ФЕДЕРАЛЬНОЕ АГЕНТСТВО ПО ОБРАЗОВАНИЮ
ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

С.А.Шейфер

СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ. ОСНОВАНИЯ, ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК И ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ

Издательство «Самарский университет»
2004

СЛОВО ОБ АВТОРЕ

Семен Абрамович Шейфер родился 28 декабря 1924 года в городе Пензе. Жизнь С.А.Шейфера неразрывно связана с историей страны, полна ярких, порой драматических событий, кропотливого повседневного труда, тяжелых испытаний и выдающихся творческих удач. Юность пришлась на годы Великой Отечественной войны, когда он в 1941 году по окончании 9 классов начал свою трудовую биографию на одном из оборонных заводов. Детская мечта стать юристом привела его в первые послевоенные годы в Саратовский юридический институт, который он блестяще окончил в 1950 году. В студенческие годы сформировалось стремление заниматься научной работой, к которой он проявил незаурядные способности, отмеченные как преподавателями, так и сокурсниками, многие годы спустя вспоминавшими молодого С.А.Шейфера как исключительно яркую личность, остроумного и приветливого человека, как «ходячую энциклопедию».

В послевоенные годы страна прежде всего нуждалась в высококвалифицированных юристах-практиках, и С.А.Шейфер с 1950 по 1963 год работал в органах прокуратуры: сначала следователем прокуратуры Бессоновского и Нико-Пестравского районов Пензенской области, затем старшим следователем прокуратуры Пензенской области, прокурором и начальником следственного отдела прокуратуры области. В эти годы, по-прежнему проявляя глубокий интерес к уголовно-процессуальной теории, С.А.Шейфер заочно обучается в аспирантуре Всесоюзного заочного юридического института.

В 1963 году С.А.Шейфер защитил написанную без отрыва от практической работы кандидатскую диссертацию на одну из наиболее актуальных как в те годы, так и сейчас тем – «Прекращение уголовного дела в советском уголовном процессе».

После защиты кандидатской диссертации он переходит на преподавательскую работу: с 1963 по 1975 год – в должности доцента Куйбышевского факультета ВЮЗИ, с 1975 года – в Самарском государственном университете. В настоящее время – заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Самарского госуниверситета.

В 1982 году С.А.Шейфер защитил докторскую диссертацию «Методологические и правовые проблемы собирания доказательств в советском уголовном процессе», в 1983 году ему присвоено ученое звание профессора, в 1991 году – почетное звание заслуженного юриста РФ, в 1999 году он награжден Орденом Почета, а в 2001 году избран почетным профессором Самарского государственного университета. Научную работу С.А.Шейфер все эти годы сочетает с общественной деятельностью. Его знания и опыт были использованы в работе Совета по судебной реформе при Президенте России, в областной комиссии по помилованию. С.А.Шейфер руководит созданной им кафедрой - сплоченным и работоспособным коллективом единомышленников, постоянно пополняемым молодыми кадрами и широко известным в России как одна из ведущих уголовно-процессуальных школ.

Семен Абрамович по праву признается автором отечественной теории следственных действий. По его книге «Следственные действия. Система и процессуальная форма», изданной в 1981 году издательством «Юридическая литература, а в 2001 году переизданной издательством «Юрлитинформ», училось не одно поколение российских юристов. С.А.Шейфер

является соавтором учебника «Криминалистика. Общая часть» (М.: Юристъ, 2000) и двух Комментариев к уголовно-процессуальному кодексу РФ (М., 2002, 2003), автором более 170 научных работ.

Своим учителем профессора С.А.Шейфера с полным основанием считают не только выпускники вузов, где он работал, - следователи, прокуроры, судьи, адвокаты, кандидаты и доктора юридических наук, но и многие научные и практические работники по всей России и за ее пределами.

Блестящий интеллект, неуемная жизненная энергия, целеустремленность и высокая требовательность к себе и окружающим, большое личное обаяние – главные качества профессора С.А.Шейфера, снискавшие ему заслуженное уважение руководителей и рядовых сотрудников правоохранительных органов, судей и адвокатов, студентов и преподавателей университета, известных и начинающих ученых. Высокий престиж Самарского государственного университета среди юридических вузов России во многом обусловлен тем, что здесь работает Семен Абрамович Шейфер – выдающийся ученый, яркая личность, талантливый организатор. Принадлежность к школе профессора Шейфера – показатель высокого профессионализма, залог успеха в науке для многих его благодарных учеников.

Доктор юридических наук А.А.Тарасов.
Доктор юридических наук, профессор В.А.Лазарева

ПРЕДИСЛОВИЕ

Данная работа продолжает предпринятый ранее автором анализ следственных действий, рассматриваемых в качестве способов получения доказательств. Результаты исследований были изложены в ряде книг, последняя из которых «Следственные действия. Система и процессуальная форма» опубликована в 2001 году издательством «Юрлитинформ». Эта книга, поскольку в ней освещены наиболее существенные черты, присущие всем следственным действиям, представляет собой теоретический фундамент предлагаемой работы.

Новая книга, как видно из ее названия, отличается от предыдущей тем, что в ней подвергнуты анализу отдельные следственные действия, образующие систему, каждое из которых освещается по схеме: познавательная структура, основания проведения, процессуальный порядок, фиксация и доказательственное значение полученных результатов. На основе познавательной характеристики каждого следственного действия подчеркнуты различия между ними, важные для правильного выбора нужного действия. Эти вопросы в предыдущей книге освещены в обобщенной форме, без рассмотрения специфики каждого из них. Разумеется, автор учел и многочисленные работы других исследователей, посвященные конкретным приемам доказывания. Приняты во внимание и результаты осуществленных под руководством автора исследований обоснованности проведения следственных действий.

