенным познавательным приемом или описанием в законе какого-либо фрагмента такого приема свидетельствует профессионально точно описанная в литературе обстановка деятельности суда. «Судебное следствие представляет собой очень сложное и вместе с тем органическое переплетение процессуальных действий по собиранию доказательств, — пишут В. М. Бозров и В. М. Кобяков. — Думается, что можно признать характерным для судебного следствия такие явления, когда во время допроса оглашаются какие-либо докумен-

⁴³ *Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : практ. пособие / под ред. В. П. Верина. М., 2006. С. 256.

⁴⁴ В УПК Республики Казахстан продемонстрировано более тонкое понимание условий и средств судебного доказывания. В части 1 ст. 379 закреплено, что предъявление для опознания производится в порядке, предусмотренном ст. 229 Кодекса. Казалось бы, имеет место аналогичная ссылка на досудебную процедуру производства следственного действия. Но дело в том, что ст. 229 дает лишь общую характеристику предъявления для опознания, его порядок детально регламентируется ст. 230 (включая запрет на повторное предъявление для опознания, необходимость статистов), на которую в судебном следствии ссылки нет.

ты, одновременно допрашиваются по одному и тому же факту двое, трое и более лиц, и т. п. Иными словами, все, что происходит в судебном следствии представляет собой своеобразный "клубок" сложных переплетений всех имеющихся в распоряжении суда средств доказывания»⁴⁵.

С учетом такой особенности производства судебных действий в обстановке судебного заседания представляется неоправданным и малоэффективным стремление законодателя точно корректировать порядок этих действий по незначительному с позиции свободы суда и сторон в исследовании обстоятельств дела поводу. Так, в статьи 287 и 288 УПК РФ внесены дополнения, согласно которым в судебном осмотре местности и помещения и следственном эксперименте, наряду с ранее указанными в законе свидетелями, экспертом и специалистом, вправе участвовать вновь введенный в закон участник — лицо, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве⁴⁶. Неужели суд не был вправе на основании процессуальной аналогии пригласить к участию в судебных действиях это лицо и без прямого дозволения в законе, разве он не вправе в настоящее время сделать такое предложение потерпевшему, который не указан в числе участников судебных действий? Обозначенная законодательная новелла, по нашему мнению, диссонирует с тенденцией на поднятие значимости судебного способа собирания и исследования доказательств, возвышение роли сторон в представлении доказательств или заявлении об этом ходатайств перед судом.

Следует ли из изложенных суждений, что судебная деятельность вообще не должна подвергаться регулированию в части способов собирания доказательств, направленных на проверку доказательств, собранных в досудебном производстве, и на установление фактических обстоятельств дела. Конечно, нет. Однако подходы к регулированию познавательной деятельности сторон и суда в судебном следствии должны быть иными. Они не должны копировать доказательственную деятельность несудебных органов на стадиях, предшествующих судебному рассмотрению дела, где формализация самоценна. В судебном производстве регулиющую роль играют общие правовые положения: независимость и самостоятельность суда, состязательность и равноправие сторон, непосредственность и устность судебного разбирательства, пределы судебного разбиратель-

⁴⁵ Бозров В. М., Кобяков В. М. Указ. соч. С. 8, 9.

⁴⁶ О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 30 октября 2018 г. № 376-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ства и др., а также общенаучные способы познания: наблюдение, сравнение, измерение, эксперимент и т. д., используемые в формах и пределах, определяемых сторонами и судом⁴⁷.

Вместе с тем свобода в исследовании доказательств и собирании доступных сведений о фрагментах реальности ограничена установленными в законе и интерпретируемыми правовыми позициями Конституционного Суда РФ и правоприменительной практикой пределами активности суда в состязательном судебном следствии. Пределы прав суда по инициативному собиранию и исследованию доказательств являются одним из самых обсуждаемых и спорных вопросов. Сейчас не будем уделять этому внимания. Заметим лишь, что право суда на оглашение материалов дела, осмотр вещественных доказательств, производство осмотра и других судебных действий должно соответствовать принятому на данный момент нормативному регулированию. Желательно, чтобы нормативное регулирование совершенствовалось в направлении усиления свободы суда. Тре-

⁴⁷ Конкретизируя свою позицию, оттеним ее на фоне высказываемых научных взглядов. Так, А. О. Машовец поддерживает расширительный подход к допустимости проведения следственных действий в ходе судебного следствия; считает верным решение законодателя о применении норм, регламентирующих их производство на предварительном расследовании, с учетом необходимых условий судебного следствия (гласности, устности, непосредственности) (*Машовец А. О. Теоретическая модель правовой организации судебного следствия в уголовном процессе Российской Федерации* : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2018. С. 28). Из процитированного фрагмента следует, что автор поддерживает идею законодателя включить в арсенал судьи такие судебные действия, как следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование, ранее в законе отсутствовавшие, и предлагает продолжить предоставление суду права на производство других следственных действий, используемых в досудебном производстве. Кроме того, А. О. Машовец не настаивает на абсолютно точном применении судом следственного порядка, поскольку специфика судебного разбирательства этому препятствует. Последнее справедливо и определенным образом смягчает базовое предложение расширить круг судебных действий следственного характера, беря за основу следственные действия в досудебном производстве. Но тогда мы неизбежно получим рекомендации, подобные приведенной ранее и исходящей от судей высшего судебного органа, о том, что суд не может предъявить лицо для опознания, если такое предъявление состоялось в досудебном производстве. Мы же считаем, что свобода суда в применении с учетом позиций сторон любых апробированных познавательных методов должна быть приоритетной. Регламентация конкретного познавательного приема применительно к досудебному производству не имеет никакого отношения к судебной деятельности. Более того, ссылка на досудебную процессуальную форму неприемлема по отношению к суду. Регламентация компетенции суда в части производства судебных действий должна быть качественно другой, исключаящей даже общую ссылку на порядок собирания доказательств органами расследования.

буется скорректировать положения, которые позволяют упрекнуть суд, реализующий начало непосредственности и формирующий собственное убеждение, в том как развивалось исследуемое им преступное событие, в необъективности и скатывании к обвинительному уклону. Практикующий судья не может позволить себе отступать от требований закона в его актуальном на конкретный момент истолковании. Но и доктринальные подходы не должны в угоду гипертрофированному пониманию состоятельности содержать рекомендации, сковывающие проявление непосредственности судебного разбирательства. Так, мы не готовы полностью разделить исходящее от авторитетных специалистов суждение, что «осмотр судом места происшествия и следственный эксперимент не направлены на обнаружение и изъятие следов преступления... хотя и возможно, что при проведении этих действий могут быть обнаружены какие-то новые доказательства. Однако следует иметь в виду, что суд не может ухудшить положение подсудимого сбором новых доказательств»⁴⁸. Согласно данному утверждению, к моменту судебного разбирательства сложно полагать, что осмотр позволит обнаружить какие-либо следы преступления, в том числе и вещественные. Допускаем, что ходатайство стороны о проведении осмотра с такой целью может быть отклонено по мотивам одной лишь малой вероятности обнаружения на месте каких-нибудь следов. Но пренебрегать ими (следами, предметами) в случае реального обнаружения, отказываться от изъятия со ссылкой на недопустимость, ухудшать тем самым положение подсудимого непродуктивно. Подобные вопросы должны быть урегулированы в законе. При этом *важно найти оптимальное соотношение следственного и судебного доказывания, почувствовать ту грань, которая отделяет возвышение судебного следствия, основанное на идее деформализации досудебного производства (не поддерживаемое нами), от свободного непосредственного исследования сторонами и судом материалов досудебного производства и доступных на данном этапе фрагментов реальной действительности*⁴⁹.

⁴⁸ *Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : практ. пособие / под ред. В. П. Верина. С. 255.

⁴⁹ Говоря образно, приступая к рассмотрению уголовного дела, суд воспринимает картину исследуемого события в том виде, в котором ее представляют органы расследования. По мотивам этой картины он обязан сделать рисунок на другом полотне. Новый рисунок в рамках установленных законом пределов судебного разбирательства может существенно отличаться. Но и в том случае, если суд находит изображение правильным, он не делает копии. Суд осознанно прорисовывает каждую деталь, вкладывая в нее собственное понимание. Представляя обществу свое произведение, суд не ссылается на замысел автора оригинала, он считывает его из себя. Уголовное

Устность судебного разбирательства. Непосредственность судебного разбирательства тесным образом связана с его устностью. Это, в частности, проявляется в оглавлении ст. 240 «Непосредственность и устность» УПК РФ, а также косвенно в том, что в данной статье нет прямой нормы, определяющей содержание устности. Устность «растворена» в непосредственности, а непосредственность становится невозможной без устности. Каждое из этих понятий одновременно и шире и уже друг друга. Выразить начало устности и просто и сложно. Просто — потому что устность составляет саму суть судебного разбирательства, которое называют также судоговорением или судебными слушаниями. Термин «слушания» употреблен законодателем для обозначения одной их форм стадии назначения и подготовки судебного разбирательства — «предварительного слушания» (глава 34 УПК РФ). Начало устности можно отделить, сравнив с письменностью. Противоположность данных начал показывает различие методов досудебного и судебного производства. Досудебное производство в своей основе характеризуется следующим образом: «все, что сказано, но не записано, не существует». На досудебных стадиях доминирует письменность; на судебных стадиях, наоборот, устность: «все, что записано, но не сказано, не существует». Сложность состоит в формулировании текстуального (дефинитивного) выражения устности. Пришлось бы предусмотреть норму примерно с таким содержанием: в ходе судебного разбирательства все участники выражают свои суждения, заявляют ходатайства, дают показания вслух, вслух зачитываются все письменные материалы уголовного дела. В законе начало устности судебного разбирательства выражено применительно к отдельным фрагментам судебной деятельности и поведения участников. Так, «суд заслушивает показания», «оглашает протоколы и иные документы» (ст. 240), «председательствующий... разъясняет всем участникам судебного разбирательства их права и обязанности» (ч. 2 ст. 243), «государственный обвинитель... излагает суду свое мнение по существу обвинения» (ч. 5 ст. 246), «секретарь судебного заседания докладывает о явке лиц...» (ст. 262), «потерпевшему и свидетелю разрешается прочтение имеющихся у них документов...» (ч. 2 ст. 279 УПК РФ) и т. д. Устность судебного разбирательства вытекает из принципа гласности, предполагающего присутствие в зале судебного заседания публики, до-

судебное разбирательство — та редкая сфера, где эскиз предусмотрен, он важен как повод для выбора сюжетной линии, которую суд не определяет самостоятельно, но он (эскиз) ровным счетом не имеет никакого значения, когда работа завершена. Суд — автор итоговой картины. Соавторство, в том числе и совместная ответственность за достоверность изображения, здесь исключены.

пущение которой окажется бессмысленным, если стороны и суд станут обмениваться письменными материалами, не воспроизводя вслух их содержания.

Не оглашенные в судебном следствии письменные материалы досудебного производства считаются не исследованными полностью или в той части, в которой они не оглашены, и не могут быть положены в основу приговора или иного итогового решения. Несоблюдение процедуры оглашения письменных материалов (подмена ее обозначением названия документа и кратким изложением его существа, например: «на листе дела номер 50 имеется в целом положительная характеристика на подсудимого»), к сожалению, встречается в текущей правоприменительной практике, что должно пониматься как отступление от начала устности. Осмотр судом вещественного доказательства без проговаривания вслух всего увиденного (устного описания предмета в целом и значимых для дела деталей) также свидетельствует о несоблюдении начала устности.

Очность судебного разбирательства. В учебной литературе к нормативной основе начала непосредственности относят ч. 2 ст. 123 Конституции РФ, согласно которой «заочное разбирательство уголовных дел в судах не допускается, кроме случаев, предусмотренных федеральным законом». Смысл данного положения (частного по отношению к началу непосредственности в целом) заключается в том, что по общему правилу никто не может быть осужден без личного участия в судебном разбирательстве, в ходе которого будет иметь возможность непосредственно заявить суду о своей невинности или смягчающих обстоятельствах. Согласно чч. 1 и 2 ст. 247 УПК РФ судебное разбирательство уголовного дела производится при обязательном участии подсудимого, при неявке подсудимого рассмотрение уголовного дела должно быть отложено. В этой же статье Кодекса оговорены и предусмотренные конституционной нормой исключения, различающиеся по степени тяжести предъявленного обвинения и позиции самого подсудимого. По делам о преступлениях небольшой или средней тяжести подсудимому предоставлено право ходатайствовать о проведении судебного разбирательства в его отсутствие. Такое ходатайство должно быть подкреплено вескими причинами и не обязательно для суда, который вправе обеспечить явку подсудимого. Другое исключение носит публичный характер и предопределено, скорее, обстоятельствами, лежащими вне уголовно-процессуальной сферы. Закон разрешает суду провести судебное разбирательство в отсутствие подсудимого, обвиняемого в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления и находящегося за пределами нашей страны и (или) уклоняющегося от явки в суд.

Исключительность такого дозволения проявляется в том, что в случае отпадения возникших препятствий к очному участию в деле и заявления заочно осужденным ходатайства о повторном рассмотрении дела в обычном порядке, постановленный приговор подлежит отмене.

Таким образом, можно сформулировать следующие выводы.

1. *Непосредственность судебного разбирательства* — одно из важнейших общих условий судебного разбирательства, смысл которого состоит в максимально возможном приближении суда и представителей сторон, участвующих в судебном заседании, к следам (материальным — на объектах материальной обстановки и идеальным — в сознании людей), оставленным преступлением.

2. *Начало непосредственности в состязательном судебном разбирательстве* представляет собой нечто большее, чем прием (способ) исследования отдельных доказательств или обстоятельств содеянного. Это не присущая никакому другому виду процессуальной деятельности качественная характеристика исследования, способная выработать достоверный информационный продукт (судебное доказательство). Начало непосредственности знаменует верховенство судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве.

3. *Непосредственность судебного разбирательства, несмотря на важность* данного положения, носит не абсолютный, а относительный характер. Абсолютная непосредственность, под которой можно понимать личное исследование судом всех следов преступления, недостижима, поскольку, во-первых, судебное заседание, на котором присутствуют и реализуют свои права участники уголовного судопроизводства, предполагает их нахождение преимущественно в зале суда, а не на местах происшествия, нахождения следов и т. д.; во-вторых, суд не уполномочен устанавливать предположительного виновника преступления, предъявлять ему официальное обвинение, изобличать в совершении преступления. Эту функцию выполняют органы преследования, первыми исследующие следы преступления и формирующие в установленном порядке доказательства виновности преследуемого лица. Изучение обстоятельств преступления судом всегда является вторичным исследованием, проводимым при наличии у сторон и суда материалов расследованного уголовного дела.

4. *Непосредственность судебного разбирательства может рассматриваться* в формальном (суд исследует уже собранные формализованные сведения — доказательства) и материальном (суд имеет дело с фрагментами реальной обстановки) аспектах. Формальный и материальный аспекты тесно переплетены и сосуществуют одновременно.

Нормативное закрепление начала непосредственности в ст. 240 УПК РФ в большей мере отражает формальный аспект («в судебном заседании все доказательства по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию», суд «производит другие судебные действия по исследованию доказательств»), что не способствует правильному доктринальному и прикладному представлению о потенциале судебного следствия.

5. Непосредственность всегда была присуща судебному разбирательству, проводимому в общем порядке, независимо от типа процесса и временного периода, который взят для изучения. В частности, непосредственность выступала общим условием судебного разбирательства по УПК РСФСР 1923 и 1960 гг. Однако степень непосредственности в разные периоды развития общества различается. Уровень проявления непосредственности судебного разбирательства выступает индикатором соотношения досудебного и судебного производства: меньшая непосредственность означает большее доверие общества и законодателя к материалам предварительного расследования, если же непосредственность возрастает, то доказательственное значение следственных материалов, их роль в установлении обстоятельств дела с позиций общественных ожиданий несколько понижаются. Повышенная непосредственность свидетельствует о возрастающей роли суда в уголовном судопроизводстве.

6. Реализация непосредственности судебного разбирательства невозможна без участия в исследовании доказательств и обстоятельств дела представителей сторон. Из трех правильных посылок — «суд лично исследует доказательства», «суд лично исследует доказательства с участием сторон», «стороны представляют и исследуют доказательства перед судом» — наиболее полной представляется третья.

7. Имея дело с документальными материалами досудебного производства, стороны и суд, в силу предписаний закона или исходя из практической потребности в выработке достоверного представления об исследуемых обстоятельствах, обязаны стремиться к допросу лиц, привлекавшихся к формированию письменных доказательств на стадии предварительного расследования (свидетеля, потерпевшего, эксперта, специалиста, понятого и т. д.), что повышает непосредственность судебного разбирательства. Начало непосредственности предполагает в отдельных случаях организацию допроса должностного лица органа расследования, однако по строго ограниченному предмету, связанному с воспринятыми реальными обстоятельствами. Необходимо различать интерпретационное участие следователя на предварительном слушании и в судебных прениях, в ходе которого он в связи с активностью защиты

обосновывает законность своих действий (на практике такое участие часто оформляется допросом, с чем нельзя согласиться), и свидетельствование следователя перед сторонами и судом.

8. Условием непосредственности судебного разбирательства выступает основанная на доверии к суду и производимым им действиям свобода суда и сторон в выборе способов исследования материалов дела и других фрагментов реальности, в деле не отраженных, т. е. воспринимаемых судом впервые.

9. Регламентация порядка судебного следствия в главе 37 УПК РФ не в полной мере соответствует заявленному в общих нормах уровню непосредственности судебного разбирательства. С одной стороны, она не содержит необходимого описания порядка прямого и перекрестного допросов сторонами участников процесса, с другой — предусматривает строго очерченный круг излишне детализированных способов судебного познания, направленных как на проверку доказательств, так и на восприятие объективной реальности, что не соответствует роли и месту суда в уголовном судопроизводстве.

§ 2. Нормативные изъятия из начала непосредственности судебного разбирательства

В условиях действия УПК РСФСР параграф с таким названием оказался бы неуместным. В советском уголовном процессе законодатель провозгласил в качестве общего положения единство процессуальной формы и строго ему следовал. В период действия предшествующего Кодекса рассмотрение на стадии судебного разбирательства любого уголовного дела в независимости от квалификации преступления и позиции подсудимого осуществлялось по единым правилам. Дифференциация процессуальной формы имела место, но только на досудебных стадиях. По всем делам единым был также состав суда: председательствующий и два народных заседателя. Можно с уверенностью предположить, что студенты всех юридических вузов слышали от своих педагогов широко известную формулу: предварительное расследование может быть сокращено сколько угодно, но стадия судебного разбирательства упрощению не подлежит.

Особенностью действующего законодательства выступает масштабная дифференциация порядка судебного разбирательства. В подавляющей степени (кроме рассмотрения дел с участием присяжных заседателей и отдельных частных положений) дифференциация направлена на упрощение процессуальной формы, в том числе касается сокращения или полного исключения непосредственного исследования доказательств в ряде производств. В статье 240 УПК РФ прямо сказано, что «в судебном разбирательстве все доказательства по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию, за исключением случаев, предусмотренных разделом X настоящего Кодекса». Указанный раздел посвящен особому порядку судебного разбирательства и объединяет в настоящее время две главы: 40 «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением» и 40¹ «Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве». Кроме того, особый порядок принятия судебного решения в своей основе распространяется на производство по уголовному делу, дознание по которому осуществля-

лось в сокращенной форме (ст. 226⁹ УПК РФ). В суммарном выражении доля дел, рассмотренных в особом порядке, превышает 65% и имеет устойчивую тенденцию к возрастанию. Специалисты с сожалением констатируют неуклонное сокращение пространства действия принципа непосредственности в российском уголовном процессе в последние годы⁵⁰, обращают внимание, что отрицательный потенциал, заложенный в нормах об особых порядках судопроизводства, весьма велик⁵¹.

Сложившееся положение нужно воспринимать как данность. Современным обучающимся трудно себе представить, что в условиях действия прежнего законодательства, которое часто подвергается не во всем заслуженной уничижительной критике, все дела рассматривались судом при непосредственном исследовании доказательств. Не были столь строги требования к оглашению показаний, не в каждом судебном процессе формировались стороны обвинения и защиты, суд обладал правом на активность (что, кстати, не ослабляло, а усиливало непосредственность), но упрощенных процедур, не предполагающих исследование находящихся в деле доказательств и реальных обстоятельств содеянного, не было в принципе. Сложившееся положение предопределено необходимостью возложить на судебную власть новые полномочия по соблюдению конституционных прав граждан, которые ранее обеспечивались прокурорским надзором, и реализовать повышенные стандарты судоговорения, предусмотренные отечественным законодательством и международными нормативными актами. Возникли институты судебного контроля за досудебным производством и оперативно-розыскной деятельностью, формализовался в сторону усложнения порядок судебного заседания в стадии исполнения приговора, развились процедуры общего порядка судебного разбирательства, в том числе с участием присяжных заседателей, и др. Экстенсивный путь увеличения кадрового состава судебского корпуса не смог обеспечить реализацию новых нормативных требований. «Пропускная» способность органов судебной власти оказалась исчерпанной. Тогда стали «экономить» на главном — на непосредственности судебного разбирательства. То, что это был не единичный шаг, свидетельствует развитие законодательства. Сначала расширен круг дел, по которым возможно согласие с предъявленным обвинением и последующий особый порядок: к таким делам добавлены по сравнению

⁵⁰ Михайлов А. А. Неуловимая истина, или Вопросы реализации принципа непосредственности в уголовном процессе России в сравнительно-правовом контексте // Уголовная юстиция. 2016. № 2(8). С. 38.