Другая особенность новой работы в том, что она выполнена на основе Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, принятого 21 ноября 2001 г., в то время как книга, изданная в 2001 году, готовилась в условиях, когда этот закон в окончательной редакции еще не был принят и находился в стадии активного обсуждения юридической общественностью. УПК РФ внес достаточно существенные изменения в правовую регламентацию следственных действий, усилил гарантии прав участвующих в них лиц, что учтено в предлагаемой работе. Это же относится и к Федеральному закону «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» от 31 мая 2001 г. В то же время обращено внимание на проблемы, нередко возникающие в практике применения новых законоположений.

Чтобы придать работе необходимую органичность, в нее включены две главы: «Понятие следственного действия» и «Система следственных действий», которые воспроизводят в сжатом виде соответствующие разделы книги, изданной в 2001 году. Но и эти главы существенно переработаны на основе нового законодательства.

Еще одна особенность работы – она выполнена в русле уголовно-процессуальных отношений, сопровождающих проведение следственных действий. В ней не рассматриваются многие тактические аспекты темы, несомненно важные для эффективной организации и проведения допроса, осмотра, обыска и т.д., но относящиеся к предмету криминалистики. Такие аспекты затронуты лишь в той мере, в какой они необходимы для углубленного анализа темы (система, классификация, выбор следственного действия, оптимальные приемы осуществления познавательных операций и их удостоверения). Такой подход позволил автору сосредоточиться в первую очередь на процессуальных и в том числе доказательственных аспектах проведения следственных действий.

Таким образом, работа имеет основным предметом две большие подотрасли уголовно-процессуального права: предварительное расследование и доказательственное право в части, связанной с собиранием доказательств.

Работа предназначена ученым-юристам, студентам, аспирантам и всем, кто интересуется проблемами уголовно-процессуальной деятельности. Она также адресована следователям и прокурорам, осуществляющим практическое доказывание, и рассчитана на то, чтобы помочь им разобраться в вопросах, решение которых сопряжено с определенными трудностями, а порой и с ошибками, ибо предотвращение таких ошибок – важная задача науки и практики.

Автор

ГЛАВА 1.

ПОНЯТИЕ СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ: ПОЗНАВАТЕЛЬНЫЙ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТЫ

§1. ПОЗНАВАТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ

До принятия УПК РФ термину «следственные действия» в ранее действовавшем УПК РСФСР придавался различный по объему, более или менее широкий смысл. Например, согласно п. 4 ст. 211 УПК РСФСР, прокурор имел право поручить органу дознания исполнение постановлений о приводе, заключении под стражу, розыске, выполнение «других следственных действий». Здесь этот термин применялся для обозначения действий, носящих не только познавательный характер. Называя такие действия следственными, законодатель исходил из субъекта процессуальной деятельности и считал, что так надлежит именовать все процессуальные действия, осуществляемые следователем[1]. В других случаях, когда акцент делался на познавательный аспект, следственными именовались лишь те действия, которые служили способами исследования обстоятельств дела и установления истины. Так, ст. 109 УПК РСФСР, допуская в стадии возбуждения уголовного дела получение объяснений и истребование документов, категорически запрещала производство следственных действий, явно понимая под ними иное - допросы, обыски и другие способы собирания доказательств.

Соответственно этому ученые-процессуалисты различно трактовали термин «следственное действие». Например, А.М. Ларин, И.Ф. Герасимов и многие другие ученые, исходя из субъекта деятельности, считали, что все, что делает следователь во исполнение требований уголовно-процессуального

[1] Говоря о следователе здесь и в дальнейшем изложении мы имеем в виду и дознавателя, управомоченного на проведение следственных действий, а также прокурора и начальника следственного отдела, принявших на себя проведение следственных действий.

закона, есть следственные действия. Это – широкая трактовка данного термина, ставящая знак равенства между следственными и процессуальными действиями[2].

Другие исследователи полагали, что термин «следственный» надо трактовать не через субъекта, а через содержание деятельности. В ряде случаев (осмотр, допрос, следственный эксперимент и др.) деятельность следователя носит ясно выраженный исследовательский характер. Поэтому многие ученые (И.Е. Быховский, Г.А. Абдумаджидов, А.Н. Гусаков и др.) трактуют следственные действия как инструмент доказывания, способ получения доказательств, относя таким образом к следственным лишь часть процессуальных действий, носящих познавательный характер. Это, можно сказать, узкая трактовка следственных действий[3].

Принятый 22 ноября 2001 г. новый УПК РФ занимает в этом отношении более определенную позицию. Хотя в ст. 5, раскрывающей значение основных понятий, используемых в УПК, не дается трактовки термина «следственное действие», в п. 32 этой статьи раскрывается понятие «процессуальное действие». Это следственное, судебное и иное действие, предусмотренное законом. Здесь законодатель отграничивает следственные действия от иных, предусмотрен-

[2] Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. М.: Юрид. лит., 1970. С. 147-150; Герасимов И.Ф. Некоторые проблемы раскрытия преступлений. Свердловск: СЮИ, 1975. С. 64-70. Такой же взгляд излагается и в современной литературе. См.: Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под ред. К.Ф. Гуценко. М.: Зерцало, 1998. С. 206; Уголовный процесс России / Под ред. З.Ф. Ковриги и Н.П. Кузнецова. Воронеж: ВГУ, 2003. С. 215.

[3] Быховский И.Е. Развитие процессуальной регламентации следственных действий // Советское государство и право. 1972. №4. С. 108; Гусаков А.Н. Следственные действия и тактические приемы: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973. С. 8; Абдумаджидов Г.А. Проблемы совершенствования предварительного расследования. Ташкент: Фан, 1975. С. 8-15. В современной литературе такой позиции придерживаются многие исследователи, в частности А.Б.Соловьев, В.П. Божьев, А.А. Чувилев, В.А. Исаенко, В.В. Кальницкий, А.П. Рыжаков.

ных законом, т.е. процессуальных. Следственные действия рассматриваются как часть процессуальных действий, выделенная, надо полагать, по признаку своей познавательной направленности[4].

Также и термин «неотложные следственные действия» трактуется в п. 19 ст. 5 УПК как действия, «осуществляемые органом дознания после возбуждения уголовного дела... в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования». Здесь наряду с хронологическим аспектом понятия четко фиксируется познавательный аспект – следственными являются действия по получению доказательств. Соответственно ст. 164 и 166 УПК, регламентирующие порядок проведения и протоколирования следственных действий, также имеют в виду получение доказательств[5]. В главах 24-27 УПК регламентируются лишь следственные действия познавательного характера. Нас термин «следственное действие» интересует именно в более узком смысле, когда под ним понимаются действия, посредством которых осуществляется доказывание.

[4] Не вполне точным является указание п. 32 ст. 5 на то, что процессуальное действие – это «судебное или иное действие», предусмотренное УПК. Все действия, осуществляемые в судебном разбирательстве, – процессуальные, поэтому термин «судебные действия», будучи равнозначным термину «процессуальные действия», не раскрывает специфику познавательной деятельности, осуществляемой в суде. На наш взгляд, все познавательные действия, осуществляемые в судебном разбирательстве, следует также именовать следственными. Иной подход порождает неустранимую путаницу, вызванную тем, что «судебные действия» невозможно отделить от «иных процессуальных действий».

[5] Но в этих нормах допущена и определенная неточность, поскольку в перечне следственных действий, производимых в соответствии с п. 9 ст. 29 УПК только с разрешения суда, упоминается наложение ареста на имущество. Между тем это действие носит не познавательный, а организационно-распорядительный характер, что подтверждается включением его не в главы 24-27 УПК (наряду с допросом, осмотром, обыском и т.д.), а в главу 14 «Иные меры процессуального принуждения» (подробнее § 1 гл. 2).

Однако и те ученые, которые относят к следственным процессуальные действия познавательного характера, несколько упрощают это понятие, видя его содержание в собирании и закреплении доказательств. Так, в одном из последних учебников по уголовному процессу говорится: «Следственными действиями именуются действия по собиранию доказательств». Сходное представление – «следственными называются такие процессуальные действия, целью которых является получение доказательств», изложено в другом учебнике[6].

Правильно определяя цель следственного действия – получение доказательств, подобные трактовки оставляют в тени способ, которым эта цель реализуется, не разъясняют, каким же образом в результате проведения следственного действия следователь получает доказательства.

Прежде чем дать ответ на этот вопрос, выясним познавательный аспект следственного действия, т.е. способ, благодаря которому информация, обнаруженная следователем, преобразуется в доказательство.

Познавательная сторона следственного действия состоит в том, что в результате его проведения следователь получает фактические данные, сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию по делу. Полученные законным способом и зафиксированные в предусмотренной форме, эти дан-

[6] Уголовно-процессуальное право/ Под ред. П.А. Лупинской. М.: Юристъ, 2004. С. 390; Уголовный процесс / Под ред. И.Л. Петрухина. М.: Проспект, 2001. С. 26. Схожие определения находим и в другой учебной литературе. См.: Якупов Р.Х. Уголовный процесс. М.: Зерцало, 1998. С. 244, 245; Уголовный процесс: Курс лекций / Под ред. В.И. Рохлина. СПб.: Сентябрь, 2001. С. 93; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ/ Под ред. В.В. Мозякова. М.: Экзамен, 2002. С. 382; Безлепкин В.Г. Уголовный процесс России: Учебник. М.: Проспект, 2003. С. 248, а также в известной работе Ф.Н. Фаткуллина «Предварительное следствие в советском уголовном процессе» (М.: Юрид. лит., 1965. С. 108).

ные становятся доказательствами. Под таким углом зрения следственное действие представляет собой способ собирания доказательств.

Однако в начальный момент доказывания предметом познавательной деятельности следователя являются не доказательства. Изначально в природе доказательства, а именно показания, заключения эксперта, протоколы следственных действий и т.д. (ч. 2 ст. 74 УПК), не существуют и существовать не могут. Объективно отражаясь в окружающем мире, исследуемое событие оставляет в окружающей обстановке лишь следы: материальные – на предметах и идеальные – в сознании будущих свидетелей, обвиняемых, подозреваемых, потерпевших. Но следы – это еще не доказательства, ибо информации, содержащейся в них, еще предстоит быть выявленной, обрести требуемую законом процессуальную форму, т.е. преобразоваться в доказательства.

Производя следственные действия, следователь обнаруживает эти следы, извлекает содержащуюся в них и относящуюся к делу информацию (оставляя без внимания то, что к делу не относится), преобразует ее в своем сознании и фиксирует в процессуальных актах. Если образование следов является результатом отражения события в окружающей среде, то собирание доказательств, как познавательная деятельность, – тоже отражательный процесс, своеобразное «вторичное отражение» исследуемого события, но на этот раз в сознании познающего субъекта, а затем - в материалах дела.