⁵¹ Пилюк А. В. Проблемы применения упрощенных форм разрешения уголовных дел в судопроизводстве Российской Федерации в свете типологии современного уголовного процесса. Томск, 2011. С. 162.

с первоначальным вариантом дела о тяжких преступлениях (2003 г.). Потом появились главы 40¹ (2009 г.), 32¹ (2013 г.) УПК РФ. В этом же ряду стоит глава 50¹ УПК РФ (2016 г.), в которой вопрос о виновности лица рассматривается не только без полноценного исследования доказательств, но и вообще без проведения судебного разбирательства, замененного порядком ч. 6 ст. 108 УПК РФ, предназначенной для разрешения ходатайств об избрании мер пресечения. В последнем случае ставится под сомнение не только непосредственность судебного разбирательства, но и реализация принципа презумпции невиновности⁵². Следует отметить, что каждое из сокращенных производств имеет определенную логику и предпосылки к существованию. Однако возвышение начала непосредственности в условиях, когда по двум третям уголовных дел оно фактически отсутствует, дает повод задуматься.

Помимо особых производств и особенностей прекращения уголовного дела с назначением судебного штрафа в досудебном производстве, к изъятиям из начала непосредственности следует отнести случаи оглашения показаний не явившихся потерпевших и свидетелей (ч. 2 ст. 281 УПК РФ), а также показаний несовершеннолетних потерпевших и свидетелей (ч. 6 ст. 281 УПК РФ).

Кратко рассмотрим обозначенные особые порядки судебного разбирательства, по возможности, с проекцией на деятельность органов расследования. Порядку обеспечения следователем оглашения показаний в пособии посвящен самостоятельный параграф.

Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (по главе 40 УПК РФ)

Предпосылки для рассмотрения уголовного дела в особом порядке начинают формироваться на стадии предварительного расследования. Формирование таких предпосылок составляет часть компетенции следователя. Согласно п. 2 ч. 5 ст. 217 УПК РФ следователь в момент ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела обязан разъяснить ему право заявить ходатайство о применении особого порядка судебного разбирательства. Разъяснение права не равнозначно информированию о наличии права. Требование разъяснить рассматриваемое право предполагает растолковывание с учетом уровня развития обвиняемого сути особого порядка судебного разбирательства, содержания возможных по его результатам решений и особенностей их обжалования. Это обстоятельство требует от следователя хорошего знания процедуры предстоящего судебного разбирательства, поскольку неполное

⁵² См., напр.: Кальницкий В. В. Порядок прекращения судом уголовного дела (преследования) в связи с назначением судебного штрафа // Законодательство и практика. 2016. № 2(37). С. 6–12.

разъяснение права, не позволившее осознанно им воспользоваться, равнозначно неразъяснению права. И в том и в другом случае возникают основания для возвращения прокурором или судом уголовного дела для устранения нарушения закона.

Отличительной чертой особого порядка судебного разбирательства, предусмотренного главой 40 УПК РФ, выступает отсутствие у суда обязанности непосредственно исследовать с участием сторон собранные по делу доказательства, относящиеся к обстоятельствам преступления и виновности подсудимого в его совершении. Непосредственное исследование доказательств о событии преступления составляет значительную и наиболее трудоемкую часть судебного разбирательства. Поэтому отсутствие обязанности проводить такое исследование, а также описывать и оценивать доказательства в приговоре существенно экономит время и силы участников уголовного судопроизводства, затрачиваемые на рассмотрение дела и вынесение итогового решения.

Говоря об отсутствии в особом порядке непосредственного исследования доказательств об обстоятельствах содеянного, необходимо понимать, что это не означает полного отсутствия судебного следствия как самостоятельной структурной составляющей судебного разбирательства. Часть 1 ст. 316 УПК РФ устанавливает, что судебное заседание в особом порядке проводится в соответствии с главами 35, 36, 38 и 39 УПК РФ. Казалось бы, если в перечне отсутствует глава 37 «Судебное следствие», то такой важной части нет вообще. На самом деле судебное следствие имеет место, но оно значительно сокращено и сводится к возможности исследования обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, и обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание (ч. 5 ст. 316 УПК РФ). Сам же порядок исследования таких обстоятельств законом не ограничен, «оно может проводиться всеми предусмотренными уголовно-процессуальным законом способами, в том числе путем исследования дополнительно представленных материалов, а также допросов свидетелей по этим обстоятельствам»⁵³, т. е. в соответствии с началом непосредственности судебного разбирательства.

Какая качественная особенность уголовного дела дает суду право не прибегать к непосредственному исследованию доказательств о преступном событии, которое при общем порядке судебного разбирательства составляет сердцевину судебного разбирательства? Ключевым условием отказа от

⁵³ О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 декабря 2006 г. № 60 (п. 10). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

исследования доказательств выступает согласие подсудимого с предъявленным обвинением. Подсудимый не оспаривает обвинения. Закон не содержит требования, чтобы подсудимый признал себя виновным и чистосердечно раскаялся. Он просто согласен с обвинением и отказывается его оспаривать. Эмоциональная сторона значения не имеет. Вместе с тем следователю необходимо попытаться понять мотивы позиции обвиняемого. Решающую роль в предотвращении ложных признаний обвиняемого в содеянном играет оценка следователем собранной совокупности доказательств как достаточной для вывода о виновности преследуемого лица. Гарантией законности отказа от непосредственного исследования доказательств совершения лицом преступления и одним из условий перехода к особому порядку судебного разбирательства выступает согласие на это государственного обвинителя. Кроме того, обязательным условием «ускоренного» рассмотрения дела является наличие согласия на это потерпевшего. Побудительная сторона позиции потерпевшего в законе также не определена, поэтому значения не имеет. Возможно, его не устраивает перспектива мягкого наказания. Одним из стимулов для обвиняемого, ходатайствующего об особом порядке, служит сокращенная на одну треть санкция: назначенное наказание не может превышать две трети максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершение преступления (ч. 5 ст. 62 УК РФ; ч. 7 ст. 316 УПК РФ). Не давая согласия на особый порядок судебного разбирательства, потерпевший может руководствоваться желанием участвовать в развернутом публичном изобличении своего обидчика, которого в упрощенном порядке не будет.

Важным видится понимание роли суда в особом порядке судебного разбирательства: являются ли совпадающие позиции сторон обязательными для суда; каким образом суд может составить представление о существе дела и достаточности собранной совокупности доказательств и обязан ли он этим заниматься; может ли внутреннее убеждение судьи преодолеть все формальные основания для особого порядка судебного разбирательства и привести к рассмотрению дела в общем порядке.

Особый порядок судебного разбирательства не тождественен «делке о признании вины», с которой его нередко сравнивают. Институт «делки с правосудием», предусмотренный в законодательстве некоторых западных государств, на первое место выдвигает соглашение (волеизъявление) сторон, которое может быть оторвано от познания и оценки реального события. Особый порядок основан на установлении истины по делу, однако такое установление реальности осуществляется во внесудебных и квазисудебных формах. Условием согласия государственного обвинителя с отказом от полноценного судебного исследования доказательств совер-

шения подсудимым преступления выступает его убежденность в доброкачественности и достаточности следственных материалов для такого вывода. В противном случае прокурор обязан отказаться от обвинения или его изменить, либо настаивать на всестороннем и полном рассмотрении дела с участием сторон при непосредственном исследовании доказательств. Самостоятельной гарантией истинности сделанного судом по итогам особого порядка судебного разбирательства вывода о виновности лица выступает личная убежденность судьи в достоверности и достаточности письменных материалов предварительного расследования. Письменные доказательства здесь не преобразуются в доказательства судебные, письменность процесса не превращается в устность. Но законодатель, несмотря на необычность или даже спорность такой ситуации, обязывает суд прочитать дело (пока воздержимся от термина «исследовать») и возлагает на него бремя принятия решения о подтвержденности обвинения, с которым согласился обвиняемый, собранными по уголовному делу доказательствами (ч. 7 ст. 316 УПК РФ). Следствием такого решения будет признание лица виновным с вынесением обвинительного приговора или постановления о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям.

Получив от прокурора уголовное дело с зафиксированным в нем согласием обвиняемого с предъявленным обвинением и проведением судебного разбирательства в особом порядке, судья обязан назначить судебное заседание именно в особом порядке⁵⁴. Его усмотрение на стадии назначения и подготовки судебного разбирательства ограничено. Поступившее дело должно быть судьей изучено — это общее требование⁵⁵. Изучение состоит в единоличном прочтении материалов дела. Изучение направлено не на выработку в себе убеждения в том, подтверждается или не подтверждается обвинение, с которым согласился обвиняемый, а на выявление препятствий к рассмотрению дела. Иная трактовка входила бы в противоречие с задачами стадии назначения и подготовки судебного разбирательства, где судья не вправе предрешать итоги следующей стадии. Итак, судья прочитал дело. Применительно к задаче назначения судебного заседания назовем такое прочтение исследованием, поскольку

⁵⁴ *О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел* : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 декабря 2006 г. № 60 (п. 3). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁵ *О применении судами норм, уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному заседанию* : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 (п. 2). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

нет другой возможности качественно разрешить вопросы первой судебной стадии. Но тогда возникает вопрос: проводит ли судья еще одно исследование письменных материалов дела для целей определения подтвержденности письменными доказательствами того обвинения, с которым согласился обвиняемый, либо он дает теперь уже сущностную оценку тем материалам, которые ранее прочитал с другой целью? Второе чтение дела не регламентировано ничем, оно подразумевается, но место в системе уголовно-процессуальных отношений для него не находится. Вынуждены признать суррогатность такого исследования материалов дела. Отказавшись от высшей формы судебного исследования материалов дела, которой является непосредственное исследование собранных доказательств и реальных обстоятельств, относящихся к преступлению, законодатель не нашел ему замены для случаев судебного разбирательства в особом порядке. Не предложив суду форму познания, законодатель требует от него убежденности в вопросе, имеющем решающее значение для исхода дела.

Специфической чертой особого порядка судебного разбирательства (в определенной степени его недостатком) выступает то обстоятельство, что повод для ускоренного производства формируется в досудебном производстве. Нормативное регулирование таково, что к пониманию нецелесообразности полного исследования всех материалов дела (с учетом позиции подсудимого и ясности ситуации) приходят не стороны и суд в ходе судебного следствия. Приглашение, по сути, к отказу от непосредственного исследования доказательств поступает от обвиняемого, находящегося на данном этапе под процессуальным патронажем органа расследования. Имея возможность влиять на позицию обвиняемого, орган расследования в известной мере управляет дальнейшим производством, по крайней мере, решение о назначении судебного заседания в особом порядке зависит от формулировки позиции обвиняемого в протоколе ознакомления обвиняемого с материалами дела. Отмеченное обстоятельство не позволяет полностью исключить прогнозирование на досудебных стадиях перспективы дальнейшего прохождения дела, влияние на выбор обвиняемым особого порядка судебного разбирательства в расчете на отсутствие скрупулезной проверки всего доказательственного материала в судебном следствии.

Уставом уголовного судопроизводства 1864 г. закреплялся противоположный подход к возникновению «ускоренного» судебного следствия. В главе 7 «О порядке производства судебного следствия» содержатся следующие положения: «Подсудимому, признающему свою вину, предлагаются дальнейшие вопросы, относящиеся к обстоятельствам преступления, в котором он обвиняется» (ст. 680); «Если признание подсудимого не возбуж-

дает никакого сомнения, то суд, не производя дальнейшего исследования, может перейти к заключительным прениям» (ст. 681); «Судьи, присяжные, прокурор и участвующие в деле лица могут потребовать, несмотря на сделанное подсудимым признание, судебного исследования, и в таком случае суд приступает к рассмотрению и проверке доказательств» (ст. 682).

Отказ от непосредственного исследования доказательств здесь никаким образом не предопределен позицией властных и невластных участников досудебного производства, а полностью находится в пределах внутреннего убеждения представителей сторон и суда. На наш взгляд, исторический пример демонстрирует наиболее оптимальный подход к упрощению судебного следствия, основанному не на отказе от непосредственности судебного разбирательства, а на его осознанном и свободном ограничении достигнутыми консенсуса участниками судебного разбирательства. В связи с этим представляется разумным обращение к предшествующему опыту на современном этапе. Так, одним из аспектов перспективного развития состязательности судебного следствия А. О. Машовец считает «восстановление ранее существовавшего в российском законодательстве правового установления о том, что окончание спора завершает судебное расследование; стороны признали факт — судебное следствие по нему прекращается. Кроме признания фактов, возможно исключение из предмета судебного следствия тех или иных доказательств по соглашению сторон»⁵⁶. Действующее законодательство содержит механизмы инициирования судом и сторонами перехода к непосредственному судебному следствию. Но возвращение к порядку, от которого предварительно отказались, происходит психологически и организационно сложнее, чем следование общим установлениям с правом в определенный момент признать произведенное непосредственное исследование достаточным.

Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве

Особый порядок судебного разбирательства при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве в своей основе содержит особый порядок, предусмотренный главой 40 УПК РФ. Досудебная часть данных производств различается по ряду процессуальных нюансов (в главе 40¹ УПК РФ их значительно больше). Судебное следствие же объединяет базовое отсутствие непосредственного исследования доказательств, содержащихся в материалах дела. Рассмотрим в интересующем нас аспекте

⁵⁶ Машовец А. О. Теоретическая модель правовой организации судебного следствия в уголовном процессе Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2018. С. 26.

судебное следствие при наличии досудебного соглашения о сотрудничестве с акцентом на его специфике по отношению к порядку, регламентированному главой 40 УПК РФ.

Уголовное дело в отношении лица, с которым заключено соглашение о сотрудничестве, поступает в суд, как правило, в форме выделенного в отдельное производство. Судья обязан назначить его рассмотрение в особом порядке, исходя из самого факта наличия соглашения о сотрудничестве и соответствующего представления прокурора⁵⁷.

Закон содержит формальные условия недопустимости особого порядка рассмотрения поступившего уголовного дела: государственный обвинитель не подтверждает активное содействие обвиняемого следствию по оговоренным в соглашении аспектам; досудебное соглашение обвиняемому было навязано против его воли и заключено без участия защитника. В этих случаях уголовное дело может быть назначено для рассмотрения в общем порядке. Если же нет только документов, подтверждающих выполнение данных условий, то суд вправе назначить предварительное слушание для решения вопроса о возвращении уголовного дела прокурору. Оценка судом значения сотрудничества с обвиняемым на данном этапе не дается.

Известную сложность представляет определение предмета производства по уголовному делу. В первоначальный период действия главы 40¹ УПК РФ основной акцент в ней делался на проверке судом соблюдения подсудимым существенных условий соглашения о сотрудничестве. О проверке причастности подсудимого к преступлению речь напрямую не шла. Необходимость для суда убедиться в обоснованности обвинения вытекала только из отсылочной нормы ч. 1 ст. 317⁷ УПК РФ, согласно которой судебное заседание проводится в особом порядке (ст. 316 УПК РФ). Это положение сохраняет свою силу и означает, что суд исследует обоснованность обвинения в отношении лица, с которым заключено соглашение о сотрудничестве, только по письменным материалам без их непосредственного исследования. В дальнейшем в закон были внесены разумные изменения⁵⁸, более четко обозначающие предмет судебного

⁵⁷ О практике применения судом особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 (с посл. изм.) (п. 7). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁸ О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросу совершенствования порядка судопроизводства при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве : федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 322-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

исследования и, хотя и в ограниченном виде, допускающие непосредственное исследование судом причастности подсудимого к совершению преступления. Так, согласно ч. 3¹ ст. 317⁷ УПК РФ «судья опрашивает подсудимого, понятно ли ему обвинение, согласен ли он с обвинением, и предлагает подсудимому дать показания по существу предъявленного обвинения, после чего участвующие в рассмотрении дела защитник и государственный обвинитель вправе задать подсудимому вопросы...». К сожалению, допущенная в порядке совершенствования законодательства непосредственность исследования обстоятельств содеянного и причастности к нему подсудимого оказалась весьма ограниченной. Закон говорит не о допросе подсудимого сторонами, что соответствовало бы началу непосредственности в обычном судебном процессе. Законодатель установил порядок допроса, напоминающий процесс советского периода: судья предлагает подсудимому дать показания, после чего стороны задают вопросы. Напомним, что в состязательном судебном следствии стороны осуществляют допрос, а не задают вопросы. Это различие весьма существенное. Причем право задать вопросы получили не все представители сторон, а только государственный обвинитель и защитник. Очевидно, что допущенный фрагмент непосредственного исследования не совсем соответствует состязательной непосредственности. Другие обстоятельства совершения лицом преступления при рассмотрении уголовного дела в порядке главы 40¹ УПК РФ судом непосредственно не исследуются вообще.

Второй блок предмета судебного разбирательства исследуется судом (именно этот термин употреблен в законе) с элементами формальной непосредственности. Пленум Верховного Суда РФ разъясняет, что «проверяя обстоятельства, указанные в пунктах 1, 2 и 3 части 4 ст. 317⁷ УПК РФ, суд исследует не только имеющиеся в уголовном деле материалы (справки, заявление о явке с повинной, протоколы и копии протоколов следственных действий и т. д.), но и иные представленные сторонами документы, в том числе относящиеся к другим уголовным делам, возбужденным в результате сотрудничества с подсудимым...»⁵⁹. Ни закон, ни Пленум не предписывают допросы участников процесса для установления условий соблюдения соглашения о сотрудничестве. В полном объеме начало непосредственности проявляется только при исследовании обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, смягчающих и отягчающих обстоятельств, в ходе которого могут

⁵⁹ Пункт 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

быть приобщены к делу представленные сторонами дополнительные материалы, допрошены свидетели и проведены другие судебные действия.

Особенности судебного производства по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме

Отнесение данной разновидности судебного производства к числу исключений из начала непосредственности вытекает не из прямого предписания закона (глава 32¹ УПК РФ не входит в раздел X, который в ст. 240 УПК РФ назван таким исключением), а представляет собой пусть не сложное, но выводное суждение. Согласно ч. 1 ст. 226⁹ УПК РФ по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме, судебное производство осуществляется в порядке, установленном ст. ст. 316 и 317 УПК РФ, с изъятиями, оговоренными для рассматриваемой формы дознания. Обозначенные статьи 316 и 317 УПК РФ, выступающие базовыми для судебного рассмотрения уголовного дела, поступившего в суд после дознания, проведенного в сокращенной форме, регламентируют особый порядок судоговорения.

Не будем рассматривать все особенности дознания в сокращенной форме, поскольку это не является целью настоящего издания, остановимся только на тех из них, которые связаны с судебным производством по таким делам. Основная идея дознания в сокращенной форме, обеспечивающая эффект экономии процессуальных усилий, состоит в реализации принципа минимальной достаточности доказательственных сведений, собираемых в досудебном производстве. Этот принцип проведен в совокупности положений ст. 226⁹ «Особенности доказывания при производстве дознания в сокращенной форме» УПК РФ, которые определяют уменьшенные требования к предмету и пределам доказывания (доказательства собираются в объеме, *достаточном* для установления события преступления, характера и размера причиненного им вреда, виновности лица в совершении преступления) и ограничивают круг производимых процессуальных действий (дознаватель обязан произвести только те действия по собиранию доказательств, производство которых может повлечь за собой невозможную утрату следов преступления или иных доказательств). Кроме того, закон содержит нормы, конкретизирующие вышеприведенные общие параметры упрощенного производства. Одни из них сформулированы на приемлемом уровне, другие требуют уточнения. В частности, дознаватель вправе не производить допросы лиц, у которых в ходе рассмотрения заявления или сообщения о преступлении получены объяснения, если не сочтет объяснения неполными или о недостоверности объяснений не заявят заинтересованные участники процесса. Дознаватель вправе не назначать экспертизу в случаях, когда специаль-

ные выводы сведущих лиц получены в ходе предварительной проверки, если обратное не предписывает закон или не требуют заинтересованные лица. Аналогично указано, что дознаватель вправе не производить и любые другие следственные действия, если сведения, которые могут быть получены в ходе их проведения, уже зафиксированы в материалах проверки. В своем единстве приведенные условия дозволения о проведении следственных действий означают, что для направления уголовного дела в суд с обвинительным постановлением в принципе достаточно материалов предварительной проверки. Производство следственных действий, за исключением допущенных на стадии возбуждения уголовного дела, а также допроса подозреваемого, не является обязательным, они осуществляются ситуативно.

Определенная некорректность усматривается в положении, согласно которому дознаватель вправе не проверять доказательства, если они не были оспорены подозреваемым, защитником, потерпевшим, его представителем (п. 1 ч. 3 ст. 226⁵ УПК РФ). Можно понять, что следственные действия, направленные на проверку полученных сведений, не могут быть произведены по инициативе самого дознавателя. Представляется, что собранная дознавателем совокупность сведений по уголовному делу должна быть внутренне не противоречивой, убедительной и достаточной для его вывода о совершении лицом преступления. Если такой уровень внутреннего убеждения не достигнут, следственные действия должны производиться либо в рамках дознания в сокращенной форме, либо в общем порядке.

Дознание в сокращенной форме близко примыкает к протокольной форме досудебной подготовки материалов, которая была предусмотрена в поздний период действия УПК РСФСР. Протокольная форма вообще не предполагает производства следственных действий, за исключением осмотра места происшествия, допущенного на стадии возбуждения уголовного дела. Но самое главное отличие состоит в том, что судебное разбирательство по материалам протокольного производства осуществлялось в общем порядке без каких-либо изъятий.

Судебное разбирательство по делам или материалам, расследованным в упрощенном порядке (и даже при полном отсутствии расследованного уголовного дела в случае совершения преступления, преследуемого в частном порядке⁶⁰), хорошо высвечивает вопросы потенциальной

⁶⁰ Отзывы мировых судей показывают, что самыми сложными для рассмотрения они считают дела частного обвинения, по которым по общему правилу предварительное расследование не производится. Такое отношение к делам частного обвинения, по нашим оценкам, было всегда. В советское время практика производства по делам частного обвинения была преимущественно следующей. Народный судья,

способности судебного следствия непосредственно воссоздать картину преступления и связанных с ним обстоятельств. Опыт применения протокольного производства показал, что суду и сторонам сложно организовать соби́рание необходимой совокупности доказательств для обоснованного разрешения дела. Недопустимость производства следственных действий приводила к тому, что вместо протоколов допроса в материалах были только объяснения лиц, не предупрежденных об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, вместо протоколов следственных действий — рапорты, справки и другие полупроцессуальные и непроцессуальные документы. Скучность поступивших в суд материалов по замыслу законодателя должна была компенсироваться полноценным судебным следствием. Гипотетически такая конструкция выглядела вполне привлекательной и подчеркивала приоритет судебного исследования доказательств над следственным. В реальности все обстояло не совсем гладко. Свидетели, вызываемые в суд, часто не отличались дисциплинированностью, поэтому приходилось либо откладывать судебное заседание, либо (когда имелись уважительные причины неявки, толкуемые в то время более свободно, чем в наши дни) оглашать объяснения, не обеспеченные гарантиями достоверности и в подавляющем большинстве случаев не отражающие все необходимые обстоятельства. Решение нередко принималось на недостаточном доказательственном материале, а свою неуверенность в правильности выводов (как правило, подсудимые признавались виновными) судьи компенсировали мягким наказанием.

В современных условиях, когда значение начала непосредственности возросло, а активность судьи, напротив, резко снизилась, в судебном заседании стало сложнее сформировать достаточную доказательственную базу для разрешения дела, не расследованного в полном объеме. Возвышая судебное следствие, подчеркивая его уникальную миссию по формированию судебных доказательств — единственного основания для постановления приговора, нельзя забывать, что все достоинства судебного исследования проявляются только при предварительной подготовке дела. Имеет место своеобразное разделение труда, этапность выполнения задачи соби́рания доказательственных сведе-

получив заявление, вызывал заявителя и лицо, в отношении которого подано заявление, на беседу. Если примирение, к которому судья призывал участников конфликта, не достигалось, то судья выносил постановление о возбуждении уголовного дела. В резолютивной части постановления первым пунктом обозначалось решение о возбуждении уголовного дела, а вторым — о направлении уголовного дела для производства дознания. Случаи рассмотрения уголовного дела частного обвинения без предварительного расследования скорее были исключением, чем нормой.

ний. Стороны и суд могут привлечь к исследованию практически любые сведения, но не все. Возвышенность судебного следствия проявляется на фоне «будничной» деятельности следователя, обеспечивающего торжество правосудия.

Каким же образом законодатель регламентирует судебное следствие, проводимое на базе дознания в сокращенной форме? Основную отличительную черту мы обозначили: судебное разбирательство, как это указано в ч. 1 ст. 226⁹ УПК РФ, осуществляется в соответствии с формой, предусмотренной ст. ст. 316 и 317 УПК РФ, т. е. в особом порядке, который характеризуется отсутствием непосредственного исследования доказательств, подтверждающих событие преступления и причастность к его совершению подсудимого. В судебном слушании по результатам дознания в сокращенной форме это правило (отсутствие непосредственности) в полной мере не выдерживается или, иначе говоря, реализуется специфически. В законе сказано, что приговор постановляется на основании исследования и оценки только тех доказательств, которые указаны в обвинительном постановлении, а также дополнительных данных о личности подсудимого (ч. 2 ст. 222⁹ УПК РФ). Исследование личности здесь трактуется так же, как в главах 40 и 40¹ УПК РФ, поэтому этот аспект опустим. Главный вопрос судебного заседания о преступлении и невиновности или виновности в его совершении подсудимого исследуется ограниченно. Ограничения касаются круга сведений (только то, что имеется в деле) и способа исследования (допросы сторонами участников процесса не предусмотрены, не сделана оговорка даже для целей изучения личности подсудимого, нет полномочий у сторон и суда соответственно ходатайствовать о проведении и проводить судебные действия следственного характера). В арсенале суда имеется формальная непосредственность, состоящая в исследовании с участием сторон письменных материалов. Суд должен исходить из той степени достаточности материалов, которую признали приемлемой дознаватель и утвердивший обвинительное постановление прокурор. Если степень достаточности материалов стороны и суд не удовлетворяет, суд возвращает дело прокурору. С учетом действующего регулирования в системе норм можно предположить, что дело возвращается для устранения препятствий к его рассмотрению. На самом деле никакого препятствия в классическом смысле не возникло⁶¹: суд в ряде случаев мог бы использовать доступ-

⁶¹ Это обстоятельство подтверждается тем, что рассматриваемое основание возвращения уголовного дела прокурору размещено не в ч. 1 ст. 237 УПК РФ, где перечислены препятствия для рассмотрения дела судом, а во вновь введенной части 1¹ данной статьи.

ные ему познавательные средства (допросы участников процесса, производство судебных действий, истребование дополнительных материалов), но законодатель такой возможности не предоставил. Нормативное умаление значимости непосредственного метода исследования сторонами и судом обстоятельств содеянного проявляется также в том, что по смыслу ч. 3 ст. 226³ УПК РФ подсудимый, потерпевший или его представитель вправе в ходе судебного заседания в любое время до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора заявить подлежащее обязательному удовлетворению ходатайство о производстве дознания в общем порядке. В таком случае суд обязан прервать судебное следствие и возвратить дело прокурору, независимо от позиции сторон и внутреннего убеждения судьи. Потенциальная возможность в конкретном деле вызова и допроса участников процесса и производства судебных действий для завершения судебного разбирательства без возвращения уголовного дела для производства дознания законодателем во внимание не принимается⁶². Полагаем, эффективность дознания в сокращенной форме возрастет при условии предоставления сторонам и суду права самостоятельно определять достаточность исследованных материалов в установленном порядке, реализуя начало непосредственности восполнять их совокупность.

Судебное заседание в ходе досудебного и судебного производства, в рамках которых принимается решение о прекращении уголовного дела с назначением иной меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа

Данное исключение из начала непосредственности в начале параграфа нами не упоминалось. Здесь присутствует значительный субъективный момент. Как об исключении из начала непосредственности применительно к таким судебным заседаниям можно вести речь при условии, что назначение судебного штрафа связано с признанием лица виновным в совершении преступления. В противном случае мы необоснованно расширяли бы перечень исключений за счет неосновных (например, судебно-контрольных) производств.

⁶² Формальность такого подхода становится очевидной с учетом фактического отношения дознавателей к определению достаточности доказательств. Часто правоприменители, опасаясь возвращения дела прокурором или судом, не пользуются правом не производить следственные действия и стремятся к максимально полному расследованию. Возвращение дела в подобных случаях не только прерывает официально начатое судебное познание фактических обстоятельств дела и идет вразрез с внутренним убеждением суда, но и теряет всякий смысл.

По нашему мнению, основанному на правовых позициях Конституционного Суда РФ, судебное прекращение уголовного дела с назначением судебного штрафа влечет признание лица виновным в совершении преступления, поэтому такое решение может быть принято по результатам полноценного судебного разбирательства при непосредственном исследовании доказательств и в форме приговора суда либо в ходе особого порядка судебного разбирательства в соответствии с главой 40 УПК РФ. Действующее нормативное регулирование, к сожалению, исходит из противоположной концепции.

Поясним нашу позицию. Федеральным законом от 3 июля 2016 г. «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности»⁶³ предусмотрено самостоятельное основание освобождения лица от уголовной ответственности и прекращения уголовного дела или уголовного преследования. Особенности данного основания: а) решение о прекращении дела или преследования принимается исключительно судом по собственной инициативе либо по ходатайству органа расследования; б) освобождение от уголовной ответственности сопровождается назначением судом (судьей) штрафа. Такой штраф не является уголовным наказанием. Это «иная мера уголовно-правового характера», имеющая официальное название «судебный штраф» (глава 15² УК РФ).

Введение исключительно судебного порядка прекращения уголовного дела по нереабилитирующему основанию, тем более сопряженному с уголовно-правовым воздействием, заслуживает одобрения. Можно предположить, что рассматриваемое основание прекращения уголовного дела или уголовного преследования включено в компетенцию суда не столько потому, что оно относится к нереабилитирующим, а, скорее, в силу того, что является «наказуемым» освобождением от уголовной ответственности: прекращение производства связано с возложением санкции в виде меры уголовно-правового характера (судебного штрафа)⁶⁴.

⁶³ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности : федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ // Рос. газета. 2016. 8 июля.

⁶⁴ К подобному выводу приводит анализ правовых позиций Конституционного Суда РФ. Так, в постановлении от 14 июля 2011 г. № 16-П сказано, что, если противоправность того или иного деяния или его совершение конкретным лицом не установлены и не доказаны в соответствующих уголовно-процессуальных процедурах, такое деяние не может влечь за собой уголовную ответственность и применение

В судебном производстве суд вправе принять решение о прекращении уголовного дела или уголовного преследования по собственной инициативе. Такое решение в суде первой инстанции допустимо на стадии назначения и подготовки судебного разбирательства в рамках процедуры предварительного слушания по направленному прокурором уголовному делу (п. 4¹ ч. 1 ст. 236 УПК РФ) и на стадии судебного разбирательства при рассмотрении уголовного дела по существу в любой момент производства по делу до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора (ч. 2 ст. 25¹ УПК РФ).

Специфика принятия решения о назначении судебного штрафа в судебных стадиях процесса не столь велика, чтобы говорить о самостоятельном судебном производстве. Применяется общий порядок производства по делу. Здесь суд опирается на материалы расследованного уголовного дела, «готового» для рассмотрения по существу: преследуемому лицу предъявлено обвинение, составлены обвинительное заключение или обвинительный акт, основанные на достаточной совокупности обвинительных доказательств. Принимаемое судом решение должно базироваться на непосредственном исследовании доказательств совершения лицом преступления. При рассмотрении уголовного дела по существу суд должен принимать решение о прекращении уголовного дела и назначении судебного штрафа только по результатам полноценного судебного следствия, прений сторон, последнего слова подсудимого, удалившись в совещательную комнату. Закон не устанавливает упрощенного порядка доказывания при назначении судебного штрафа, поэтому положение закона о том, что прекращение возможно «в любой момент производства по уголовному делу до удаления суда в совещательную комнату для по-

иных мер уголовно-правового характера, хотя бы это и было связано с ранее имевшим место в отношении данного лица уголовным преследованием (*По делу о проверке конституционности положений пункта 4 части первой статьи 24 и пункта 1 статьи 254 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан С. И. Александрина и Ю. Ф. Ващенко* : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2011 г. № 16-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Другим решением Конституционного Суда РФ признаны неконституционными положения закона, предполагающие возложение гражданско-правовой ответственности на лиц, совершивших действия, содержащие признаки преступления, если наличие состава преступления не установлено вступившим в законную силу приговором суда (*По делу о проверке конституционности абзаца третьего статьи 5 и пункта 5 статьи 8 Федерального закона «О материальной ответственности военнослужащих» в связи с жалобой гражданина Д. В. Батарагина* : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 8 ноября 2016 г. № 22-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

становления приговора», надлежит толковать как возможность прекращения уголовного дела или уголовного преследования и после удаления суда в совещательную комнату. Нет логики в том, что суд, удалившись в совещательную комнату, не вправе принять рассматриваемое решение. Более того, освобождение от уголовной ответственности по рассматриваемому основанию должно осуществляться исключительно в совещательной комнате в форме приговора по результатам непосредственного исследования имеющихся в деле доказательств. Положения закона, позволяющие прекратить уголовное дело без непосредственного исследования доказательств причастности подсудимого к инкриминируемому деянию, считаем нуждающимися в изменении.

В связи с тем, что предварительное слушание не содержит средств непосредственного исследования доказательств, считаем неоправданным принятие решения о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и назначении судебного штрафа на стадии назначения и подготовки судебного разбирательства (п. 4¹ ч. 1 ст. 236 УПК РФ). Здесь нет возможности установить и исследовать дополнительные специфические обстоятельства, подлежащие доказыванию при назначении судебного штрафа: имущественное положение лица, освобождаемого от уголовной ответственности, и его семьи, наличие дохода в виде заработной платы и иных источников. Нет возможности непосредственно исследовать также обстоятельства совершенного преступления.

Совокупность норм, позволяющих суду принять инициативное решение о прекращении поступившего уголовного дела с назначением подсудимому судебного штрафа, фактически формирует прямо «не санкционированный» порядок судебного разбирательства, при котором подсудимый может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут судебному штрафу без процедуры непосредственного исследования судом обстоятельств дела.

По нашему мнению, существенно ограничивается начало непосредственности судебного исследования также в случаях принятия судом решения о прекращении уголовного дела с назначением судебного штрафа в досудебном производстве. Законодатель не предусмотрел детального порядка деятельности суда в досудебном производстве для таких ситуаций, не сослался на имеющиеся процедуры, которые могли бы использоваться на основании процессуальной аналогии. В статье 446² УПК РФ приведены отдельные положения, относящиеся к порядку судебной деятельности, в которых условие непосредственности исследования материалов не просматривается. Так, сказано, что неявка без уважительных причин сторон, своевременно не извещенных о времени судебного засе-

дания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства, за исключением случаев неявки лица, в отношении которого рассматривается вопрос о прекращении уголовного дела или уголовного преследования (ч. 4). Личная явка участников судебного рассмотрения дела — важнейшая предпосылка непосредственного исследования доказательств. Если законодатель не настаивает на личном присутствии большинства участников, то он не настаивает на обязательности реализации условия непосредственности. В законе сказано, что суд, придя к выводу, что сведения об участии лица в совершении преступления, изложенные в постановлении о возбуждении ходатайства, не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, установленным в ходе судебного рассмотрения ходатайства, отказывает в удовлетворении ходатайства и возвращает дело (п. 2 ч. 5). Сопоставление данной нормы с положением, изложенным выше, позволяет заключить, что фактические обстоятельства дела допускается устанавливать путем прочтения судом письменных материалов без участия сторон, что не может быть названо непосредственным исследованием доказательств.

Конструкция института прекращения уголовного дела в досудебном производстве, при которой орган расследования не обязан принимать решение о прекращении уголовного дела или уголовного преследования, а лишь ходатайствует об этом перед судом, предполагает непосредственное судебное установление всех обстоятельств, подлежащих доказыванию. Если в главном судебном разбирательстве имеется вся «инфраструктура» для исследования доказательств, то в досудебном производстве процессуальная форма настолько свободная, что не гарантирует установления обстоятельств дела, а также обстоятельств, связанных с целесообразностью назначения и определением оптимального размера штрафа и с исключением другого более благоприятного для обвиняемого основания прекращения дела.

Разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ⁶⁵ недостатки регламентации процессуального порядка судебного рассмотрения поступившего ходатайства о прекращении дела частично компенсированы. Например, судам рекомендовано рассматривать поступившие ходатайства в порядке ч. 6 ст. 108 УПК РФ, т. е. деятельность суда «подведена» под одно из имеющихся судебных производств на стадии предваритель-

⁶⁵ О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 56 (п. 18). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ного расследования. Пленум рекомендует судьям откладывать рассмотрение ходатайства при неявке участников по уважительным причинам. Тем не менее требуемое непосредственное исследование доказательств фактически заменено обязанностью судьи изучить представленные материалы и убедиться в том, что выдвинутое в отношении лица подозрение или предъявленное обвинение подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу органами расследования. В постановлении Пленума не идет речи о заслушивании участников процесса, интерпретации полученных сведений с участием сторон, собирании дополнительных данных. Последний аспект (непосредственное собирание сведений судьей) сведен к нулю даже в части тех сведений, которые необходимы для определения возможности назначения судебного штрафа и его размера: такие сведения (по представлениям разработчиков постановления) обязан собрать и представить орган преследования, а суд лишь оценивает их⁶⁶.

В заключение сформулируем ряд выводов.

1. *Исключением из начала непосредственности судебного разбирательства выступает особый порядок рассмотрения уголовного дела (глава 40 УПК РФ), а также смоделированные на его основе особый порядок судебного разбирательства при заключении с обвиняемым досудебного соглашения о сотрудничестве (глава 40¹ УПК РФ) и особенности производства по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме (ст. 226⁹ УПК РФ).*

2. *Во всех вариациях особого порядка повод для него закладывается в досудебном производстве. В основе повода лежит позиция пресе-*

⁶⁶ На отсутствие непосредственного исследования доказательств при прекращении уголовного дела с назначением судебного штрафа как на стадии судебного разбирательства, так и в досудебном производстве прямо указывают судьи. В частности, М. Беляев, заместитель председателя Верховного суда Республики Татарстан, пишет, что «приводя описание преступного деяния в решении о применении судебного штрафа, суд чаще всего не исследует доказательства виновности лица в ходе судебного заседания, а лишь повторяет записи о действии (бездействии) обвиняемого и иных обстоятельствах дела из обвинительного заключения. Если же суд в судебном заседании, удовлетворяя ходатайство следователя или дознавателя о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и назначении лицу меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа, при отсутствии возражений со стороны обвиняемого и собственных сомнений в его виновности в совершении этого деяния, начинает вдаваться в исследование доказательств (а такие случаи встречаются), то это означает выполнение им несвойственных для суда функций и не соответствует логике современного уголовного процесса» (Беляев М. Особенности судебных решений о прекращении уголовного преследования // Законность. 2018. № 9. С. 50, 51).

двумя лицами, которое должно согласиться с выдвинутым обвинением и выполнить другие условия, предусмотренные соглашением или законом. Формируя повод для особого порядка судебного разбирательства, орган преследования по существу влияет на определение формы судебного производства (фактически ее устанавливает, предписывает суду рассмотреть дело в упрощенном порядке) и, не исключено, готовит материалы с учетом отсутствия у суда обязанности их всесторонне и полно проверять. Вместе с тем в соответствии с конституционным положением об осуществлении правосудия только судом (ч. 1 ст. 118) оценка оснований для применения особого порядка судебного разбирательства и определение процедуры исследования материалов дела должны относиться к исключительной прерогативе суда.

3. Сущность особого порядка состоит в ускорении судебного разбирательства за счет отказа от непосредственного исследования доказательств, подтверждающих обвинение, с которым согласился подсудимый (главы 40, 40¹ УПК РФ), или в ограничении непосредственного исследования доказательств только теми доказательствами, которые собраны в ходе дознания в сокращенной форме.

4. Имеется потребность в усилении непосредственности судебного рассмотрения материалов дознания в сокращенной форме. Начало непосредственности в настоящее время ограничено: объемом доказательственных сведений, указанных в обвинительном постановлении; кругом разрешенных к применению судебных действий (не предусмотрено даже заслушивание показаний); обязанностью прекратить судебное исследование вне зависимости от сложившегося убеждения в случае поступления ходатайства о возвращении дела прокурору для производства дознания в общем порядке.

5. Действующий закон не предусматривает права сторон и суда перейти от общего порядка судебного разбирательства к особому порядку рассмотрения дела по их инициативе, вызванной ясностью и бесспорностью обвинения, хотя такой порядок был апробирован в период действия Устава уголовного судопроизводства и предлагается к восстановлению современными авторами. При рассмотрении дела в общем порядке суд не связан совокупностью доказательств, собранных в досудебном производстве, и вправе отказаться от непосредственного исследования отдельных из них. В таких случаях неисследованные доказательства не могут быть положены в основу приговора или иного итогового решения (следственные доказательства не становятся судебными).

6. Противоречивое отношение вызывает инициатива Верховного Суда РФ, направленная на исключение тяжких преступлений из числа

деяний, по уголовным делам о которых возможен особый порядок судебного разбирательства (см.: «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона "О внесении изменений в статьи 314 и 316 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации"»: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 2019 г. № 8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). С одной стороны, сокращается непомерно высокий объем производств, не отвечающих началу непосредственности судебного разбирательства, что положительно. С другой — продемонстрирован чисто механический (запретительный) подход: из особого порядка судебного разбирательства изымается отдельная категория уголовных преступлений. На наш взгляд, оптимальным видится шаг, согласно которому процессуальное соглашение, влекущее отказ от непосредственного исследования доказательств, заключают стороны перед судом по всем разрешенным ныне категориям уголовных дел.