Поскольку отражение – это всегда преобразование отражаемого, то и доказательство – тоже результат определенного преобразования следов, осуществляемого в ходе допроса, осмотра, любого другого следственного действия. Достаточно сказать, что протокольное описание, фото- и видеосъемка места происшествия – это не само место происшествия, так же как устное сообщение свидетеля – это не образы событий, хранимые им в своей памяти. Не составляют исключения и материальные предметы, становящиеся затем вещественным доказательством или документом. В ходе осмотра, обыска, выемки они отделяются от окружающей обстановки, а имеющая доказательственное значение связь этих предметов с обстановкой воспроизводится в материалах дела не в своей первоначальной форме, а в виде описания, фотосъемки и т.п. Таким образом, допрос, осмотр, следственный эксперимент, предъявление для опознания и т.д. – это активные действия следователя по **формированию** доказательств[7]. Формирование здесь следует понимать отнюдь не как произвольную фабрикацию доказательств, а как придание им надлежащей процессуальной формы[8].

Для характеристики познавательной стороны следственного действия важно выяснить, каким образом происходит отражение следов преступления в материалах уголовного дела. В теории познания обстоятельно изучены методы научного познания эмпирического («фактофиксирующего») уровня. Это наблюдение, сравнение, моделирование, экспе-

---

[7] Сформулированное много лет тому назад представление о том, что доказательства не «собираются», а «формируются» (См.: Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. М., 1972. С. 7, 15, 16), ныне разделяется многими исследователями. См., например: Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев, 1984. С. 10; Белкин А.Р. Теория доказывания. М.: Норма, 1999. С. 12; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов ОРД. М.: Спарк, 1996. С.30; Соловьев А.Б. Доказывание по УПК РФ (досудебные стадии). М.: Юрлитинформ, 2003. С. 9; Победкин А.В., Яшин В.Н. Следственные действия. Тула, 2003. С. 5; Уголовный процесс: Учебник для вузов / Отв. редактор А.В. Гриненко. М.: Норма, 2004. С. 206 и др.

[8] В дальнейшем изложении для обозначения процесса получения доказательств мы будем употреблять термин «собирание доказательств», прочно утвердившийся в юридической лексике и используемый законодателем (ст. 86 УПК), помня при этом, что речь идет о преобразовании информации, заключенной в следах, в доказательства в уголовно-процессуальном смысле.

римент, описание. В социологии широко используется метод опроса («интервью»). Все эти методы (назовем их познавательными операциями) нетрудно обнаружить в правилах проведения следственных действий. Во многих нормах, регулирующих производство следственных действий, содержатся правила применения различных познавательных приемов. Например, из смысла ст. 176-178, 180 видно, что осмотр и освидетельствование – это наблюдение. В нормах об осмотре, обыске, следственном эксперименте усматривается возможность измерений, ст. 181 УПК упоминает о воспроизведении обстановки и обстоятельств события и опытных действиях; нормы, посвященные допросу и назначению экспертизы, регламентируют постановку вопросов допрашиваемым и экспертам, а нормы, регламентирующие содержание протоколов (ст. 166, 167 и др.), содержат правила описания хода и результатов следственного действия.

Наблюдение, сравнение, измерение, моделирование, эксперимент, опрос, описание – это общенаучные универсальные методы познания, применяемые в уголовном процессе в предусмотренной законом форме. Они-то и составляют познавательную основу любого следственного действия. Наблюдая следы события, следователь активно исследует их посредством измерения, сравнения, моделирования; назначая экспертизу, допрашивая свидетеля, следователь прибегает к постановке вопросов. Это дает возможность исследовать объект с разных сторон, получить информацию, недоступную пассивному восприятию. Под таким углом зрения наблюдение, эксперимент, опрос и другие методы научного познания выступают как практические познавательные действия, производимые следователем по особым правилам.

Методам уголовно-процессуального познания в правовой литературе уделено достаточное внимание (труды Р.С. Белкина, И.М. Лузгина, Н.А. Якубович и других авторов). В то

же время требуют уточнения пределы применения отдельных методов, так как именно здесь возникает много неясностей, порой влекущих ошибки при собирании доказательств и определении их допустимости.

Объектом **наблюдения**, т.е. преднамеренного восприятия объекта с целью его изучения, в ходе следственного действия могут быть: непосредственные изменения материальных предметов, вызванные исследуемым событием; свойства места происшествия, местности, помещений; особенности и месторасположение предметов при осмотре, обыске, выемке; следы преступления и особые приметы на теле человека при освидетельствовании; обстоятельства задержания подозреваемого; условия проведения таких следственных действий, как следственный эксперимент, проверка показаний на месте.

Объектами наблюдения могут быть и динамические процессы: ход опыта при следственном эксперименте; демонстрация действий при проверке показаний на месте; способ исполнения рукописного текста при получении образцов.

Иногда считают, что и при допросе методом познания является наблюдение, но не обычное, а опосредованное: следователь наблюдает те или иные обстоятельства не лично, а через других лиц – свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подозреваемых, как бы их органами чувств[9]. Но здесь утрачивается такое неотъемлемое качество наблюдения, как его непосредственность. Наблюдение есть непосредственное чувственное познание, восприятие информации органами чувств познающего субъекта. Из сказанного видно, что наблюдение используется при осмотре, освидетельствовании, обыске, выемке и других следственных действиях, направленных на отображение «вещной информации».

---

[9] Белкин Р.С. Собирание, исследование и оценка доказательств. М.: Наука, 1966. С. 125.

Социологический метод опроса («интервью») целесообразно именовать **расспросом**, подчеркивая этим, что при собирании доказательств данный познавательный прием приобретает активный, целенаправленный характер.

Под расспросом следует понимать постановку перед лицом, обладающим информацией, задачи на ее воспроизведение, т.е. побуждение к передаче сведений от одного участника общения другому.

Познавательная роль этого приема состоит в том, что поставленная следователем задача побуждает лицо, располагающее информацией, воспроизвести сохранившиеся в памяти сведения и передать их следователю в форме устного сообщения. По своей сути, расспрос - это метод извлечения, истребования информации. Поэтому следственные действия, в основе которых лежит этот метод, не предусматривают передачу каких-либо сведений допрашиваемому, а наоборот, имеют своей целью получение от него этих сведений. Данный метод применяется не только при допросах, но и в других следственных действиях, где имеет место истребование информации: при очной ставке, назначении экспертизы, предъявлении для опознания, проверке показаний на месте.

Сравнение представляет собой универсальный познавательный прием, состоящий в сопоставлении объектов с целью выявления черт сходства и различий между ними. Это не только мыслительная, протекающая в сознании, но и внешнепредметная деятельность, направленная на выявление объективно существующих отношений между материальными следами и сообщениями. Так, сравнение помогает выявить общность некоторых признаков на месте происшествия (например, сходство следов орудий взлома на разных преградах). Сравнимы и элементы показаний (совпадение смысла слов с интонацией и жестами). Не менее важное значение имеет и выявление расхождений между элементами

изучаемых объектов, например, негативных обстоятельств при осмотре. В таких случаях сравнение выступает как прием всестороннего и полного исследования следов события.

Но ведущую роль играет сравнение в следственных действиях, имеющих сложную структуру: 1) очной ставке, 2) следственном эксперименте, 3) проверке показаний на месте, 4) предъявлении для опознания. При этом сравниваются между собой сведения, получаемые следователем одновременно из двух источников.

Измерение - это выявление количественного соотношения изучаемых следователем объектов. Измерение представляет собой разновидность сравнения, специфика которого состоит в том, что изучаемый объект сравнивается с величиной, принятой за единицу. С помощью измерения при производстве следственных действий определяются: 1) протяженность места происшествия, 2) взаиморасположение предметов на нем, 3) размеры следов, 4) длительность протекания опытов, 5) скорость передвижения участников действий, 6) температура трупа, помещения и другие количественные показатели.

Эксперимент - это опытная проверка предположений, имеющихся у следователя. В широком смысле слова любое следственное действие представляет собой опытную проверку предположения о том, что определенный источник содержит в себе относящиеся к делу данные. В более узком смысле эксперимент присущ лишь таким следственным действиям, в ходе которых на материальный объект оказывается заранее запланированное, активное и преднамеренное воздействие (создание новых условий для протекания явления, изменение течения процесса в нужном направлении и т.п.), позволяющее выявить его скрытые, недоступные простому наблюдению свойства. В таких случаях эксперимент сочетается с другими приемами познания: наблюдением, измерени-

ем, моделированием. Этот метод наиболее ярко проявляется в следственном эксперименте, но отдельные экспериментальные приемы могут быть использованы при осмотре, обыске, проверке на месте.

Моделирование выступает в следственном действии как прием опосредованного познания. Моделирование - это создание и исследование моделей - систем, воспроизводящих некоторые особенности изучаемого события в целях познания его свойств, представленных в модели, но недоступных (или труднодоступных) непосредственному восприятию. В первую очередь к моделированию относится воссоздание условий, в которых протекало исследуемое событие (условий, при которых совершалось опытное действие, ситуации «случайной встречи» при опознании и т.п.). Кроме того, моделируются и действия лиц, которые по предположению были частью события в ходе следственного эксперимента, предъявлении для опознания, проверки показаний на месте.

Описание - это этап познавательной деятельности, состоящий в фиксировании данных эксперимента, наблюдения или расспроса с помощью определенных, принятых в науке систем обозначения. Познавательная роль этого приема проявляется в двух аспектах. В ходе допроса, очной ставки, предъявлении для опознания описание выступает как необходимое условие получения следователем вербальной информации. Сообщить нечто следователю допрашиваемый сможет, лишь придав хранящимся в его памяти образам события форму словесного сообщения. От богатства словарного запаса допрашиваемого, точности словоупотребления во многом зависит успех следственного действия. Роль следователя в использовании этого приема состоит в том, что он направляет и уточняет описание события допрашиваемым, используя его в познавательных целях. С другой стороны, получая сообщение, фиксируя результаты наблюдения,

следователь отсеивает избыточную информацию, а нужную облекает в адекватную форму, сохраняя при необходимости дословные выражения допрашиваемого. Описание здесь играет важную познавательную роль при протоколировании показаний и результатов других следственных действий.

Таким образом, каждое следственное действие включает в себя специфический для него и соответствующий особенностям отображаемых следов комплекс познавательных операций, обеспечивающий извлечение из определенных следов необходимых для установления истины фактических данных, т.е. направленный на достижение познавательной цели конкретного действия. Некоторые из познавательных операций - описание и моделирование, кроме того, выполняют и удостоверительную функцию, обеспечивают запечатление полученных данных.