7. Следует положительно оценить отнесение освобождения лица от уголовной ответственности по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести с применением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа к компетенции суда. Однако такое освобождение по инициативе суда должно регулироваться не специальными нормами, поскольку здесь нет предпосылок для формирования какого-либо нового особого производства, а осуществляться в общем порядке по итогам непосредственного исследования доказательств и в форме приговора суда. Без непосредственного исследования доказательств и в форме приговора суда освобождение лица от уголовной ответственности по рассматриваемому основанию возможно по ходатайству подсудимого о проведении судебного разбирательства в особом порядке, а также в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве.

§ 3. Обеспечение следователем права преследуемого лица оспаривать полученные по уголовному делу доказательства как условие их использования без непосредственного исследования в судебном заседании

Данный параграф также посвящен исключениям из начала непосредственности судебного разбирательства. Однако здесь речь пойдет не о самостоятельных производствах, полностью или в значительной мере не реализующих условие непосредственного исследования доказательств, а об изъятиях из правил исследования отдельных доказательств, обусловленных конкретной правоприменительной ситуацией. Акцент будет сделан не столько на самом изъятии из непосредственности исследования доказательств, сколько на действиях следователя, обеспечивающих возможность использования судом доказательства при ограниченной непосредственности судебного разбирательства.

Обязанность органов расследования обеспечить право обвиняемого (подозреваемого) оспорить показания лиц, показывающих против него

Нормативной основой оспаривания преследуемым лицом полученных по уголовному делу показаний выступают: а) пункт «е» ч. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которому каждый имеет право при рассмотрении любого предъявленного ему уголовного обвинения «допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены...»; б) пункт «d» ч. 3 ст. 6 Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» аналогичного содержания; в) части 2 и 2¹ ст. 281 УПК РФ, устанавливающие, во-первых, случаи, при которых неявка в судебное заседание потерпевшего или свидетеля не препятствует сторонам заявить ходатайство об оглашении их показаний, а суду сделать это по своей инициативе (в частности, тяжелая болезнь; отказ потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда; стихийное бедствие или иные чрезвычайные обстоятельства; безрезультатность принятых мер по установлению места нахождения

ния потерпевшего или свидетеля); во-вторых, правило, согласно которому решение об оглашении показаний в указанных случаях может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу возможности оспорить эти доказательства.

Нормы частей 2 и 2¹ ст. 281 УПК РФ действуют в редакции Федерального закона от 2 марта 2016 г. № 40-ФЗ⁶⁷ «О внесении изменений в статью 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 40-ФЗ). Данный закон, с одной стороны, значительно увеличил возможности уголовно-процессуального доказывания в суде, с другой — обусловил такую новую возможность весьма существенными дополнительными обязанностями органов расследования.

Что изменилось в судебном доказывании с принятием рассматриваемого закона? Законодатель расширил перечень случаев (ч. 2 ст. 281 УПК РФ), при возникновении которых по ходатайству одной из сторон, а самое главное, *по инициативе суда* возможно оглашение в судебном заседании показаний неявившихся потерпевших и свидетелей, ранее данных при производстве предварительного расследования или предыдущего судебного разбирательства, и воспроизведение видеозаписи следственных действий, в ходе которых такие показания были даны. В настоящее время таких случаев пять. Пункт 5 сформулирован следующим образом: *«если в результате принятых мер установить место нахождения потерпевшего или свидетеля для вызова в судебное заседание не представилось возможным»*.

Значение такого нововведения может быть усвоено в контексте развития нормы ч. 2 ст. 281 УПК РФ. Напомним, что в момент принятия Кодекса (2001 г.) требование непосредственности судебного разбирательства практически было возведено в абсолют. Основным являлось «правило двух ключей», согласно которому оглашение показаний неявившихся потерпевших и свидетелей допускалось с согласия обеих сторон. Согласие сторон требовалось также в случаях существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде. Понятно, что такое совместное согласие сторон может быть дано, когда показания не имеют решающего значения для судьбы дела. Другие ситуации, допускающие оглашение показаний, были связаны с отказом от дачи показаний, заявленным в суде.

⁶⁷ О внесении изменений в статью 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : федеральный закон от 2 марта 2016 г. № 40-ФЗ // Рос. газета. 2016. 4 марта.

Такой высокий уровень непосредственности имел на практике негативные последствия, создавал непреодолимые препятствия для рассмотрения судом уголовного дела. Выйти из положения было можно, только нарушив закон в части процедуры оглашения показаний или подменив показания оглашением иных документов (объяснений, писем, рапортов и пр.), в которых содержались подобные по содержанию сведения. К сожалению, суды, сталкивавшиеся с фактически тупиковой ситуацией, были вынуждены действовать, не всегда строго соблюдая закон. Правосознанием судей не охватывались положения закона, которые не предоставляли разумной альтернативы. Подобные ситуации способствуют формированию нигилистического отношения к закону. Кроме того, первая редакция ст. 281 УПК РФ не выдерживала и криминологической экспертизы: стимулировала физическое устранение потерпевших и свидетелей, поскольку сведения, сообщенные ими ранее, переставали иметь доказательственную ценность.

Осознав ситуацию, законодатель в июле 2003 г. меняет редакцию ст. 281 УПК РФ. В числе прочих изменений была введена новая часть 2, которая допускала оглашение показаний неявившихся потерпевших и свидетелей, в том числе по инициативе суда, в случаях: 1) смерти потерпевшего или свидетеля; 2) тяжелой болезни, препятствующей явке в суд; 3) отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову в суд; 4) стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд.

Частично проблема чрезмерного «закрытия» судебного следствия для письменных материалов досудебного производства (гипертрофированной непосредственности) была снята. Однако стало очевидно, что указанные в законе случаи по сути форсмажор, т. е. не рассчитаны на каждый день и не получают широкого распространения. Юристы предлагали приведенный перечень случаев расширить, что и случилось в Законе от 2 марта 2016 г. № 40-ФЗ: часть 2 ст. 281 УПК РФ была дополнена изложенным выше пунктом 5.

Гарантии интересов правосудия и начала непосредственности в Федеральном законе № 40-ФЗ

Непосредственность судебного разбирательства остается высокой ценностью, поэтому в ее ограничении нужен разумный баланс гарантий интересов правосудия и личности, своего рода компенсационные механизмы. Следует обратить внимание как минимум на три обстоятельства, исполняющие роль компенсационных мер, которые содержатся в самой формулировке п. 5, а также в новой ч. 2¹ ст. 281 УПК РФ. Это,

в частности: 1) принятие исчерпывающих мер для вызова потерпевшего или свидетеля в судебное заседание; 2) предоставление обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу (т. е. в ходе предварительного расследования) возможности оспорить используемые показания; 3) принятие судом мотивированного постановления об оглашении показаний неявившегося потерпевшего или свидетеля.

Следователь играет важную роль в обеспечении возможности для суда огласить показания неявившихся потерпевших и свидетелей. Но поскольку речь идет о непосредственности судебного производства, то определяющее значение в принятии решения об оглашении показаний остается за судом. Именно суд принимает такое решение. В законе прямо не сказано, что данное решение оформляется самостоятельным постановлением, но с учетом его важности для организации доказывания и по аналогии с требованиями ч. 6 ст. 281 УПК РФ, в которой применительно к несовершеннолетним потерпевшим и свидетелям говорится о мотивированном решении, такой вывод предполагается.

Полагаем, неправильно думать, что невозможность установить место нахождения потерпевшего или свидетеля всегда констатируется исключительно на фактических данных, возникших или полученных в ходе судебного разбирательства. Может случиться, что «безупречный» с позиций отношения к интересам досудебного производства потерпевший или свидетель начнет игнорировать производство в суде. Нередко поведение участников предсказуемо, поэтому органу преследования необходимо тщательно документировать все проявления (даже их признаки) ненадлежащего отношения к судопроизводству. В ходе допроса лица, ранее не являвшегося по вызовам, выясняются обстоятельства неявки, место пребывания в этот период, если повестка не могла быть вручена по месту проживания, субъективное отношение к невыполненной обязанности. К уголовному делу приобщаются рапорты или показания сотрудников полиции, оказывавших содействие в обеспечении явки потерпевшего или свидетеля, а также показания иных лиц по данному предмету. Все эти сведения лягут в общую совокупность сведений, в том числе полученных в ходе судебного разбирательства, позволяющих констатировать невозможность при разумных усилиях установить место нахождения потерпевшего или свидетеля для вызова в судебное заседание.

Наиболее трудоемкой и организационно сложной выступает деятельность следователя по предоставлению обвиняемому возможности оспорить данные против него показания. Европейский суд по правам человека в ряде своих решений подтвердил, что предусмотренное международными актами право преследуемого лица допрашивать свидетельствующих

против него лиц не является нарушенным, если оно было предоставлено обвиняемому (подсудимому) не только в судебном разбирательстве, но и на предыдущих стадиях производства по делу. Такая практика, основанная на прецедентах ЕСПЧ, в настоящее время получила одобрение на уровне национального законодательства (ч. 2¹ ст. 281 УПК РФ).

Что понимать под способами оспаривания доказательств? В части 2¹ ст. 281 УПК РФ говорится, что оспаривание доказательств осуществляется «предусмотренными законом способами». В данной норме законодатель не делает особого акцента на том, что конкретно имеется в виду, поэтому у правоприменителей появляется возможность определиться в этом самостоятельно.

Классическим способом снятия противоречий в показаниях выступает *очная ставка*. Данное следственное действие как нельзя лучше приспособлено для контролируемого следователем спора участников процесса. Можно с уверенностью признать, что в анализируемых случаях законодатель подразумевает проведение очных ставок⁶⁸.

Возникает вопрос: надо ли ориентироваться на предусмотренное законом фактическое основание очной ставки — наличие существенных противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц? Полагаем, не надо. Если речь идет об очной ставке, участником которой является обвиняемый (подозреваемый), то данный участник (такой вывод вытекает из положений Европейской конвенции) имеет право на очную ставку с лицами, свидетельствующими против него, которое не обусловлено никакими обстоятельствами⁶⁹.

Можно резонно заметить, что в нашем случае речь идет не об инициативе обвиняемого (подозреваемого), а об обязанности провести такое следственное действие, возникающей у органа расследования. Можно ли такое следственное действие провести вопреки волеизъявлению главного заинтересованного лица? Оснований для принуждения нет, и в этом не возникает необходимости. Для реализации конвенционного права задать вопросы свидетельствующим лицам, как констатируют аналити-

⁶⁸ Об очной ставке как способе оспаривания преследуемым лицом показаний свидетельствующих против него лиц прямо говорится в официальных разъяснениях. (О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 (п. 4). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

⁶⁹ На страницах юридической печати настойчиво обозначается позиция, согласно которой очная ставка как способ оспаривания показаний неприменима, поскольку между показаниями участников может не быть существенных противоречий. Предлагается для целей оспаривания производить вопрос потерпевшего, свидетеля с участием подозреваемого, обвиняемого (Желтобрюхов С. П. О необходимости введения нового следственного действия // Рос. юстиция. 2016. № 5. С. 31–33).

ки прецедентов ЕСПЧ⁷⁰, равно как убеждает и наш собственный анализ этих решений, достаточно *предоставить право* лично задать вопросы либо сформулировать их для того, чтобы следователь поставил их перед допрашиваемым. Если право было предоставлено, но заинтересованное лицо не воспользовалось им, хотя реально имело такую возможность, то право задать вопрос считается реализованным.

Проведение очной ставки преследуемого лица с потерпевшим или свидетелем выступает оптимальным способом оспаривания этим лицом данных против него показаний в ходе досудебного производства, что в свою очередь позволяет суду огласить показания неявившихся потерпевших или свидетелей, с которыми проведена очная ставка. В случае отказа преследуемого лица участвовать в проведении очной ставки, состоявшееся разъяснение его права на очную ставку (при условии возможности ее реального проведения) также позволяет огласить показания потерпевшего и свидетеля обвинения, поскольку право на очную ставку было предоставлено.

Если очная ставка нежелательна или нецелесообразна по соображениям безопасности участников процесса либо применительно, например, к несовершеннолетним, зависимым лицам, то следователь вправе действовать поэтапно:

- 1) в ходе допроса обвиняемого (подозреваемого) нужно выяснить вопросы, которые он желал бы задать потерпевшему и свидетелю. Естественно, в этом случае до обвиняемого (подозреваемого) доводится существо данных против него показаний, представляются все сведения о свидетельствующем, если на него не распространена мера безопасности в виде сокрытия подлинных сведений. Полагаем, что норма ч. 4 ст. 173 УПК РФ о проведении повторного допроса обвиняемого только по его просьбе не должна рассматриваться в качестве препятствия для допроса с обозначенной целью. Данная цель может быть достигнута также заявлением обвиняемым (подозреваемым) письменного ходатайства, содержащего формулировки вопросов для потерпевшего или свидетеля;

- 2) следует допросить потерпевших и свидетелей, показывающих против преследуемого лица, по поставленным вопросам. В таком допросе целесообразно участие защитника обвиняемого (подозреваемого), могущего убедиться в полноте выяснения тех обстоятельств, которые оспаривают обвиняемый (подозреваемый) и сторона защиты в целом;

⁷⁰ Брусницын Л. В. Уголовно-процессуальные аспекты использования компьютерных и видеотехнологий в обеспечении безопасности участников судопроизводства: международный, зарубежный, российский опыт // Библиотека криминалиста. 2013. № 6. С. 214–217.

3) необходимо вручить обвиняемому (подозреваемому) либо копии протоколов свидетельствующих против него лиц, либо фрагменты ответов на поставленные им вопросы, которые могут быть включены в отдельно составленный протокол ознакомления обвиняемого (подозреваемого) с ответами на его вопросы. Возможен и очередной допрос обвиняемого (подозреваемого). Порядок допроса как следственного действия (в ходе допроса могут оглашаться протоколы других следственных действий — ч. 3 ст. 190 УПК РФ) не исключает решения задач данного этапа также и в ходе допроса.

В зависимости от конкретных обстоятельств дела такой поэтапный способ оспаривания показаний потерпевшего или свидетеля может быть реализован как в ходе собирания доказательств, так и при ознакомлении с материалами оконченого производства по делу. Предоставление преследуемому лицу права задать вопросы свидетельствующим против него потерпевшему или свидетелю опосредованно через деятельность следователя (дознателя) также выступает надлежащим способом оспаривания показаний, что позволяет суду огласить в судебном заседании показания таких потерпевших и свидетелей при установлении других предусмотренных законом оснований для такого оглашения.

Результаты каких следственных действий подлежат оспариванию? Часть 2¹ ст. 281 УПК РФ требует толкования в вопросе о том, результаты каких следственных действий могут быть (должны быть — чтобы суд получил право их огласить) оспорены обвиняемым (подсудимым). С одной стороны, норма говорит о показаниях потерпевшего и свидетеля, которыми по прямому указанию закона являются сведения, сообщенные на допросе (ст. ст. 78, 79 УПК РФ), с другой — в данной норме указывается на воспроизведение «видеозаписи или кино съемки следственных действий, произведенных с их участием». Законодатель мог сказать «допросов, произведенных с их участием». Так как он поступил иначе, резонно заключить, что речь идет о таких следственных действиях, как допрос, очная ставка, предъявление для опознания и проверка показаний на месте. Такое понимание согласуется со сложившейся судебной практикой, которая, как уже отмечалось, показания понимает шире, чем сведения, сообщенные только на допросе.

Может случиться, что фактически вербальная информация будет содержаться в протоколах иных следственных действий. Законом это не предусмотрено, но соображения целесообразности приводят к тому, что, например, осмотр видеозаписи с камеры наружного наблюдения производится с участием потерпевшего, который дает пояснения по наблюдаемым событиям и лицам. Полагаем, подобный протокол как содержа-

щий показания, в случае неявки потерпевшего в суд не может подлежать полному оглашению без предоставления обвиняемому (подсудимому) возможности оспорить его в части, содержащей вербальную информацию. В равной мере это относится к объяснениям и другим следственным действиям, фактически содержащим показания потерпевшего и свидетеля⁷¹. На «иные документы» (ст. 84 УПК РФ) эта рекомендация не распространяется, они оглашаются и исследуются в порядке ст. 285 УПК РФ.

Об оспаривании чьих показаний (каких участников) идет речь в ч. 2¹ ст. 281 УПК РФ? На первый взгляд, этот вопрос может показаться неуместным, поскольку в законе прямо говорится об оглашении показаний потерпевшего и свидетеля. Однако в западных странах понятия «свидетель» и «свидетельские показания» имеют, как правило, более широкий смысл (в качестве свидетеля допрашиваются обвиняемый, потерпевший, сведущие и другие лица), чем в отечественном законодательстве. Исходя из этого и имея в виду, что результаты состоявшегося судебного разбирательства могут быть обжалованы в ЕСПЧ, следует исходить из расширительного толкования показаний свидетеля. Полагаем, в настоящее время в качестве условия оглашения показаний в суде должно быть проведено взаимное оспаривание показаний обвиняемых, привлекаемых к ответственности по одному делу, оспаривание показаний обвиняемого — соучастника преступления, привлекаемого или привлеченного к уголовной ответственности по выделенному делу, эксперта, специалиста, законного представителя и иных лиц, давших показания на предварительном следствии. Применительно к случаям заключения досудебного соглашения о сотрудничестве соучастник преступления, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство, имеет статус самостоятельного участника уголовного судопроизводства — лица, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве (ст. 56¹ УПК РФ). Несмотря на то что такое лицо берет на себя обязательство дать показания в отношении соучастника, обеспеченное возможностью отмены «льготного» приговора в отношении этого лица и привлечения его к уголовной ответственности в общем порядке, процедуру оспаривания показаний данного лица также целесообразно производить.

Процедура оспаривания результатов следственных действий относится не только к ситуациям, предусмотренным новым пунктом 5, но также пп. 2, 3, 4 ч. 2 ст. 281 УПК РФ.

⁷¹ Азаренок Н. В. Почему в протокол осмотра нельзя вносить объяснения участников // Уголовный процесс. 2018. № 7. С. 54–58.

Сложность реализации процедуры оспаривания predeterminedена самой спецификой ситуаций. Если в момент производства следственного действия, содержащего показания, возникло обоснованное предположение о невозможности явки лица в суд, то обозначенные выше способы оспаривания результатов (очная ставка и постановка перед допрашиваемым вопросов, сформулированных стороной защиты) могут быть реализованы беспрепятственно. Если же предпосылок организовать оспаривание нет (например, иностранный гражданин находится вне пределов России, допрос тяжелобольного по заключению врачей противопоказан), то оглашение его показаний с принятием комментируемого закона исключается. Оно именно исключается, поскольку действующее законодательство отдает приоритет началу непосредственности судебного разбирательства⁷². До изменений в законе Пленум Верховного Суда РФ разъяснял, что «выводы суда о виновности подсудимого в совершении преступления не могут быть основаны исключительно или главным образом (в решающей степени) на фактических данных, содержащихся в оглашенных показаниях потерпевшего или свидетеля, если обвиняемый (подсудимый) в стадии предварительного расследования либо предыдущих судебных заседаниях не имел возможности оспорить эти показания...»⁷³. Из этого разъяснения следовало, что оглашение и использование неоспоренных показаний допускалось, но совокупность таких доказательств не должна быть определяющей в общей совокупности доказательств, на которой основан обвинительный приговор. В настоящий период, повторим, недопустимо само оглашение.

Какие в этом случае могут быть варианты дальнейших действий суда? Это либо все-таки обеспечение явки потерпевшего или свидетелей в суд, либо обеспечение права подсудимого оспорить данные против него показания посредством проведения выездного заседания, организации видеоконференцсвязи, либо возвращение уголовного дела прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ для устранения препятствий его рассмотрения судом. Применимость института возвращения дела прокурору предполагает обоснование как минимум следующих аспектов: 1) необеспечение права обвиняемого оспорить показания свидетельствующих против него лиц выступает препятствием для рассмотрения дела судом, которое он

⁷² Опубликованы многочисленные примеры, подтверждающие отстаивание судебной практикой приоритета начала непосредственности судебного разбирательства (*Бюллетень Верховного Суда РФ*. 2018. № 6. С. 20 ; № 8. С. 51 ; № 10. С. 18).

⁷³ О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г. (с посл. изм.) № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». (В настоящее время данное разъяснение скорректировано.)

не может устранить самостоятельно; 2) инициативное возвращение дела прокурору не имеет признаков отступления от функции осуществления правосудия, полностью ею охватывается; 3) возвращение дела прокурору в анализируемой ситуации предполагает производство следственных действий, но, тем не менее, не является возвращением уголовного дела для дополнительного расследования.