Резюмируя сказанное, отметим, что следственное действие в познавательном аспекте выступает как способ собирания (формирования) доказательств и представляет собой регламентированный уголовно-процессуальным законом и осуществляемый следователем комплекс познавательных и удостоверительных операций, соответствующих особенностям определенных следов и приспособленных к эффективному отысканию, восприятию и закреплению содержащейся в них доказательственной информации, т.е. к получению соответствующего вида доказательств[10].

---

[10] Такое, позволим заметить, содержательное, а не формальное определение следственного действия разделяли раньше и разделяют сегодня многие исследователи. См.: Казинян Г.С., Соловьев А.Б. Проблемы эффективности следственных действий. Ереван: ЕГУ, 1987. С. 23; Следственные действия: Процессуальная характеристика, тактические и психологические особенности / Под ред. Б.П. Смагоринского. М.: МВД РФ, 1994. С. 6; Громов Н.А., Николайченко В.В., Анненков С.Н. Досудебные стадии уголовного процесса. Саратов: СВКИВВ МВД РФ, 1998. С. 69; Семенцов В.А. Следственные действия. Екатеринбург: УрГЮА, 2003. С. 5; Кальницкий В.В. Следственные действия. Омск: Омская академия МВД РФ, 2003. С. 4 и др.

§2. СЛЕДСТВЕННОЕ ДЕЙСТВИЕ КАК ОБЪЕКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Анализ познавательной структуры следственного действия показывает его приспособленность к извлечению и закреплению информации определенного вида.

Но не менее важна другая сторона - подчинение познавательной деятельности строгому правовому регулированию. Ведь участники следственного действия - это субъекты, реализующие свои права и обязанности, а их действия образуют правоотношения. В целом правовая регламентация следственных действий подчиняет действия следователя и других участников принципам уголовного процесса, задачам судопроизводства с тем, чтобы обеспечить применение эффективных и вместе с тем демократичных и гуманных способов установления истины.

Нормы о следственных действиях обособлены в главах 23-27 УПК РФ. К ним тесно примыкают многие другие главы и нормы УПК, в частности регламентирующие принципы российского уголовного процесса и процессуальный статус его участников.

Многогранность и в то же время однотипность предписаний, охватываемых этими нормами, их обособленность в нормативных актах (Конституция и УПК) позволяют рассматривать систему правовых предписаний, регулирующих каждое следственное действие, как самостоятельный правовой институт (институт допроса, институт осмотра, обыска и т.д.). И для этого есть основания. Как известно, в теории права правовой институт - это совокупность предписаний, самостоятельно регламентирующих сходную, родственную группу отношений. Признаками института права являются: а) специфическая область регулируемых отношений (в данном случае - это отношения, связанные с формированием

доказательств), б) структурное обособление норм, образующих институт (это главы 23-27 УПК и некоторые другие), в) специфическая конструкция института. Хотя следственные действия существенно различаются между собой, нормы, их регламентирующие, обладают определенным сходством: они объединены однотипной внутренней связью. Институты допроса, осмотра, обыска и т.д. можно назвать дифференцированными процессуальными институтами.

Но теория права знает и генеральные институты, которые охватывают все наиболее существенные черты отдельных (дифференцированных) институтов. Проблема генерального института следственного действия имеет колоссальное не только теоретическое, но и практическое значение.

В процессуальной науке многие авторы давно уже предлагали ввести в закон норму, регламентирующую общие правила проведения следственных действий, присущие любому отдельному следственному действию и всем им в целом. Это крайне важно для уяснения наиболее важных черт следственных действий и предотвращения нарушений закона.

Комплекс норм закона о следственных действиях, связанных с собиранием доказательств, должен обеспечивать обоснованность следственного действия. Нужны и другие правила, ограждающие лиц, привлеченных к участию в следственных действиях, т.е. обвиняемого, подозреваемого, их защитника, потерпевшего, его представителя, свидетеля и др., от необоснованного вторжения органов расследования, прокурора, суда в сферу охраняемых Конституцией прав и свобод граждан, от причинения им неправомерного морального, имущественного ущерба и вреда здоровью. Помимо этого закон должен предоставлять участникам следственных действий необходимые гарантии, обеспечивающие им реальную возможность осуществлять свои функции, реализовывать свои права, выступать активными субъектами до-

казывания на его первоначальном этапе. Также необходимы и правила, обеспечивающие эффективность следственного действия, т.е. пригодность его к получению искомых доказательств вопреки противодействию лиц, уклоняющихся от предоставления сведений, предметов, документов либо прямо препятствующих этому. С другой стороны, нормы УПК должны через надлежащую процедуру обеспечивать допустимость получаемых органами расследования, прокурором, судом доказательств с тем, чтобы они впоследствии могли быть признаны достоверными и использованы для обоснования выводов субъектов доказывания.

Этому служит совокупность правовых предписаний, образующих новый, неизвестный прежнему законодательству уголовно-процессуальный институт, именуемый в УПК РФ «Общие правила проведения следственных действий» (ст. 164 УПК). Он охватывает систему предписаний высокой степени общности, в равной мере регулирующих проведение каждого следственного действия, независимо от его специфики и отличия от других следственных действий. К общим правилам проведения следственных действий вплотную примыкают нормы, регламентирующие правовой статус участников следственных действий (главы 6-10 УПК), судебный порядок получения разрешения на их производство (ст. 165 УПК), порядок их протоколирования (ст. 166, 167), а также многие нормы доказательственного права (главы 10 и 11 УПК).

Если свести в систему все предписания закона, так или иначе регламентирующие проведение как отдельного следственного действия, так и всех их в совокупности (принципы процесса, правовой статус его участников, главы 23-27 УПК, ст. 164-167 и ряд других), представляется возможным выявить структуру как дифференцированных, так и генерального института следственного действия. Она охватывает три группы правовых предписаний: 1) основания проведения

следственного действия; 2) правила, непосредственно регламентирующие поведение следователя и лиц, привлекаемых к участию в следственных действиях; 3) меры принуждения, применяемые к участникам следственных действий.

Основания проведения следственного действия, т.е. условия, при которых возможно его проведение, подразделяются на фактические и формально-правовые.

Фактические основания ограничивают субъективизм при принятии решения о проведении следственного действия, что порой наблюдается на практике, когда решение принимается в расчете на «авось», т.е. на возможность случайного получения нужного доказательства. Ошибаются те следователи, которые полагают, что один лишь факт возбуждения уголовного дела дает право произвести любое следственное действие. Нельзя забывать, что каждому следственному действию присуща принудительность (порой весьма значимая), и поэтому необоснованно проведенное следственное действие может привести к неоправданному ущемлению прав личности. Значит, следственное действие должно предприниматься только тогда, когда необходимость его проведения имеет под собой достаточные основания.

Фактические основания следственного действия с наибольшей четкостью определены в норме об обыске (ст. 182), хотя термин «основание» законодатель употребляет и в других нормах: об осмотре (ст. 176) и выемке (ст. 183). В ст. 182 УПК, относящейся к обыску, сформулирована нормативная модель фактических оснований, применимая при проведении любых следственных действий. Согласно этой норме, основанием для производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела. Из этого видно, что основания обыска

определяются путем синтеза таких нормативно-определенных элементов, как: а) цель обыска (обнаружение орудий преступления и других предметов, содержащих искомую информацию); б) допустимые источники, в которых может содержаться искомая информация и из которых можно ее почерпнуть (какое-либо место, какое-либо лицо); в) объем фактических данных, указывающих на возможность достижения цели следственного действия (наличие достаточных данных полагать). Другими словами, фактические основания - это достаточные данные для предположения о том, что из указанных в законе источников может быть извлечена информация, составляющая цель данного следственного действия. Если такие данные имеются - проведение следственного действия обоснованно, если их нет - следственное действие проводить нельзя (оно проводилось бы «наобум»).

Ясно, что выявление наличия или отсутствия оснований зависит от того, насколько четко в законе определена цель следственного действия и другие элементы основания. Нельзя не признать, что в этом отношении УПК РФ не безупречен (об этом будет сказано подробнее при освещении фактических оснований отдельных следственных действий).

В науке нет полной ясности относительно того, какого рода фактические данные могут лечь в основание проведения следственных действий. Ясно, что таковыми могут служить имеющиеся в деле доказательства. Но можно ли, к примеру, в основание обыска положить данные оперативно-розыскного происхождения? Этот вопрос в процессуальной литературе освещается весьма противоречиво. Учитывая, что оперативно-розыскные действия ввиду конфиденциальности источника проверке не поддаются и поэтому допускают возможность различного их истолкования, к решению данного вопроса следует подходить с осторожностью. Представляется, что фактические данные, как основания проведения

следственных действий, должны иметь форму доказательств, данные же оперативно-розыскного характера в отрыве от доказательств основаниями служить не могут. Но они могут подкреплять имеющиеся доказательства и во всяком случае не должны противоречить им, имея, таким образом, факультативное значение в установлении оснований проведения следственных действий.

К формально-правовым основаниям проведения следственного действия относится, прежде всего, наличие у следователя (органа дознания) общих правомочий на производство расследования. Эти правомочия определяются следующими правилами:

1) следственные действия могут производиться соответствующими должностными лицами а) только после возбуждения уголовного дела (согласно ч. 4 ст. 146 УПК, освидетельствование и назначение судебной экспертизы могут производиться в стадии возбуждения уголовного дела, а осмотр места происшествия в случаях, не терпящих отлагательства, согласно ч. 2 ст. 176 УПК, и до возбуждения дела); б) в пределах определенной законом подследственности (ст. 151 УПК); в) лишь до окончания (либо приостановления) предварительного расследования (ст. 158, 208 УПК), а также г) при расследовании новых и вновь открывшихся обстоятельств (п. 4 ст. 415 УПК);

2) право на проведение следственного действия возникает в случаях:

а) принятия дела к производству дознавателем, либо следователем (в т.ч. в составе группы следователей), либо прокурором, либо начальником следственного отдела;

б) осуществления функций по руководству расследованием прокурором или начальником следственного отдела (п. 3 ч. 2 ст. 37 и ч. 2 ст. 39 УПК);

в) исполнения отдельного поручения органа расследования, находящегося в другом районе;

г) проведения органом дознания, дознавателем и другими должностными лицами неотложных следственных действий по делам, по которым обязательно предварительное следствие, если следователь еще не принял дело к производству (ст. 157 УПК);

д) исполнения органом дознания поручений следователя о производстве отдельных следственных действий (п. 4 ч. 1 ст. 38 УПК);

3) к формально-правовым основаниям проведения следственных действий относится и наличие процессуального акта (постановления), содержащего решение о проведении следственных действий.

Часть 1 ст. 164 УПК устанавливает, что некоторые следственные действия могут быть произведены лишь при наличии формального основания - постановления следователя. Это эксгумация трупа, освидетельствование, обыск и выемка (в случаях, когда не требуется разрешения суда).