Необеспечение права оспорить показания носит характер препятствия, устранение которого лежит вне компетенции суда. Однако очевидно и то, что данное препятствие по своему содержанию локальное, не абсолютное, каким выступают, например, необеспечение права на защиту или участие переводчика. Имеется определенное рациональное зерно в утверждении, что неиспользование в судебном доказывании отдельного доказательства по причине неявки лица в суд равнозначно исключению любого другого доказательства, признанного недопустимым. Поэтому можно предполагать, что если исключение доказательства не образует основания для возвращения дела прокурору, то и невозможность оглашения показаний неявившегося потерпевшего или свидетеля также не будет таким основанием. Обратим внимание на неравнозначность приведенных ситуаций. Признание доказательства недопустимым — это своего рода санкция по отношению к органам уголовного преследования. Предполагается, что они были обязаны и могли предотвратить нарушения порядка собирания доказательств. Возвращение дела для восстановления юридической силы доказательства в такой ситуации действительно подобно дополнительному шансу обосновать обвинение. Когда же речь идет о необеспечении права оспорить показания, то здесь, на наш взгляд, должна применяться другая логика. Орган расследования сформировал допустимое доказательство, использовал его для принятия решения о направлении уголовного дела в суд, включил носителей доказательственной информации в список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, но возникли обстоятельства, которые препятствуют полноценному использованию судом данного доказательства. Такого рода препятствие — нерукотворное, не имеющее в своей основе чью-то невнимательность или небрежность, хотя и носящее локальный характер. Полагаем, оно может быть устранено путем возвращения дела прокурору и является самостоятельным основанием для такого решения.

По общему правилу возвращение дела прокурору может быть осуществлено как по ходатайству стороны, так и по инициативе суда. Если мы в принципе признаем применимость возвращения дела прокурору в условиях возникновения локального препятствия для исследования судом отдельных доказательств, то надо ли хотя бы частично ограничить

такое возвращение обязательным наличием ходатайства стороны обвинения, т. е. исключить инициативу суда? Полагаем, возвращение дела прокурору может быть осуществлено на общих основаниях. Органы преследования выражают ходатайство об исследовании показаний потерпевших и свидетелей, включая их в перечень доказательств, на которые ссылается сторона обвинения, и список лиц, подлежащих вызову в суд. Препятствие к полноценному исследованию показаний, состоящее в неявке вызванных в суд лиц, преодолевается судом по тем правилам, которые описаны в законе, т. е. посредством возвращения дела прокурору. В этом не надо усматривать переход суда на сторону обвинения, равно как и в отложении разбирательства в целях обеспечения явки свидетельствующих лиц или в решении об их приводе. Подобная деятельность суда охватывается осуществляемой судом функцией правосудия, поскольку суд не привлекает инициативно обвинительные доказательства, но реализует установленные законом правила их исследования в состязательном процессе.

Возвращение дела прокурору для целей обеспечения подсудимому права оспорить показания неявившихся свидетелей имеет внешние признаки возвращения уголовного дела для производства дополнительного расследования. Действия следователя по полученному от прокурора делу будут состоять в производстве очных ставок или иных следственных действий, составляющих альтернативный способ оспаривания обвиняемым показаний, свидетельствующих против него лиц. Данное обстоятельство само по себе потенциально способно привести к приращению сведений. Однако разграничение возвращения уголовного дела для производства дополнительного расследования и возвращения дела прокурору нужно проводить по субъективной стороне, а именно по целям состоявшегося возвращения дела⁷⁴.

Изложенная позиция не является бесспорной. В ее пользу (т. е. за то, что нужно искать выход из возникшего в суде патового положения) говорит и потребность обеспечить интересы потерпевшего. Государственные органы должны сделать максимум для того, чтобы собранные доказательства получили законное исследование. Только при полном отсутствии возможности непосредственного исследования доказательств или оглашения показаний в условиях обеспечения конвенционального права их оспорить применяется правило о толковании сомнений в пользу подсудимого и постановляется оправдательный приговор.

⁷⁴ Кальницкий В. В., Куряхова Т. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросу возвращения уголовного дела в досудебное производство // Уголовное право. 2009. № 4. С. 99.

Особенностью возвращения дела прокурору для устранения препятствий к оглашению показаний неявившихся свидетелей будет наличие для этого фактических предпосылок. Возвращение дела без просматриваемой возможности обеспечения права обвиняемого (подсудимого) оспорить показания свидетельствующих против него лиц, как представляется, недопустимо. В подобных случаях могут быть использованы механизмы обжалования решения суда или, по нашему мнению, повторного направления дела в суд не в общем порядке (ознакомление участников с материалами уголовного дела, пересоставление обвинительного заключения или постановления), а в том же виде, с тем же итоговым документом, что и первоначально. На наш взгляд, здесь не исключено (при соответствующей корректировке закона) продолжение судебного разбирательства по делу с того момента, на котором оно было вынуждено завершено в связи с возникшим препятствием.

Оспаривание обвиняемым (подозреваемым) показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля как предпосылка замены непосредственного допроса несовершеннолетнего в судебном заседании просмотром и исследованием видеозаписи его показаний

Вопросы взаимосвязи непосредственности судебного разбирательства и доказательственной деятельности следователя рельефно проявляются при получении показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля.

Часть 5 ст. 191 УПК РФ (в ее правовом единстве с положениями ч. 1 данной статьи) устанавливает, что при проведении допроса, очной ставки, предъявления для опознания и проверки показаний на месте с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля применение видеозаписи или киносъемки обязательно, за исключением случаев, если несовершеннолетний потерпевший или свидетель либо его законный представитель против этого возражает⁷⁵. К нормативной основе применения видеозаписи показаний несовершеннолетнего прямое отношение имеет ч. 6 ст. 281 УПК РФ. Согласно этой норме (изложим основную идею) в судах первой и апелляционных инстанций, в которых предусмотрено непосредственное исследование доказательств, как исключение из общего

⁷⁵ Перечисленные следственные действия объединяет обстоятельство, согласно которому все они сопряжены с дачей несовершеннолетним показаний. Поскольку нашей целью является анализ оснований и условий применения видеозаписи при проведении каждого из данных следственных действий, а не собственно их сущность и порядок производства, в дальнейшем не станем делать акцент на разновидности следственного действия. В обобщенном виде будем вести речь о видеозаписи показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля.

правила несовершеннолетний лично не приглашается для дачи показаний. Судебное следствие должно быть организовано таким образом, чтобы суд и участники процесса просмотрели видеозапись показаний в досудебном производстве и смогли получить представление о содержании его показаний. Несовершеннолетний потерпевший или свидетель лично приглашается в судебное заседание только в случаях, когда это признает необходимым суд либо такое ходатайство заявят стороны. О вызове несовершеннолетнего суд обязан вынести мотивированное постановление. Это связано с тем, что такой вызов является исключением из установленного законом общего правила работы с несовершеннолетним потерпевшим или свидетелем и не может быть произведен без достаточных оснований и мотивов.

Рассматриваемое регулирование возникло под влиянием международных правовых норм и практики ЕСПЧ, направленных на защиту несовершеннолетних потерпевших, свидетелей. Международное сообщество обращает внимание на применение видеозаписи показаний несовершеннолетних потерпевших и свидетелей в целях их защиты от вторичной виктимизации в ходе уголовного судопроизводства. Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей-жертв и свидетелей преступлений (резолюция Экономического и Социального Совета ООН 2005/20 от 22 июля 2005 г.), предписывают специалистам принимать меры в целях «сокращения числа опросов, заявлений и заслушиваний, а также, в особенности, таких контактов с процессом отправления правосудия, которые не являются необходимыми, в частности путем записи видеоматериалов». Далее в документе указывается, что следует применять меры защиты детей-жертв и свидетелей «от перекрестного допроса, проводимого предполагаемым правонарушителем» (пп. «а», «б» ст. 31)⁷⁶. Конвенция Совета Европы от 25 октября 2007 г. «О защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений»⁷⁷ предписывает принимать меры для того, чтобы количество опросов несовершеннолетних было «на столько минимальным, насколько это возможно, и чтобы они проводились лишь по необходимости для цели уголовного разбирательства» (подп. «е» п. 1 ст. 35); «все опросы жертвы или, когда это целесообразно, ребенка-свидетеля могли записываться на видеопленку, и чтобы такие записанные на видеопленку опросы могли приниматься в качестве показаний в ходе судебного разбирательства...» (п. 2 ст. 35).

⁷⁶ *Международные акты по вопросам уголовного судопроизводства* : хрестоматия : в 3 т. Уфа, 2007. Том II : Документы ООН / сост. З. Д. Еникеев и др. С. 242.

⁷⁷ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Из смысла решения ЕСПЧ «С. Н. (S.N) против Швеции» (2002 г.)⁷⁸ вытекает, что видеозапись показаний ребенка, при условии, что обвиняемому предоставлялась возможность сформулировать вопросы, которые были поставлены допрашивающим, выступает допустимым доказательством в суде и не требуется предоставлять право подсудимому непосредственно задавать эти вопросы несовершеннолетнему потерпевшему в судебном заседании.

Решением по делу «Аккарди и др. против Италии» от 20 января 2005 г.⁷⁹ признана необоснованной жалоба на применение в качестве доказательства видеозаписи показаний детей-жертв. Суд указал, что «заявители и их адвокаты имели возможность наблюдать за ходом допроса потерпевших из отдельного помещения через полупрозрачное зеркало. Таким образом, они знали о содержании и характере задаваемых вопросов и поступающих ответов и могли наблюдать за манерой поведения детей. Адвокаты заявителей имели возможность задавать через следственного судью детям любые вопросы, которые они считали необходимым задать в интересах защиты; они, однако, их не задавали, что могло быть истолковано как косвенное одобрение тактики допроса. Власти изготовили аудиовизуальную запись этого процессуального действия, которая была доступна судам первой инстанции для изучения. Суды первой инстанции тем самым имели возможность обозревать манеру поведения свидетелей обвинения во время допроса, а обвиняемые — представить судам свои замечания по этому поводу. В подобных обстоятельствах меры, предпринятые властями страны, были достаточными, для того чтобы обеспечить заявителей возможностью оспорить показания свидетелей и их надежность в ходе производства по делу в суде».

Нормы международного права, практика ЕСПЧ и теперь уже национальное законодательство исходят из того, что выбор между двумя ценностями (непосредственность судебного разбирательства и право подсудимого на перекрестный допрос свидетелей обвинения, с одной стороны, и обеспечение интересов ребенка, в том числе минимизация вреда его психическому здоровью, — с другой) сделан в пользу несовершеннолетних потерпевших и свидетелей. Однако гарантии правосудия все же должны быть обеспечены. На это направлен совершенствуемый порядок проведения следственных действий с участием несовершеннолетних потерпевших или свидетелей, позволяющий стороне защиты оспаривать показания на досудебных стадиях, а суду — рассматривать видеозапись следственного действия в качестве доказательства.

⁷⁸ Там же.

⁷⁹ Там же.

Применение видеозаписи показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля как обязанность следователя

В первую очередь важно усвоить, что видеозапись показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля и видеозапись следственных действий как дополнительное средство фиксации их хода и результатов во всех иных случаях — не тождественные явления. Главное отличие состоит в *обязанности* произвести видеозапись показаний несовершеннолетнего. Законодатель рассматривает такую видеозапись как благо для потерпевшего или свидетеля, значит, следователь и дознаватель в силу принципа публичности (официальности) обязаны предпринять все меры для того, чтобы видеозапись была произведена. Усмотрение должностного лица здесь практически отсутствует. Применение видеозаписи показаний несовершеннолетнего фактически является императивом. Для сравнения: видеозапись иных следственных действий как дополнительное средство их фиксации полностью зависит от усмотрения следователя. Законодатель допускает видеозапись, но спокойно относится к тому, будет ли она произведена. Даже в случаях использования видеозаписи как альтернативы участия понятых выбор полностью в компетенции следователя.

Согласие (возражение) несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля либо законного представителя как условие применения (отказа от применения) видеозаписи показаний потерпевшего или свидетеля

Сложность для понимания и реализации нормы ч. 5 ст. 191 УПК РФ состоит в том, что законодатель, с одной стороны, говорит органу расследования: «применение видеозаписи — ваша обязанность», с другой — обуславливает видеозапись согласием заинтересованных лиц. Что понимать под согласием (отсутствием возражений) в условиях, когда выясняется мнение как минимум двух лиц? Должно ли их согласие быть консолидированным или приоритет отдается взрослому? Может ли соотношение позиций законного представителя и несовершеннолетнего варьироваться от возраста последнего?

Для сравнения оттолкнемся от иных ситуаций, в которых возможно несоответствие мнений рассматриваемых участников. Так, согласно разъяснению Пленума Верховного Суда РФ «когда по делу частного обвинения мнение несовершеннолетнего потерпевшего по вопросу о примирении с обвиняемым и прекращении уголовного дела не совпадают с мнением его законного представителя, основания для прекращения

уголовного дела в связи с примирением сторон отсутствуют»⁸⁰. Как видим, в данном случае позиция законного представителя приоритетна. Верховный Суд РФ закрепляет приоритет волеизъявления законного представителя и по отношению к несовершеннолетнему подсудимому: «Жалобы законных представителей в суде второй инстанции подлежат рассмотрению независимо от позиции, занимаемой по делу несовершеннолетним»⁸¹. Прямая аналогия с приведенными разъяснениями приведет нас к признанию, что несовершеннолетний, осознанно отвергающий привилегию в виде отсутствия обязанности являться в суд и желающий лично изобличить подсудимого, должен принять волю законного представителя. Если законный представитель считает, что стрессы его подопечному не нужны, то он дает согласие (не возражает) на применение видеозаписи.

Возникает другой вопрос: требуют ли учета сама процедура видеозаписи и организационные или психологические издержки, связанные с ней, или они несущественны? Например, потерпевший или законный представитель полагают, что видеозапись, могущая быть многократно воспроизведенной, наносит ущерб безопасности допрашиваемого, поскольку позволяет более точно отождествить его личность. Следовательно, выбор нужно делать из двух ценностей: либо видеозапись и (по общему правилу) возможность больше не возвращаться к даче этих показаний, в том числе в суде, либо отказ от видеосъемки следственного действия и личное присутствие в судебном заседании. Вправе ли «взрослый» несовершеннолетний выбрать явку в суд вопреки позиции законного представителя, исходя из своих предпочтений? Здесь затрагивается еще одна проблема — дифференциация возраста несовершеннолетнего в целях определения возможности лично возражать или соглашаться с применением видеозаписи. Официальные разъяснения по поставленным вопросам в настоящее время не сформулированы.

Порядок разъяснения несовершеннолетнему потерпевшему или свидетелю и его законному представителю права дать согласие на применение видеозаписи показаний или возражать против видеозаписи требует учета специфики ситуации. Как уже отмечалось, право дать согласие на применение видеозаписи показаний несовершеннолетнего потерпевшего

⁸⁰ О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве (п. 31) : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 июня 2010 г. № 17. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸¹ О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних (п. 12) : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

или свидетеля, закрепленное в ч. 5 ст. 191 УПК РФ, качественно отличается от иных случаев, когда участник следственного действия имеет право быть уведомленным о применяемом дополнительном средстве фиксации результатов следственного действия и возразить против этого. Такое отличие вытекает из цели видеозаписи показаний несовершеннолетнего: видеозапись применяется в его и законного представителя интересах, поэтому разъяснение права возражать против видеозаписи должно осуществляться не формально, а с глубиной, достаточной для понимания данного права. Кроме того, следователь обязан быть пристрастным при разъяснении рассматриваемого права. Он должен убедить заинтересованных лиц в целесообразности согласиться с применением видеозаписи, поскольку является проводником публичного интереса государства в минимизации случаев общения несовершеннолетнего с официальными органами и должностными лицами.

С учетом таких требований целесообразно иметь согласованный с различными контролирующими и надзирающими органами выверенный текст разъяснения права, который может быть реализован путем внятного прочтения, истолкования и вручения в письменном виде. Очевидно, что ознакомление с правом не может быть сведено только к ознакомлению с нормой ч. 5 ст. 191 УПК РФ. Предлагаем для обсуждения следующий вариант разъяснения ситуации, связанной с обязанностью следователя применить видеозапись следственного действия и правом рассматриваемых участников возражать против использования видеозаписи, который может стать фрагментом соответствующего протокола:

«Согласно ч. 5 ст. 191 УПК РФ применение видеозаписи или киносъемки обязательно в ходе проведения с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля таких следственных действий, как допрос, очная ставка, предъявление для опознания, проверка показаний на месте.

Цель применения видеозаписи или киносъемки состоит в том, чтобы использовать ее для просмотра в суде в качестве доказательства и не приглашать несовершеннолетнего лично в суд для дачи показаний непосредственно в зале суда. Видеозапись или киносъемка могут быть использованы (просмотрены) при проведении других следственных действий, в том числе с участием обвиняемого. Применение видеозаписи или киносъемки следственного действия с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля является международной практикой и направлено на исключение неоднократных контактов несовершеннолетнего с официальными должностными лицами и лицами, обвиняемыми в совершении преступления. Такая практика исключает повторное переживание несо-

вершеннолетним обстоятельством преступления, тем самым оберегает его психическое здоровье.

Материалы видеозаписи или киносъемки хранятся при уголовном деле, что исключает возможность попадания видеозаписи в свободный доступ и их просмотра посторонними лицами. При ознакомлении с материалами уголовного дела указанные в законе заинтересованные лица вправе просмотреть материалы видеозаписи или киносъемки, получить их копии.

Применение в указанных выше целях видеозаписи или киносъемки допустимо, «если несовершеннолетний потерпевший или свидетель либо его законный представитель против этого не возражает» (ч. 5 ст. 191 УПК РФ). Это положение закона означает, что по общему правилу согласие на применение видеозаписи или киносъемки несовершеннолетнего и его законного представителя должно быть взаимным и согласованным. При наличии оснований полагать, что несовершеннолетний в силу возрастных особенностей не способен в полной мере осознавать цель применения видеозаписи (киносъемки) следственного действия, проводимого с его участием, по усмотрению следователя или дознавателя видеозапись (киносъемка) может быть произведена с согласия законного представителя и при отсутствии определенного волеизъявления несовершеннолетнего.

Применение видеозаписи или киносъемки не исключает права суда по собственной инициативе или по ходатайству сторон при необходимости принять мотивированное решение о вызове несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля в суд и допросе в судебном заседании с участием сторон (ч. 6 ст. 281 УПК РФ).

Реализация права обвиняемого задать вопрос лицу, свидетельствующему против него, как условие допустимости использования в судебном заседании видеозаписи показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля

Просмотр в суде показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля (вместо его непосредственного допроса) сопряжен с необходимостью обеспечения права подсудимого задать вопросы лицу, свидетельствующему против него. Данное право не может быть реализовано в рассматриваемых нами ситуациях в судебном заседании, поскольку несовершеннолетний в зал суда не приглашается, стороны и суд воспринимают видеозапись его показаний. Значит, это право может и должно быть реализовано в досудебном производстве. Подобная интерпретация конвенционного права обвиняемого (подсудимого) обусловлена практикой ЕСПЧ, в том числе приведенной выше.

В России такой подход был воспринят и внедрен в правосознание правоприменителей сначала на уровне разъяснений высшего судебного органа, а затем закона. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О судебном приговоре» от 29 апреля 1996 г. № 1 (в ред. постановления Пленума от 16 апреля 2013 г. № 11)⁸² закреплено, что «выводы суда о виновности подсудимого в совершении преступления не могут быть основаны исключительно или главным образом (в решающей степени) на фактических данных, содержащихся в оглашенных показаниях потерпевшего или свидетеля, если обвиняемый (подсудимый) в стадии предварительного расследования либо предыдущих судебных заседаниях не имел возможности оспорить эти показания (например, допросить показывающего против него потерпевшего или свидетеля на очной ставке, задавать ему вопросы, высказать свои возражения в случае несогласия с показаниями)». Следовательно, право подсудимого допрашивать показывающих против него лиц или иметь право на то, чтобы эти лица были допрошены, может быть реализовано также и в досудебном производстве.

Позже это положение приобрело нормативный характер. Федеральным законом от 2 марта 2016 г. «О внесении изменений в статью 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» № 40-ФЗ⁸³ предусмотрено, что «решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, произведенных с их участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу возможности оспорить эти доказательства предусмотренными законом способами» (ч. 2¹ ст. 281 УПК РФ). Данная новелла прямо отнесена законом к случаям неявки в судебное заседание потерпевшего или свидетеля, указанным в пп. 2-5 ч. 2 ст. 281 УПК РФ, где речь не идет о несовершеннолетнем потерпевшем или свидетеле. Вместе с тем как норма общего характера она полностью распространяется также на случаи проведения следственных действий с несовершеннолетними потерпевшими и свидетелями⁸⁴.

⁸² Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸³ Рос. газета. 2016. 4 марта.

⁸⁴ К сожалению, предельно четко такая рекомендация в официальных разъяснениях не изложена. Однако из совокупности разъясняющих тезисов она, на наш взгляд, все же вытекает (О практике применения законодательства при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции (общий порядок судопроизводства) : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2017 г. № 51 (пп. 11, 12). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

Что понимать под возможностью оспорить доказательства предусмотренными законом способами? Оспаривание доказательств — это и есть конвенционное право подсудимого допрашивать показывающих против него потерпевшего или свидетеля или иметь право на то, чтобы они были допрошены. Эту же мысль можно выразить также термином «право подсудимого задать вопросы лицу, свидетельствующему против него».

Приведенная законодательная новелла говорит о «предусмотренных законом способах» реализации конвенционного права подсудимого в досудебных стадиях, хотя такие способы не конкретизированы. С учетом анализа прецедентов ЕСПЧ, отечественного законодательства, высказанных в литературе суждений, полагаем, речь может идти об очной ставке и постановке перед потерпевшим или свидетелем тех вопросов, которые заранее сформулировала сторона защиты.

Применительно к взрослым лицам очная ставка — самое удобное и эффективное средство досудебного производства реализации конвенционного права подсудимого (обвиняемого). Проведение очной ставки с несовершеннолетним потерпевшим или свидетелем, как показывает анализ норм международного права, неприемлемо, поскольку травмирует психику несовершеннолетнего. Практика выработала подходы, которые совмещают в себе обеспечение противоположных по своей направленности права несовершеннолетнего и права преследуемого лица. В частности, представляются оптимальными высказанные в печати рекомендации, основанные на прецедентах ЕСПЧ, в основе которых лежит как минимум постановка перед несовершеннолетним вопросов, сформулированных стороной защиты, без непосредственного контактирования участников процесса между собой⁸⁵: сторона защиты формулирует вопросы в ходатайстве о дополнительном допросе потерпевшего (свидетеля), а ответы на них фиксируются в протоколе допроса, который затем предъявляется стороне защиты. Это действие является альтернативой очной ставке.

При решении вопроса о том, каким образом реализовывать конвенционное право обвиняемого: проводить очную ставку или заменить ее альтернативой, необходимо учитывать возраст ребенка, в отношении которого совершено преступление или который стал очевидцем преступления; характер совершенного преступления (если в отношении несовершеннолетнего совершено преступление, посягающее на поло-

⁸⁵ См., напр.: *Брусницын Л. В.* Новые правила допросов несовершеннолетних потерпевших и свидетелей на предварительном следствии и в суде // *Уголовное право.* 2015. № 3. С. 90–94.

вую неприкосновенность или связанное с применением насилия либо несовершеннолетний явился очевидцем совершенных преступлений, то в данном случае очная ставка должна быть заменена альтернативной); личность преступника (нравственно-психологические характеристики обвиняемого, какое воздействие он может оказать на ребенка на очной ставке).

В обобщенном виде алгоритм действий органа расследования может быть следующим: а) допрос обвиняемого с участием защитника, в ходе которого воспроизводится существо показаний несовершеннолетнего и выясняются вопросы, которые могли бы быть поставлены перед несовершеннолетним; б) допрос несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, в котором сформулированные вопросы должны быть поставлены перед допрашиваемым; в) ознакомление обвиняемого и защитника с показаниями и при необходимости формулирование дополнительных вопросов.

В случаях, когда допрос не был организован указанным образом, Л. В. Брусицын рекомендует разъяснять обвиняемому при окончании расследования его право задать вопросы лицу, свидетельствующему против него. Такая практика получила распространение. Поступившее ходатайство может быть реализовано в ходе дополнительных следственных действий или в судебном заседании без непосредственного контакта несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля и подсудимого.

В силу специфики ситуации с видеозаписью показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля вопрос о применимости института возвращения судом уголовного дела прокурору при отсутствии видеозаписи должен решаться иначе, чем в случаях отсутствия процедуры оспаривания показаний неявившегося потерпевшего или свидетеля в иных случаях, предусмотренных ч. 2¹ ст. 281 УПК РФ. Следует принять во внимание как минимум следующие нюансы. Использование видеозаписи зависит в конечном счете от позиции несовершеннолетнего и его законного представителя. Отсутствие согласия делает возвращение дела прокурору бессмысленным, а само повторное «контактирование» с несовершеннолетним сведет к нулю основную идею видеозаписи — исключение множественных его опросов. Кроме того, отсутствие видеозаписи не образует для суда безвыходной ситуации, поскольку у него сохраняется право вызвать несовершеннолетнего в судебное заседание и обеспечить его допрос сторонами на общих основаниях. Возвращение судом уголовного дела прокурору приобретет смысл лишь в случаях, когда грубо нарушено само право заявить ходатайство (дать согласие) на проведение видеозаписи показаний несовершенно-

летнего, хотя и в этом случае с учетом наличия компенсирующих механизмов целесообразность подобного решения неочевидна.

Оспаривание обвиняемым (подозреваемым) вещественных доказательств, протоколов их осмотра и иных документов, отражающих свойства вещественных доказательств, как условие непредставления их в судебное заседание (постановка вопроса)

Доступ преследуемого лица к протоколам следственных действий, заключению эксперта регламентирован законом и фактически широко реализуется в правоприменительной практике. Состоит он в обязанности следователя представить обвиняемому для ознакомления протокол следственного действия, произведенного с его участием, а заключение эксперта — предъявить преследуемому лицу немедленно после его поступления, не дожидаясь окончания расследования. Обеспечение доступа к материалам уголовного дела не меняет порядка исследования полученного доказательства в суде, не лишает подсудимого и лиц, представляющих его интересы, права на исследование таких материалов перед судом. Вместе с тем в случаях с вещественными доказательствами следует придать участию обвиняемого (подозреваемого) в изъятии и осмотре объекта большее значение, рассматривать его как фактор, позволяющий ограничиться исследованием сторонами и судом протокола осмотра вещественного доказательства и других документов, отражающих его свойства, иными словами, использовать прием оспаривания в интересах определенного сокращения объема предметов и объектов, признаваемых вещественными доказательствами для целей их непосредственного исследования в ходе судебного разбирательства.

Оспаривание доказательства как относительно новый способ реагирования на собранный доказательственный материал имеет качественные признаки, отличающие его от традиционного ознакомления с результатами произведенных следственных действий. Во-первых, право оспаривания принадлежит преследуемому лицу и стороне защиты в целом, тогда как доступ к собранным доказательствам осуществляется свободно любым лицом, участвовавшим в следственном действии, и составляет необходимый элемент порядка производства процессуального действия. Во-вторых, процедуру оспаривания следует рассматривать как исключительную (добавочную к общему порядку) деятельность, преследующую специальную цель, в то время как ознакомление с полученными доказательствами выступает штатным текущим моментом. В-третьих, оспаривание — прием, который осуществляется не для целей досудебного производства, а напрямую обеспечивает функционирование судебного следствия; «обычное» ознакомление с результатами следственных

действий функционально направлено внутрь предварительного расследования. В-четвертых, в оспаривании можно различить соответствующие изменившемуся соотношению досудебного и судебного производств и поддержанные практикой международных судебных органов признаки возложения на органы расследования дополнительных задач, связанных не только с собиранием доказательств, но и с сопровождением их исследования в судебном заседании. Органы расследования берут на себя обязанность обеспечить часть прав преследуемого лица, традиционно реализуемых в судебный стадиях процесса. Это вынужденная тенденция, вызванная объективной невозможностью достижения абсолютной непосредственности судебного разбирательства. Вместе с тем предпосылки такой тенденции не имеют принципиального значения — главное, что она (в части оспаривания показаний лиц, свидетельствующих против обвиняемого) признана легитимной. На наш взгляд, прием оспаривания доказательств в досудебном производстве востребован для упорядочения весьма «разросшегося» института вещественных доказательств, минимизации предметов, признаваемых вещественными доказательствами, которые по действующему законодательству должны, несмотря на значительные организационные и материальные издержки для государства и заинтересованных лиц, храниться для их исследования сторонами и судом в условиях судебного заседания.

Вряд ли можно рассчитывать, что в ближайшее время на нормативном уровне может произойти сокращение объектов, признаваемых вещественными доказательствами. Напротив, этот перечень расширяется, к тому же он имеет открытый характер. К числу вещественных доказательств относятся объекты, не всегда соответствующие понятию «предмет». Законодатель распространил понятие «вещественное доказательство» на полученную в ходе производства следственных действий электронную информацию (информацию, сохраняющуюся в электронном виде).

В таких условиях объяснимо, почему систематически изменяется и дополняется ст. 82 «Хранение вещественных доказательств» УПК РФ. Балансируя между потребностью обеспечить непосредственное исследование судом вещественного доказательственного материала, сбережением имущественных интересов участников процесса, сокращением материальных и организационных затрат на хранение вещественных доказательств, законодатель расширяет случаи возвращения предметов законным владельцам (оговариваясь при этом: если это возможно без ущерба для доказывания) или предусматривает их реализацию с согласия владельцев или по решению суда (предписывая оставлять, по возможно-

сти, образец для сравнительного исследования). Представляется, что процедура оспаривания обвиняемым, подозреваемым, а также потерпевшим и другими заинтересованными лицами вещественного доказательства в момент его осмотра, копирования электронных носителей, оценки результатов экспертного исследования может предоставить дополнительные возможности для сокращения количества длительно сохраняемых вещественных доказательств без ущерба для доказывания. Процедуру, о которой идет речь, не нужно создавать как нечто новое, она фактически существует, однако несистемно, без акцента на ее качественном отличии от обычного участия заинтересованного лица в осмотре предмета или ознакомления с результатами экспертизы. Преследуемое лицо может чаще и целенаправленно привлекаться к осмотру вещественного доказательства с акцентом на его праве сделать замечания по результатам осмотра, заявить ходатайство о приглашении специалиста, сформулировать вопросы для предстоящего экспертного исследования.

Таким образом, можно сформулировать следующие выводы.

1. С принятием Федерального закона от 2 марта 2016 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в статью 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» требование непосредственности формально оказалось несколько смягченным (если исходить из расширившегося перечня случаев, когда могут быть оглашены показания потерпевшего или свидетеля, данные на предварительном следствии). Вместе с тем фактически гарантии реализации обвиняемым (подсудимым) права оспорить показания лиц, свидетельствующих против него, существенно возросли. Основная тяжесть реализации данного права возложена на органы предварительного расследования, которые обязаны обеспечить суду условия для оглашения показаний неявившихся потерпевших и свидетелей.

2. Следователь вправе применить различные приемы оспаривания обвиняемым показаний свидетельствующих против него лиц. Одним из них выступает очная ставка, которая в современных условиях проводится не только при наличии существенных противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц, но и для достижения специальной цели — реализации конвенционного права подсудимого допрашивать свидетелей обвинения. Оспаривание признается состоявшимся со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями также в ситуациях, когда обвиняемый реализовал право задать свидетелю вопросы через адвоката или следователя либо имел такую возможность, но осознанно от нее отказался.

3. Допущение международными и национальными органами правосудия реализации конвенционного права подсудимого оспорить показания

обвиняющего его свидетеля на стадиях, предшествующих судебному разбирательству, налагает на органы расследования повышенную ответственность в обеспечении исследования доказательств в судебном заседании.

4. Поскольку одним из условий оглашения показаний неявившегося свидетеля обвинения выступает невозможность его явки, органы расследования должны собирать характеризующий и свидетеля обвинения, и самого обвиняемого (материал), опираясь на который суд в ситуации, возникшей в судебном заседании, сможет сделать обоснованный и мотивированный вывод о достаточности предпринятых мер к установлению места нахождения свидетеля и возможности (или отсутствию таковой) явки свидетеля в суд.

5. В порядке совершенствования законодательства предусмотрено существенное изъятие из начала непосредственности судебного разбирательства, выражающееся в просмотре сторонами и судом видеозаписи показаний несовершеннолетнего, данных в досудебном производстве, без его личной явки в суд. Базовым условием допустимости просмотра видеозаписи выступает такая организация записанного с помощью технического средства допроса, при которой преследуемому лицу предоставлена возможность в любой форме задать допрашиваемому свои вопросы.

6. Оспаривание обвиняемым показаний как самостоятельный прием, позволяющий огласить такие показания в суде без личной явки свидетельствующего лица, целесообразно распространить на вещественные доказательства, которые по тем или иным причинам не могут быть исследованы судом и сторонами непосредственно в судебном заседании.

7. Эффект от допущенной законом процедуры оспаривания показаний выходит за пределы возможности использования отдельного доказательства. Возникла предпосылка для формулирования перед досудебным производством оснащенной комплексом мер задачи по обеспечению исследования судом собранных по делу доказательств.

§ 4. Подходы к развитию системы следственных действий, совершенствованию порядка их производства, а также использованию полученных результатов с учетом приоритета судебного доказывания

Данный параграф посвящен не столько непосредственному исследованию доказательств в стадии судебного разбирательства или изъятиям из него, сколько влиянию возрастающего значения начала непосредственности на порядок собирания доказательств в досудебном производстве и их оценку в суде. Иными словами, рассматриваются подходы к регламентации следственных действий и иных процессуальных действий по собиранию доказательств в контексте меняющегося соотношения досудебного и судебного производства, предпринимается попытка определить ту степень допустимости результатов досудебного познания, которая окажется достаточной для их интерпретации сторонами и судом в судебном следствии. Рабочая гипотеза повествования состоит в том, что нормативные и правоприменительные подходы к понятию доказательства, способам их собирания в досудебном производстве, оценке пригодности для судебного использования оказались «застывшими» или развивающимися в силу инерции без учета возможностей судебной интерпретации доказательственных сведений. При этом оговоримся, что не выступаем за полную деформализацию досудебного производства, речь идет о весьма важных положениях, корректирующих законотворчество и правоприменение в рамках традиционных представлений.

Анализ исторических источников уголовно-процессуального права показывает, что следственные действия эволюционировали в направлении увеличения их видов и детализации процессуальной формы. В основе такого развития лежали зародившиеся и апробированные практикой новые приемы познания действительности, научно-технический прогресс, достижения криминалистической тактики, потребность более тщательного обеспечения конституционных и иных законных прав участников процесса.

В УПК РСФСР 1960 г. впервые закреплены в качестве самостоятельных следственных действий предъявление для опознания и следственный эксперимент, на последнем году его применения также контроль и запись переговоров, сменившие содержавшееся в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик прослушивание телефонных переговоров. УПК РФ 2001 г. в момент принятия дал нам в качестве самостоятельных следственных действий наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, проверку показаний на месте, а в 2010 г. — получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Это те действия, которые оказались включенными в названия глав 25 и 26 УПК РФ. Поддерживая избранное законодателем направление на придание статуса следственного действия все большему числу процессуальных действий, юристы стали говорить о самостоятельности личного обыска (соотношение осмотра и освидетельствования, выемки и выемки почтово-телеграфных отправлений ничем не отличается от соотношения обыска и личного обыска). В следственном эксперименте выявили фактически содержащиеся две его разновидности — эксперимент-опыт и эксперимент-реконструкцию, каждая из которых, по мнению правоведов, достойна статуса самостоятельного познавательного приема. В большинстве авторских систем следственных действий нашлось место эксгумации и получению образцов для сравнительного исследования. Высказаны предложения предусмотреть в статусе следственных действий проверку показаний на полиграфе, электронное наблюдение, электронное копирование, реконструкцию, требование, представление (принятие доставленного).

Развитие процессуального порядка производства следственных действий происходило путем дополнения и уточнения отдельных процедурных элементов (получение судебного разрешения, обеспечение участников квалифицированной юридической помощью, изъятие электронных носителей информации, участие понятых, потерпевшего, педагога, психолога и др.).

Детализация процессуального порядка применяется законодателем в качестве основного приема придания тому или иному способу собирания сведений статуса следственного действия. Используются также внесение действия в названия глав 24–27 УПК РФ, прямое наименование конкретного процессуального действия следственным, включение в различные перечни (например, ст. ст. 164, 165, 170 УПК РФ), объединяемые общим понятием — «следственные действия». Нельзя сказать, что законодатель тщательно анализирует сущность познавательного приема, называемого им следственным действием. Недостаток процессуальной

культуры порой не позволяет ему увидеть грань между действительно востребованным развитием процессуальной формы и узаконением административных отношений и технических операций под видом следственного действия. Придание статуса следственного действия приемам, имеющим иную правовую природу, можно показать на примере контроля и записи переговоров (ст. 186 УПК РФ) и получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186¹ УПК РФ).

Если в первом случае имеются пусть внешние (лежащие за рамками познавательного приема), но все же значимые обстоятельства (оперативные подразделения не в состоянии получить судебное разрешение на прослушивание телефонных переговоров, когда основания для этого вытекают из материалов уголовного дела; согласно принципам взаимодействия следователь не вправе давать поручение о проведении конкретного оперативно-розыскного мероприятия), то во втором — следственное действие просто искусственно придумано. Единственной предпосылкой для реорганизации стало разрешение заочного спора высших судов по вопросу, ограничиваются ли получением информации о соединениях конституционные права граждан. Как известно, возобладала позиция, согласно которой эти права ограничиваются. Но из этого следовало лишь то, что получение информации должно осуществляться по решению суда. Законодатель же посчитал иначе.

Требования обеспечить судебное санкционирование оказалось достаточно, чтобы из имеющегося и широко применяемого познавательного приема создать следственное действие. Это пример линейного мышления. По нашему мнению, получение информации о соединениях абонентов следует рассматривать как *квалифицированное (осуществляемое по судебному решению) истребование* соответствующей информации у оператора связи. Эта информация не имеет признаков вещественного доказательства и должна приобщаться к делу по правилам работы с иными документами. Органическая комплексность этого следственного действия сомнительна, имеются признаки механического соединения разной сущности, не образовавшего нового качества. Данное (формально следственное) действие, вопреки утверждениям, не знаменует появления нового способа собирания доказательств: способ был, он только не был сопряжен с процедурой судебного санкционирования. Отнесение получения информации о соединениях абонентов к следственным действиям «закрыло» путь к этим сведениям в стадии возбуждения уголовного дела и по приостановленным делам, поскольку классическим условием производства следственного действия выступает наличие «живого» уголовного дела. Кроме того, реальностью

является правовая позиция Конституционного Суда РФ (определение от 1 декабря 1999 г. № 211-О), согласно которой так можно интерпретировать, если лицо находится в уголовно-процессуальном поле, то оперативно-розыскные мероприятия с аналогичной следственным действиям сущностью могут проводиться только с предоставлением тех гарантий, которые предусмотрены УПК РФ, что означает фактическую невозможность получения этих сведений в рамках ОРМ в период производства по делу. Можно констатировать также практическую невозможность принудительного истребования информации в рамках данного действия. В случаях непредоставления оператором связи требуемой информации ничего не остается, как проводить в судебном порядке выемку. Кроме того, состязательное судебное следствие не нуждается в столь формализованных (почти абсолютно формальных) досудебных процедурах, поскольку доказательственная сущность детализации легко выявляется путем судебной интерпретации представленных сведений.

Избыточная процессуализация присуща отдельным аспектам традиционных следственных действий. В принципе разумная идея исключить дополнительные негативные последствия (личного, коммерческого плана) от изъятия электронной документации сначала вылилась в неоправданный запрет изъятия электронных носителей (например, флэш-карты) без участия специалиста, даже если при этом не производятся манипуляции с электронной техникой (ч. 9¹ ст. 182, ч. 3¹ ст. 183 УПК РФ). Представляется, что поставленную перед таким нововведением цель вполне можно достичь с помощью нормы ч. 2¹ ст. 82 УПК РФ, которая делает акцент на порядке возвращения электронной информации, а не на ее изъятии. Позже указанные дополняющие порядок обыска и выемки нормы были исключены и заменены общим регулированием изъятия электронных носителей информации и копирования с них информации при производстве следственных действий (ст. 164¹ УПК РФ)⁸⁶.

Перечень примеров избыточности регулирования процедуры следственных действий можно продолжить⁸⁷. Однако подчеркнем, что в из-

⁸⁶ О внесении изменений в статьи 76¹ и 145¹ Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 533-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁷ Хотя принятие явки с повинной формально к следственным действиям не относится, подходы к ее совершенствованию подтверждают обозначенную тенденцию к излишней регламентации досудебного производства и недооценку начала непосредственности судебного разбирательства и состязательного метода в целом. Так, законопроектом № 631546-7, внесенным в Государственную Думу РФ 23 января 2019 г., предусматривается, в частности, что заявление о явке с повинной может быть сделано только в присутствии защитника. Разработчики хотя, чтобы суд мог легко различать

лишней детализации процедуры нас больше волнуют не организационные сложности ее реализации, а более существенные негативные последствия методологического свойства. Имеются признаки, что тенденцию к количественному увеличению следственных действий, детализации их процедуры законодатель начинает понимать буквально (как самоцель, как единственно возможное направление развития способов собирания доказательств). В этом кроется опасность недооценки иных процессуальных действий по собиранию доказательств, а, самое главное, судебного формирования доказательственных сведений. Происходит консервация следственного доказывания, сдерживающая выход на нормативно объявленный новый высокий уровень судебного доказывания. Правоприменитель, напуганный жесткими правилами недопустимости доказательств, дезориентированный «пышностью» протокольных бланков, где несколько подписей на странице вместо одной в конце, начинает упускать из сознания существо производимых им действий. Форма (в данном случае подразумевается только негативный аспект) затмевает в неокрепших умах новых поколений следователей и их руководителей истинное содержание доказательственной деятельности на стадии предварительного расследования. Возникает иллюзия, что, составив большинство документов с множеством подписей, можно сформулировать неопровержимое доказательство, которое суду останется в готовом виде положить в основу приговора. На самом деле только стороны и суд определяют доказательственную ценность исследованных ими сведений.

Недоверие к иным процессуальным действиям по собиранию доказательств проявляется не только в правоприменении (правоприменители здесь ведомые), но также на научном уровне и в законодательном процессе.

Так, А. В. Смирнов ставит под сомнение легитимность истребования, в частности результатов оперативно-розыскной деятельности, когда не была исключена потенциальная возможность производства для получения этой информации следственного действия или непосредственного ее истребования из первоисточника. Что касается представления органами

вынужденное и искреннее заявление о повинной. Они забывают, что явка с повинной — это еще и повод к возбуждению уголовного дела, который требует немедленного реагирования, и смягчающее вину обстоятельство. Обстановка явки с повинной и ее доказательственная ценность должны выявляться в ходе спора сторон перед судом, а не путем придумывания формальных условий, которые обязаны соблюдать представители полицейской власти в самом начале разбирательства по конкретному жизненному случаю.

дознания предметов и документов, то такого права, по мнению автора, у них нет вообще, несмотря на положения ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁸⁸.

Законодатель не спешит описать порядок представления доказательств (предметов и документов), точнее, порядок принятия представленных объектов, хотя здесь его склонность к детализации формы востребована как нигде. Выглядит нелогично, что право представлять доказательства широко использовано при описании правового положения участников процесса, на реализации этого права базируется эффективность собирания доказательств защитником, представление закреплено оперативно-розыскным законодательством и ведомственными актами, однако процедура представления не регламентирована.

Следователи настроенно относятся к истребованию и представлению, не понимают, каким образом закрепить факт состоявшейся передачи им предмета или документа, считают, что любой другой способ фиксации принятия представляемого материала, кроме следственного действия, снижает его доказательственное значение. Например, даже в бесконфликтной ситуации представления потерпевшим информации о соединениях своего абонентского устройства вместо составления протокола принятия представленного объекта составляются четыре процессуальных документа: постановление о производстве выемки, протокол выемки, протокол осмотра распечатки соединений абонентского устройства и постановление о признании ее вещественным доказательством. Два последних документа составляются исходя из требований ст. 186¹ УПК РФ. Выемкой следователи предпочитают оформлять передачу им документов сотрудниками оперативных подразделений, что само по себе не добавляет легитимности изымаемой информационной продукции.

Среди средств проверки сообщений о преступлениях справедливо восстановлено истребование предметов и документов как самостоятельное действие. Но этому средству тут же выражается недоверие одновременным указанием на право «изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом» (ч. 1 ст. 144 УПК РФ). Истребование — это и есть изъятие на добровольной основе, обеспеченное лишь потенциально возможной ответственностью граждан, должностных лиц и организаций по ст. 17.7 КоАП РФ. Из других вариантов истолкования права «изымать в установленном порядке» гипотетически можно назвать изъятие в процессе осмотра, выемку и самостоятельный акт, обеспеченный непосред-

⁸⁸ Смирнов А. В. «Серебряное блюдо» оперативно-розыскной деятельности // Уголовный процесс. 2012. № 10. С. 12–18.

ственным принуждением. Но при осмотре право изымать подразумевается без дополнительного указания. Если под изъятием понимать выемку (в ряде регионов практика пошла по этому пути), то сталкиваемся с лукавством законодателя, не посмевшего прямо сказать о своем намерении. При третьем подходе (изъятие — самостоятельное средство отчуждения предметов и документов) фактически легализуется необеспеченное должными гарантиями принуждение.

Итак, в чем проявляется недостаточная оптимальность современного отношения к нормативному описанию системы следственных действий, возможно ли «примирение» следственного собирания доказательств и безусловного приоритета судебного доказывания? Получается почти как у классика: «угодило зернышко промеж двух жерновов». В данном случае зернышко — это следственное действие как основной способ собирания доказательств при следственном доказывании, а жернова — предварительное и судебное следствие, оптимальное соотношение которых в настоящее время не прояснено. Если признать, что следственное доказывание должно остаться в прошлом («как может собирать доказательства человек в погонах?»), и кардинально перестроить уголовный процесс с учетом исключительно судебного порядка формирования доказательств, то следственные действия как таковые, учение о них в значительной мере теряют актуальность. В «новой теории доказывания», активно обсуждаемой в литературе⁸⁹ и на научных форумах⁹⁰, роль следственных действий в собирании юридически значимых сведений минимальна, это лишь фиксация исходного материала для интерпретации судом, поскольку доказательство нельзя сформировать и законсервировать посредством проведения следственного действия. При более осторожных оценках перспектив реформирования отечественного уголовного процесса досудебное производство в форме прокурорского дознания или традиционного для нас предварительного следствия сохранится. Значит, следственными действиями в традиционном их понимании как способам собирания доказательств по-прежнему быть. Выработанные теоретические подходы к понятию следственного действия, развитию их системы окажутся востребованными.

При этом остается (даже в современных неререформированных условиях) приоритет следствия судебного над следствием предварительным,

⁸⁹ См., напр.: *Кухта А. А.* Доказывание истины в уголовном процессе. Н. Новгород, 2009. С. 81–166.

⁹⁰ *Новая теория уголовно-процессуальных доказательств — путь к реформе досудебного уголовного производства.* URL: www.iuaj.net/node/1637 (дата обращения: 05.11.2014).

что, к сожалению, не всегда учитывается при разработке средств досудебного доказывания. Состязательная интерпретация доказательственной информации способна получить из представляемых суду сведений намного больше зафиксированного в протоколе, в отдельных случаях «исправить» доказательство⁹¹, при формальном подходе считающееся недопустимым. Появляется возможность в отдельных случаях несколько снизить уровень процессуализации (в первую очередь имеются в виду «новоделы» и прочие наслоения последнего времени) получения и закрепления доказательственных сведений, использовать иные процессуальные действия как полноценные способы собирания доказательств. Речь, конечно, не должна идти о снижении гарантий конституционных прав участников. В этом направлении, напротив, требуется дополнительная регламентация. Например, в законе нет обязанности следователя, осуществившего следственное действие в неотложном порядке, разъяснить заинтересованным лицам право на участие в судебном заседании, проводимом в соответствии с требованиями ч. 5 ст. 165 УПК РФ, и сообщить о суде, в который будет направлена документация, и времени рассмотрения законности и обоснованности следственного действия (Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2008 г. № 1076-О-П). Следует без излишеств регламентировать порядок истребования и представления доказательств. Вместе с тем в ряде аспектов строгость (детальность) формы нуждается в уменьшении. Как было показано, это относится в полной мере к получению информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, к контролю и записи переговоров (в ряде стран выход из положения нашли в закреплении так называемых негласных следственных действий). Избыточны обязательное участие специалиста при изъятии электронных носителей информации (без работы с самой информацией) и понятых при копировании информации, производство личного обыска по общему правилу только в отношении лица, поставленного в статус как минимум подозреваемого, и т. д.

Это будет компромисс, отвечающий современному состоянию российского уголовно-процессуального законодательства. На уровне общих положений авторитет судебного исследования возвышен. Однако законодатель не использует потенциал судебного следствия. По установленным правилам мы обязаны исключить из доказывания протокол следственного действия в случаях участия понятого, не отвечающего требованиям закона, изъятия носителя электронной информации без специалиста и т. д. Эти сведения не будут предметом судебной интер-

⁹¹ *Теория доказательств в советском уголовном процессе.* М., 1973. С. 238–245.

претации, хотя они отвечают требованию относимости, ничьи конституционные права не нарушены, существо следственного действия не затушено, а, значит, происхождение объекта может быть проверено.

Противоречия, о котором мы говорим, не удалось избежать авторам Концепции судебной реформы в России⁹². Более того, можно предположить, что тональность данного документа заложила и укрепила это противоречие. Концепция выступила за проведение четкой грани между процессуальной и непроцессуальной деятельностью, определение жестких критериев допустимости доказательств и введение практики беспощадного аннулирования недопустимых материалов⁹³. В результате в действующем законодательстве появились понятие «недопустимые доказательства» (ст. 75 УПК РФ) и беспрецедентный самостоятельный механизм исключения доказательств, который блокирует переход из досудебного производства в судебное производство сведений, полученных с нарушением закона (ст. 235 УПК РФ). В условиях, когда понятие «существенное нарушение закона» было устранено, это открыло простор для действительно решительного аннулирования следственных доказательств. Законодатель не попытался разграничить абсолютно недопустимое в познавательной деятельности следователя, связанное, например, с необоснованным ограничением конституционно охраняемых прав, и прочие несоответствия его действий процессуальной форме, не затушевывающие существо полученных сведений. От излишней солидарности досудебного и судебного производства, которая, по мнению авторов Концепции, была присуща советскому уголовному процессу и свидетельствовала об обвинительном уклоне судопроизводства в целом, наметили путь к противопоставлению этих видов производства, к их конкуренции и даже конфронтации. Досудебное производство должно было измениться, стать более строгим, безупречным с позиции законности, тогда продукт его усилий сможет быть принят для судебной оценки. Реализации этой цели послужили развитие системы следственных действий, процессуального порядка производства каждого из них и защитительный механизм в виде правила об исключении доказательств. Все это происходит на фоне другой и, по нашему мнению, совершенно разумной тенденции подчеркивания решающей роли судебного следствия, самостоятельности сторон и суда в формировании судебных доказательств, усиления начала непосредственности судебного разбирательства. Если механизм судебного познания способен установить достоверность или недостоверность

⁹² Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С. А. Пашин. М., 1992. 112 с.

⁹³ Там же. С. 22, 86.

следственного доказательства, то почему не перенести в судебное следствие некоторые сомнительные с формальной стороны результаты следственной и даже оперативно-розыскной и административно-служебной деятельности. Кстати, когда это фактически происходит, представители стороны защиты порой начинают обвинять суды в активности в пользу обвинения, во всеядности, хотя на самом деле решающую роль в формировании обвинительного судебного доказательства сыграла активность представителей обвинения.

Непоследовательность законодательства в формулировании института исключения доказательств, на наш взгляд, проявляется в том, что оно позволяет суду при рассмотрении уголовного дела по существу по ходатайству стороны повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым (ч. 7 ст. 235 УПК РФ). Исходя из свойства допустимости, которое означает соответствие или несоответствие доказательства требованиям закона, эту норму объяснить нельзя: закон либо нарушен, либо нет. Законодатель имел в виду именно приоритет судебного непосредственного исследования доказательств, когда, несмотря на наличие формального отступления от процессуального порядка, судебная интерпретация привела к осознанию силы и глубинной непорочности ранее исключенных сведений.

Формализация досудебного производства и беспощадное аннулирование его познавательных результатов, наверное, пригодны для особых видов производства, когда законодатель согласие обвиняемого с инкриминируемым обвинением заменил полноценное непосредственное исследование судом доказательств, подтверждающих такое обвинение. Но особое производство представляет собой исключение из общего порядка. Ориентироваться надо на базовое правило, а не на исключения из него. В реальности исключительные по замыслу особые виды производства переросли количественно обычный порядок рассмотрения дел. Следовательно, соотношение следственного и судебного доказывания в наших современных представлениях определяется исключительными, а не основными процедурами.

Законодатель требует проведения следственных действий при дознании в сокращенной форме, не веря в способность суда установить все обстоятельства содеянного (при отказе от особого порядка) непосредственно в суде. Отсюда общее преувеличение значимости проведенного следственного действия и соблюдения его формы (досудебной «консервации» доказательства). В этом же ряду нормативный шаг, когда, чтобы сберечь психику несовершеннолетних потерпевших и свидетелей,

их непосредственный допрос в суде заменяется просмотром видеозаписи следственного действия, т. е. начало непосредственности, формирующее судебное доказательство, ограничивается восприятием следственного доказательства.

Нуждается в корректировке разъяснение Пленума Верховного Суда РФ, согласно которому недопустимыми признаются доказательства, полученные «в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами»⁹⁴. В. Т. Томин обратил внимание, что институт недопустимых доказательств «вреден тем, что блокирует развитие средств доказывания»⁹⁵. Добавим к этому, что при некоторой гиперболизации такое разъяснение сдерживает применение также иных процессуальных действий по собиранию доказательств.

В заключение обозначим основные выводы.

1. *Формализация собирания доказательств в досудебном производстве, основными способами которого выступают предусмотренные законом следственные действия, самоценна. Детальная регламентация следственных действий служит гарантией качества получаемых сведений и обеспечения конституционных прав граждан, а также своеобразной компенсационной мерой, поскольку собирание доказательств в досудебном производстве осуществляется представителями не судебной, а полицейской власти и преимущественно без участия сторон. Вместе с тем происходящее возрастание значения судебного доказывания обязывает критично отнестись к сохраняющемуся доктринальному и нормативному отношению к детализации производства следственных действий как абсолютной и единственно верной тенденции, нуждающейся в постоянном поддержании и развитии.*

2. *Отсутствие в законе закрытого перечня следственных действий в настоящее время скорее позитивно, поскольку открывает простор для развития. Однако на современном этапе рождение и апробирование практикой новых следственных действий невозможно, поскольку не-санкционированное законодателем действие недопустимо. Важно осторожно подходить к переводу того или иного средства установления об-*

⁹⁴ О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 (п. 16). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁹⁵ Томин В. Т. К общей характеристике УПК РФ : мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2002. С. 50.

стоятельств преступления в разряд самостоятельных следственных действий. Делать это следует, когда образуется новое качество (например, проверка показаний на месте) или с большей надежностью обеспечиваются конституционные права участников процесса (наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, освидетельствование, личный обыск и др.). Статус следственного действия не только дает положительный результат, но и имеет побочные последствия, связанные с ограничением сферы применения заложенного в нем познавательного приема, искусственным (рукотворным) конфликтом с правилом о допустимости доказательств и, следовательно, запретом представления относимой информации суду (ст. 235 УПК РФ).

3. Приоритет состязательного судебного следствия (нормативно достигнут уже в настоящее время и в перспективе будет только возрастать) предполагает наряду с производством следственных действий более свободное получение органами расследования и судом относящихся к делу сведений, без ущерба для их достоверности и допустимости. Законодатель должен быть заинтересован в разумном развитии как системы следственных действий, так и иных процессуальных действий по собиранию доказательств.

Судебные действия по собиранию (формированию) доказательств должны регламентироваться самостоятельно без ссылки на порядок аналогичных действий в досудебном производстве.

4. Регламентация порядка истребования и представления доказательств (предметов и документов), осуществленная в ранге иного процессуального действия, позволит снять недоверие к данному способу собирания сведений, повысить его применяемость, а значит, реализацию права многих участников на представление доказательств. Разработанный порядок истребования и представления создаст возможность организовать параметры применения результатов ОРД, устранить незаконную подмену оперативно-розыскными мероприятиями следственных действий, когда это сопряжено с ограничением конституционных прав участников процесса. Наряду с ограниченной процессуализацией оперативно-розыскных познавательных приемов (когда не исключены ситуации возникновения основания для реализации такого приема только из материалов уголовного дела) целесообразно применять поручение на проведение ОРМ по предварительно полученному решению суда. Возможно использование опыта регламентации негласных следственных действий.

5. Институт исключения доказательств на предварительном слу-

шании, функционирующий без исчерпывающего нормативного перечня недопустимых доказательств, не в полной мере отвечает взгляду на судебное следствие как на самостоятельное и независимое от досудебного производства исследование обстоятельств дела. Стадия назначения и подготовки судебного разбирательства не ставит задачу проверки качества собранной совокупности доказательств и степени их достаточности для вывода о виновности лица, поэтому круг исключаемых доказательств должен быть строго ограниченным бесспорными фактами нарушения конституционных прав участников процесса.

§ 5. Иные процессуальные аспекты доказательственной деятельности следователя, направленные на обеспечение непосредственности судебного разбирательства

Предварительный характер досудебного производства (в определенной мере, можно сказать, подчиненный по отношению к судебному производству) предполагает, что собирание следователем доказательств должно сочетаться с обеспечением их дальнейшего использования. Доказательства необходимо не только зафиксировать в установленном порядке, но и сделать пригодными для судебной интерпретации в условиях противоборства сторон. Такая пригодность в значительной мере обусловлена специальными нормативными установлениями, однако немалую роль в этом играет личный подход следователя, использующего под подобным углом зрения общее регулирование.

Возьмем для примера участие понятых. Можно по-разному относиться к выражению «институт понятых — это институт недоверия следователю», но нельзя забывать, что дополнительный (пусть и искусственно созданный) очевидец какого-либо обстоятельства, имеющего значение для дела, востребован в состязательном судебном следствии. Само по себе участие понятых не делает доказательство однозначно достоверным (хотя их неучастие в случаях, когда таковое признано законом обязательным, приводит к потере доказательством свойства допустимости). Доверие или недоверие к сведениям возникнет у сторон и суда после допроса понятого в условиях судебного следствия. Показания понятого восстанавливают перед судом обстановку производства следственного действия, включая все наблюдавшиеся им моменты исследуемого события. Поэтому состоявшееся нормативное сокращение случаев обязательного участия понятых должно восприниматься не в качестве освобождения от излишнего бремени, а как создание простора для усмотрения, основан-

ного на прогнозе оценки доказательств в суде⁹⁶. Поддерживаем практику, когда руководители региональных следственных подразделений рекомендуют определенные следственные действия (например, осмотр места происшествия) по конкретным составам преступлений производить с участием понятых. Такой организационный шаг основан на изучении опыта непосредственного исследования протоколов следственных действий в судебном заседании. Предоставленная законодателем широкая свобода от обязанности приглашения понятых (из закона вытекает даже, что нереализованное по техническим причинам стремление заменить понятых применением видео- или аудиозаписывающей аппаратуры не приводит к безусловному признанию доказательств недопустимым) ограничивается потребностью представить это доказательство суду во всей его силе. Сделать это можно путем создания дополнительного числа очевидцев реальности, которая все дальше удаляется от времени судебного следствия, а также свидетелей, закрепляющих эту реальность действий следователя. Сказанное не означает, что понятой всегда (в любой ситуации) является потенциально более полезным для судебного познания обстоятельств дела. В каких-то случаях более информативной оказывается видеозапись или фотография. Безусловно только одно: приглашение понятых или применение технических средств не ставит точку в закреплении результатов следственного действия, а открывает дополнительные возможности их интерпретации в суде.

По-разному трактуется норма ч. 2 ст. 190 УПК РФ о порядке записи вопросов и ответов на них в протоколе допроса. В одних изданиях рекомендуется записывать все вопросы и ответы на них, поскольку в законе говорится, что «в протокол записываются все вопросы», в других выбор порядка записи вопросов и ответов полностью отнесен на усмотрение следователя. Ключ к правильному истолкованию нормы лежит в условии непосредственности судебного разбирательства, реализуемом применительно к заслушиванию показаний в вопросно-ответной форме. В протоколе судебного заседания отражаются вопросы (по крайней мере, обозначается, какой стороной или судом он задан) и ответы на них, что передает атмосферу состязательности судебного следствия. Данный подход следует взять за основу при составлении протокола следственного допроса. Выделение вопросов не является самоцелью и не несет полезной нагрузки

⁹⁶ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ки, если они представляют собой элемент обычного (уточнение сказанного, переход к другим аспектам) диалога. Принципиальные вопросы, отражающие базовые акценты стороны обвинения, целесообразно выделять. Здесь следователю необходимо предугадывать обстановку судебного следствия и пытаться задать вопросы, ответы на которые убедят судью и, возможно, присяжных заседателей в реальности тех или иных обстоятельств. Значение такого приема двоякое: допрашиваемый привыкает к постановке вопросов, их формулировка становится ему понятной; при оглашении записанных показаний стороны воспримут их в том же виде, что и при непосредственном допросе. Вопросы, исходящие от стороны защиты, желательно выделять в дословной записи. При их отсутствии следует делать отметку в протоколе. В основе такой рекомендации лежит понимание того, что с окончанием следственного допроса формирование показаний не завершается, напротив, их заслушивание, интерпретация и приобретение подлинной силы еще впереди.

Неокончателность следственного формирования показаний, к сожалению, не в полной мере учитывается при формулировании рекомендаций следователям и судам по оценке обоснованности продления меры пресечения. Так, принято считать, что в случаях, когда свидетели и потерпевшие допрошены, ссылаться на возможность обвиняемого повлиять на их позицию нельзя: показания закреплены. На самом деле у обвиняемого остается простор для воздействия на свидетелей и потерпевших, поскольку начало непосредственности судебного разбирательства относит записанные показания к резервным, оглашаемым только при наличии специальных условий. В связи с этим в постановлении о возбуждении ходатайства перед судом об избрании меры пресечения или продлении ее срока целесообразно привести конкретные обстоятельства, указывающие на различные проявления воздействия на допрошенных лиц в целях изменения их показаний в суде. Например, можно обратить внимание на агрессивную позицию обвиняемого по отношению к свидетелям и потерпевшим в ходе очных ставок. Надлежащим доводом может служить указание на отсутствие возможности организовать процедуру оспаривания обвиняемым данных против него показаний, что в случае неявки свидетелей в суд в результате оказанного воздействия делает уже полученные показания юридически неприменимыми.

Современное соотношение досудебного и судебного доказывания не в полной мере прослеживается в относительно новом институте восстановления уголовных дел. Согласно ч. 1 ст. 158¹ УПК РФ восстановление

уголовного дела или материалов, утраченных в ходе судебного производства, осуществляется по решению суда, направляемому руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для исполнения, т. е. производство возвращается на досудебные стадии. Законодатель не определяет момента утраты уголовного дела (не исключено, что судебное следствие находилось на завершающем этапе или суд перешел к прениям), не выражает своего отношения к понятию «материалы» (это может быть любая часть дела: отдельный протокол или отдельное постановление, совокупность процессуальных документов). Закон никаким образом не учитывает результатов состязательного судебного следствия, не сопоставляет совокупность доказательств, исследованную сторонами и судом в соответствии с требованиями непосредственности и устности, с письменными материалами утраченного досудебного производства. Не исключено, что следственные доказательства были преобразованы в доказательства судебные таким образом, что на следственные материалы в приговоре не будет ссылки. Так, показания свидетелей и потерпевших, данные в судебном следствии в том же объеме, что и в досудебном производстве, позволяют ограничиться судебными показаниями и не использовать следственные. Они исполнили свою роль в процессе доказывания и с учетом такого форс-мажорного обстоятельства, как утрата уголовного дела, в восстановлении не нуждаются. Аналогично обстоит дело с заключением и показаниями специалиста: показания специалиста, полученные в суде в условиях перекрестного допроса, в силу своей судебной природы фактически заменяют утраченное письменное заключение.

В соответствии с ч. 2 ст. 158¹ УПК РФ восстановление уголовного дела производится по сохранившимся копиям материалов уголовного дела и путем проведения процессуальных действий. Такие способы восстановления дела в принципе совпадают с судебными средствами доказывания, свойственны судебному следствию. Можно сказать по-другому: непосредственность судебного разбирательства — готовая к применению процедура восстановления утраченного уголовного дела или материалов. Подобное утверждение не означает, что восстановление уголовного дела или материалов должно входить в задачу суда. Речь идет о потенциальной возможности суда в отдельных случаях не возвращать дело в досудебное производство, а отнести этот вопрос на усмотрение сторон и суда, соотносясь с конкретной ситуацией. Возвращение уголовного дела в досудебное производство для его восстановления делает состоявшуюся часть судебного исследования доказательств непригодной для обоснования приговора без повторного непосредственного исследования материалов

незавершившегося судебного разбирательства. Императивность предписания закона о возвращении уголовно-процессуальной деятельности на досудебные стадии в случаях утраты уголовного дела или его материалов, по нашему мнению, может быть смягчена⁹⁷. Решение о полном или частичном восстановлении материалов уголовного дела, утраченных в судебном производстве, должно приниматься в каждом конкретном случае с учетом совокупности доказательств, собранных в судебном следствии. Отдельные промежуточные решения, принятые в досудебном производстве и оказавшиеся утраченными в момент рассмотрения дела в суде, могут быть восстановлены по решению суда путем истребования из органа предварительного расследования сохранившихся копий, в крайнем случае, посредством допроса следователя.

Важную связующую роль между досудебным и судебным доказыванием играет обвинительное заключение. Условно выделим в нем три составляющие: собственно обвинение (описание фактических обстоятельств содеянного и квалификация преступления), изложение доказательств, на которые ссылаются стороны, и список лиц, подлежащих вызову в суд. Содержащийся в обвинительном заключении обвинительный тезис определяет пределы судебного разбирательства по лицам (проводится только в отношении обвиняемого), квалификации (недопустимо применение закона о более тяжком преступлении) и объему вмененных фактических действий (фактическая сторона обвинения в приговоре не должна существенно отличаться от ее описания в обвинительном заключении, ухудшать положение подсудимого и нарушать его право на защиту). Что касается совокупности изложенных в заключении доказательств и списка лиц, подлежащих вызову на судебное заседание, то их влияние на границы судебного исследования обстоятельств дела не настолько жесткое, чтобы говорить о зависимости судебного доказывания от досудебного. Стороны и суд свободны в определении пределов

⁹⁷ Сказанное, на наш взгляд, подтверждается реальной ситуацией, связанной с утратой материалов уголовного дела на этапе его подготовки к апелляционному производству. На практике возник вопрос о порядке восстановления дела. Прямого регулирования в законе нет. Формальный подход подсказывал решение о поручении восстановительного производства органу расследования. Поступило экспертное мнение, что возвращение дела в досудебное производство для восстановления «отсечет» состоявшееся его рассмотрение в суде первой инстанции: приговор не может быть вынесен ранее повторного восстановительного процессуального действия следователя. Было предложено восстанавливать дело по решению суда «своими силами». Частично это было сделано путем запрашивания копий документов, частично — на основе условия непосредственности апелляционного производства.

непосредственного исследования доказательств (не связаны объемом доказательств, изложенных в обвинительном заключении)⁹⁸. Гипотетически можно представить ситуацию, когда судебное следствие полностью заменило следственные доказательства доказательствами судебными (не сформировало судебные доказательства на основе следственных, а, отказавшись от использования содержащихся в уголовном деле сведений, привлекло к делу новые сведения). Активность сторон в части заявления перед судом ходатайств об исследовании новых обстоятельств вмененного преступления посредством сведений из других источников сдерживается не формальными ограничениями, а возможностями суда в привлечении и исследовании таких сведений, оценкой их относимости, функцией суда в смешанном уголовном процессе. Определенного ответа на вопрос о том, сколько ходатайств представителей сторон, направленных на привлечение новых доказательственных сведений, вправе удовлетворить суд, не существует. В бытность института направления уголовного дела для дополнительного расследования водораздел между возвращением дела и восполнением неполноты доказательств устанавливался таким относительно определенным критерием, как отсутствие у суда возможности самостоятельно установить дополнительные обстоятельства.

По действующему регулированию, основанному на правовой позиции Конституционного Суда РФ, суд вправе вернуть дело прокурору для усиления обвинения (п. 6 ч. 1 ст. 237 УПК РФ). По нашему мнению, такое возвращение из стадии судебного разбирательства возможно только в случае безусловного установления судом обстоятельств, которые

⁹⁸ Можно обратить внимание на определенную связанность суда списком лиц, подлежащих вызову в суд. Назначая судебное заседание, судья решает вопрос о вызове на судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами (п. 4 ч. 2 ст. 231 УПК РФ). При наличии ходатайства о вызове дополнительных лиц судья формулирует распоряжение об их вызове. Что касается инициативы суда в вызове дополнительных лиц, то, с одной стороны, официально разъяснено, что «судья вправе после изучения материалов дела и при наличии к тому оснований по собственной инициативе вызвать в судебное заседание других лиц, необходимых для рассмотрения уголовного дела», с другой — приводится пример, фактически это разъяснение дезавуирующий: «...например, для допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования» (*О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному заседанию* : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 (п. 8)). Считаем, что для вызова эксперта, не включенного в список, дополнительного разъяснения не требуется, поскольку это следует из сути начала непосредственности судебного разбирательства.

свидетельствуют о совершении подсудным более тяжкого преступления. Это подтверждает право суда и возможности судебного следствия по непосредственному установлению обстоятельств дела, не выявленных в досудебном производстве.

Несмотря на автономность совокупности доказательств, собранных судом, порядок описания доказательств в обвинительном заключении существенен, что подтверждается его корректировкой в действующем законе. В первоначальной редакции было сказано, что в обвинительном заключении следователь указывает «перечень доказательств, подтверждающих обвинение» и «перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты» (пп. 5, 6 ч. 1 ст. 220 УПК РФ). На фоне предшествующего опыта, когда по сложившемуся обыкновению следователь раскрывал содержание доказательств, сопоставлял их и давал мотивированную оценку их достоверности, такой подход казался шагом назад. Объяснение у разработчиков нового закона было простое: суд не должен составлять представление об обстоятельствах дела по концентрированным выводам следователя; обстоятельства содеянного суд обязан познавать на основе сведений, непосредственно исследованных в судебном следствии. Задача понятная — «оторвать» суд от позиции органа преследования, позволить ему сформировать внутреннее убеждение на основе исследованного в условиях состязательности сторон⁹⁹. Идеальность такого предположения не выдержала проверки практикой: сначала прокуроры требовали прилагать к новой форме обвинительного заключения справку, в которой доказательства описывались по прежним правилам, затем Верховный Суд РФ разъяснил, что под перечнем доказательств все же надо понимать не только их перечисление, но и раскрытие содержания, наконец, законодатель дополнил указанные выше положения закона словами «и краткое изложение их содержания». К исходному (по нашему мнению, оптимальному) положению мы не вернулись. Обозначенные сомнения,

⁹⁹ Косвенным подтверждением наличия случаев неприемлемой зависимости суда от обвинительного заключения, от которой хотели уйти разработчики законопроекта, является официальное разъяснение судам о недопустимости перенесения «в приговор показаний допрошенных по уголовному делу лиц и содержания других доказательств из обвинительного заключения или обвинительного акта без учета результатов проведенного судебного разбирательства» (О судебном приговоре : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 (п. 8)). Возникает ощущение неловкости, что высший судебный орган посчитал нужным сделать акцент на недопустимости того, чего не должно быть в силу природы судебной деятельности.

обусловленные разными интересами и идеологией заинтересованных лиц и ведомств, а иногда и случайными факторами, ослабили в обвинительном заключении позицию следователя, его оценку личности обвиняемого и других участников, что лишило суд восприятия всего того, что непосредственно познал следователь в ходе длительного наблюдения участников процесса. Уточним, что сожалеем не о том, что суд не может опереться на сформировавшуюся позицию следователя и тем самым исказить смысл своего предназначения, а о том, что для него становится недоступным дополнительный источник сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, полученных путем включенного (непосредственного) наблюдения. О таких обстоятельствах мы вели речь, когда обосновывали предмет показаний следователя в судебном заседании.

Настраиваясь на предстоящий состязательный судебный процесс в обвинительном заключении, целесообразно детальнее, чем это обычно происходит, расписывать оправдательные доказательства и давать им оценку. Сила обвинительного заключения состоит не в сосредоточении исключительно обвинительных доказательств и умалчивании оправдательных, а в представлении тех и других с оценкой их свойств и обоснованием выводов¹⁰⁰. При таком подходе итоговый документ розыскного досудебного производства приблизится к форме и содержанию итогового решения судебного производства. Мотивированное обвинительное заключение облегчает исследование и оценку судьей письменных материалов дела, рассматриваемого в особом порядке без непосредственного исследования доказательств.

¹⁰⁰ Опасение оправдывающих сведений проявляется и в частности. Так, фактическое основание предъявления для опознания следователи, как правило, связывают с возможностью узнавания опознающим объекта, ссылаясь на положение ч. 2 ст. 193 УПК РФ, где говорится, что опознающие предварительно допрашиваются о приметах и особенностях лица или предмета, по которым они могут их опознать. При подобном подходе предъявление для опознания становится следственным действием с заранее предопределенным результатом. На самом деле основание предъявления для опознания должно трактоваться иначе: это сведения о том, что участник процесса наблюдал определенное лицо или объект, и установление тождества или различия этого лица или объекта с другим лицом или объектом имеет значение для дела. При наличии таких сведений следователь не должен отказывать защитнику в удовлетворении ходатайства, например, о предъявлении его доверителя для опознания потерпевшему по мотивам неуверенности в результате. Информация о том, что потерпевший не может опознать подсудимого, все равно будет исследоваться и оцениваться в судебном следствии.

Ориентирование досудебного доказывания на атмосферу и обстановку судебного доказывания заставляет вернуться к вопросу о полномочиях прокурора при надзоре за исполнением законов органами предварительного следствия.

В контексте начала непосредственности судебного разбирательства нелогичным выглядит существенное сокращение полномочий прокурора при надзоре за исполнением законов органами предварительного следствия¹⁰¹. Функция уголовного преследования реализуется непрерывно, начинаясь в досудебном производстве и завершаясь в суде. Осуществляя уголовное преследование как самостоятельное направление деятельности органов прокуратуры, прокурор, по возможности, должен непосредственно воспринимать собранные по делу доказательства, участвовать в допросах обвиняемого, потерпевшего, свидетелей, чтобы хорошо знать не только содержание их показаний, но и черты характера, психолого-психические особенности и другие личностные качества. От этого зависят представление доказательств в судебном заседании, противодействие стороне защиты, стремящейся их опорочить. В большинстве случаев надзор за исполнением законов органами предварительного следствия и поддержание государственного обвинения осуществляют разные представители прокуратуры, но все же это представители одного органа, должное взаимодействие внутри которого наладить значительно легче.

Понимание особенностей формирования судебных доказательств в условиях реальной состязательности сторон проявляется в рекомендациях, даваемых представителям прокуратуры, поддерживающим обвинение в суде. В частности, предлагается приглашать потерпевшую по делам об изнасиловании на беседу, предваряющую показания в суде, для того чтобы преодолеть психологический барьер и получить правдивые показания; предвидя возможную дискредитацию показаний свидетеля путем опорочивания самого источника за счет внесения сомнений в его психической полноценности, заранее, еще на предварительном слушании, заявить ходатайство о производстве судебно-психиатрической экспертизы такого свидетеля¹⁰². Нам импонирует мнение авторов, призывающих сторону обвинения не бояться неудобных для обвинения фактов

¹⁰¹ *О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»* : федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰² *Кисленко С.* Сохранение прокурором доказательственного потенциала обвинительной позиции в процессе поддержания государственного обвинения // *Законность.* 2018. № 11. С. 27–29.

и не уклоняться от их интерпретации¹⁰³. Последнее суждение, на наш взгляд, выходит за границы частной рекомендации для обстановки судебного разбирательства, оно очерчивает одно из магистральных направлений оптимизации досудебного производства в плане приближения его условий к состязательному судебному следствию¹⁰⁴.

Таким образом, подведем итог изложенного.

1. В силу различных обстоятельств, predeterminedных разностью сущностей предварительного расследования и судебного разбирательства, досудебное производство происходит в правовой и психологической атмосфере, не совпадающей с обстановкой судебного заседания. Это объективная данность, с которой следует считаться. Вместе с тем в некоторых ситуациях досудебное производство может и должно ориентироваться на порядок судебного слушания, характеризующийся состязательностью сторон и непосредственным исследованием обстоятельств вмененного подсудимому преступления.

2. Отнесение законом следователя и руководителя следственного органа к стороне обвинения, опасение возвращения судом уголовного дела прокурору, обусловленное ведомственной обстановкой, стереотипное мышление законодателей и правоприменителей приводят к направлению в суд дел, в которых имевшие место спор сторон или публичная активность органов расследования в пользу стороны защиты представлены в минимальном виде. Расчет состоит в демонстрации беспорочности обвинения. Однако в ходе судебного разбирательства (проводимом не только в общем порядке, но при правильном понимании и в особом) суд

¹⁰³ Мариинская Н. Методика представления доказательств стороной обвинения в суде с участием присяжных заседателей // Законность. 2018. № 1. С. 23 ; Кисленко С. Указ. соч. С. 30.

¹⁰⁴ Среди множества положительных примеров, почерпнутых автором данных строк в период участия в отправлении правосудия в качестве народного заседателя, особо запомнилась своей поучительностью методика допроса, применявшаяся одним из судей Омского областного суда. Получив в целом признательные показания подсудимых, обвинявшихся в совершении тяжких преступлений, он продолжал задавать вопросы, провоцировавшие подсудимых занять иную позицию, приуменьшить свою роль в совершении преступления или вообще исключить вину. Логику своих действий судья объяснил просто: не надо бояться изменения подсудимым показаний, в том числе сообщения оправдывающих сведений, в арсенале суда оценка показаний и всей собранной совокупности доказательств; чем больше доводов прозвучит в защиту подсудимого, тем объективнее и обстоятельнее будет мотивировочная часть приговора, обосновывающая выводы суда. Читатели могут сравнить этот опыт с обстановкой досудебного производства и задаться вопросом о том, в каком документе следователь может проанализировать противоречивые показания и выразить к ним свое отношение.

основывается не на выводе органов преследования, а проходит свой путь в познании обстоятельств дела в условиях активности сторон. Объективно бóльший объем оправдывающих аргументов в судебном следствии по сравнению с письменными материалами дела создает не всегда справедливое впечатление о предвзятости органов расследования.

3. Формируя доказательства, следовательно целесообразно представлять условия их использования. В частности, важно собрать сопутствующие сведения, позволяющие противодействовать дискредитации доказательства в суде.

4. Существенное ограничение властно-распорядительных полномочий прокурора, реализуемых в ходе предварительного следствия, делает разность условий участия прокурора в досудебном производстве и в судебном следствии еще более рельефной и не способствует эффективному представлению и исследованию доказательств в условиях противоборства сторон.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Непосредственность судебного разбирательства в российском уголовном процессе выступает одновременно историческим явлением, поскольку при любом нормативном регулировании определяет сущностные черты судоговорения, и важнейшим элементом современного уголовного процесса, а также целью описания (как ее оптимальная модель) в будущем законодательстве. Непосредственность судебного разбирательства в разные периоды была неодинаковой по степени выраженности. Непосредственность не может быть абсолютной, если иметь в виду личное познание судом с участием сторон реальности. В смешанном уголовном процессе познавательная деятельность суда следует за уже состоявшимся следственным познанием. Перед судом лежит расследованное уголовное дело, выводы по которому надо проверить, пройдя, по возможности, весь путь с самого начала. Задача суда состоит в том, чтобы прикоснуться к первоисточникам большинства доказательств.

Отнесение к компетенции суда многих вопросов, ранее разрешаемых другими правоохранительными органами, при возросших требованиях к глубине непосредственности в главном судебном разбирательстве привело к нормативному сужению ее сферы. Получилось по принципу «нельзя все делать одинаково хорошо». Законодатель вынужден ввести, а затем постоянно расширять особые порядки судебного разбирательства, свободные от начала непосредственности. Поколению юристов, участвовавших в советском уголовном процессе, трудно согласиться с его современной критикой в части зависимости суда от органов преследования. От обучающихся ускользает тот факт, что по УПК РСФСР каждое уголовное дело рассматривалось в условиях непосредственного исследования доказательств при участии народных заседателей. Формально уровень непосредственности был ниже, но уголовных дел, в которых она не предусматривалась в принципе, просто не существовало.

Современная ситуация характеризуется разрывом между высоким уровнем декларирования непосредственности судебного разбирательства и недостаточным уровнем ее «рабочего» состояния. Глава 37 «Судебное следствие» УПК РФ качественно (за исключением роли суда) не отличается от соответствующей главы предшествующего Кодекса. Реализация начала непосредственности требует эксклюзивного инструментария, затрат сил и времени, активности сторон. Работать в условиях непосредственного исследования доказательств — большая ответственность для суда.

Судебное рассмотрение уголовного дела, как правило, невозможно без предварительного исследования обстоятельств содеянного, поэтому законодателю и исследователям не стоит пренебрегать деятельностью следователя, принижая ее значение и порой демонизируя следствие, не нужно дистанцироваться от досудебного производства, а, напротив, необходимо искать с ним точки соприкосновения и способы взаимодействия при организации непосредственного исследования доказательств. Встречающиеся в высказываниях пренебрежение досудебным производством, высокомерный тон в отношении органов преследования не добавляют объективности судебному разбирательству. Предварительное расследование необходимо «развернуть» в сторону суда, нацелить на обеспечение судебного исследования доказательств в каждом деле. Органы предварительного расследования не следует «ослаблять» отсутствием судебного контроля в особом порядке судебного разбирательства. Отказ от полного непосредственного исследования всех материалов дела должен исходить только от суда на основе ходатайства и соглашения сторон.

ОГЛАВЛЕНИЕ

| | |
|--|-----|
| Введение | 3 |
| § 1. Непосредственность как общее условие судебного разбирательства | 7 |
| § 2. Нормативные изъятия из начала непосредственности судебного разбирательства | 61 |
| § 3. Обеспечение следователем права преследуемого лица оспаривать полученные по уголовному делу доказательства как условие их использования без непосредственного исследования в судебном заседании. | 83 |
| § 4. Подходы к развитию системы следственных действий, совершенствованию порядка их производства, а также использованию полученных результатов с учетом приоритета судебного доказывания. | 108 |
| § 5. Иные процессуальные аспекты доказательственной деятельности следователя, направленные на обеспечение непосредственности судебного разбирательства | 121 |
| Заключение | 132 |

Учебное издание

Кальницкий Владимир Васильевич

НЕПОСРЕДСТВЕННОСТЬ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
И ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ
РАССЛЕДОВАНИЯ

Редактор А. Н. Великих

Корректор М. В. Виноградова

Технический редактор П. В. Ярославцева

ИД № 03160 от 02 ноября 2000 г.

Подписано в печать 01.07.2019. Формат 60×84/16. Бумага офсетная № 1.

Усл. печ. л. 7,9. Уч.-изд. л. 7,1. Тираж 100 экз. Заказ № 126.

Редакционно-издательский отдел
Отделение полиграфической и оперативной печати
644092, г. Омск, пр-т Комарова, д. 7