Но когда проведение следственного действия сопряжено с существенными ограничениями конституционных прав и свобод участвующих в нем лиц, закон предъявляет к принятию решения более строгое требование – получение разрешения суда. Оно, согласно ч. 2 ст. 164 УПК, необходимо для: 1) осмотра жилища против воли проживающих в нем лиц, 2) обыска и выемки в жилище, 3) личного обыска (кроме трех исключений), 4) выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях, 5) наложения ареста на корреспонденцию и выемки ее в учреждениях связи, 6) контроля и записи телефонных переговоров.

Статья 165 УПК детально регламентирует порядок получения разрешения суда: следователь возбуждает перед судом ходатайство, облекая его в форму постановления, согласовывает его с прокурором, районный судья рассматривает

ходатайство не позднее суток и разрешает его. Закон подчеркивает, что если осмотр жилища, обыск и выемка в жилище, личный обыск не терпят отлагательства, следователь проводит их на основании своего постановления, уведомляя судью об этом в течение суток. Судья затем контролирует законность проведения этих следственных действий путем рассмотрения уведомления и прилагаемых к нему постановления и протокола[11].

Таким образом, фактические и формально-правовые основания проведения следственных действий призваны предотвращать необоснованное вторжение органов расследования в сферу личных интересов граждан.

Вторым структурным элементом института следственного действия является многочисленная группа правил, **непосредственно регламентирующих поведение следователя и лиц, привлекаемых к собиранию доказательств.** Таковы:

а) предписания, определяющие круг лиц, участвующих в следственном действии. В разных следственных действиях, согласно закону, кроме следователя (дознавателя), иногда прокурора, начальника следственного отдела, сотрудника органа дознания, могут участвовать обвиняемый, подозреваемый, их защитники, потерпевший, его представитель, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, свидетель, его адвокат, законные представители несовершеннолетних, эксперт, специалист, переводчик, педагог, понятой, вспомогательные участники. Закон четко регламентирует содержание их прав и обязанностей. Этим определяются правовой статус и функции этих лиц в деятельности по собиранию доказательств;

б) предписания, устанавливающие гарантии прав и законных интересов участников следственных действий. Данные

[11] Подробнее о прокурорском надзоре и судебном контроле за проведением следственных действий см. гл. 8 данной работы.

предписания обеспечивают реализацию правового статуса граждан, привлекаемых к собиранию доказательств, ограждают их жизнь и здоровье, честь, достоинство и имущество от возможных угроз, создают условия для объективного отображения сообщаемых данных. Сюда относятся запрет применения в ходе следственного действия насилия, угроз и иных незаконных мер, равно как и создание опасности для жизни и здоровья участников, запрет проведения следственных действий в ночное время (за исключением случаев, не терпящих отлагательства). Исходя из положений ст. 9 УПК в эту группу предписаний следует включить также запрет действий и решений, унижающих честь и достоинство участников.

Процессуальный статус участников (ст. 42, 44, 46, 47, 53 УПК) включает ряд прав, позволяющих им активно участвовать в доказывании, в т.ч. и на этапе собирания доказательств. Ст. 164 УПК требует от следователя при производстве следственного действия разъяснить участникам эти права и порядок их проведения, а ст. 166 – разъяснить право делать подлежащие внесению в протокол следственного действия замечания о его дополнении и уточнении. Эти обязанности следователя порождают возникновение в ходе следственных действий двусторонних правообязывающих правоотношений и исключают возможность ограничения положения потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, защитника выполнением ими одних лишь распоряжений следователя, дознавателя, раскрывают роль этих участников процесса как субъектов доказывания;

в) предписания, определяющие содержание поисковых и познавательных операций и условия, обеспечивающие их эффективность. Закон с большей или меньшей определенностью устанавливает форму познавательных мероприятий, а также место и время проведения следственных действий, меры, обеспечивающие доступ следователя к источникам

информации и предотвращающие возможность ее искажения. Ст. 164 УПК устанавливает и другие правила, обеспечивающие эффективность следственного действия. Таковыми являются разъяснения обязанностей и ответственности участников, привлекаемых к проведению следственного действия, включая предупреждение потерпевшего, свидетеля, специалиста, эксперта, переводчика об ответственности за заведомо ложное искажение передаваемой ими информации и за разглашение данных предварительного следствия. Эффективности доказывания служит также предусмотренная законом возможность применения технических средств и способов обнаружения, фиксации и изъятия доказательств. Применение средств поискового (металлоискатели, геолокаторы, электронно-оптические преобразователи, газоанализаторы и т.п.) и удостоверительного характера (фото-, киносъемка, звуко- и видеозапись, изготовление слепков и оттисков) может заметно повысить объем полезной информации, получаемой следователем. Этому же служит детальная регламентация такого средства удостоверения хода и результатов следственного действия, как протокол (ст. 166 УПК). Эффективность следственного действия может быть повышена учетом ориентирующей оперативно-розыскной информации, получаемой от оперативного работника, привлеченного следователем к его проведению (заметим, что, осуществляя оперативное сопровождение следственного действия, сам оперативный работник процессуальных действий не выполняет). Все эти предписания создают необходимые условия для максимально полного получения фактических данных;

г) предписания, определяющие содержание удостоверительных операций.

Необходимо, чтобы информация, полученная в ходе следственного действия, была зафиксирована надежным обра-

зом. Фиксация доказательств - завершающий элемент их собирания. Доказательство может считаться полученным (собранным) лишь после фиксации добытой информации. Под фиксацией доказательств следует понимать систему осуществляемых в соответствии с уголовно-процессуальным законом действий следователя, направленных на преобразование воспринятой им доказательственной информации в форму, обеспечивающую максимально полное сохранение и использование полученных данных в целях доказывания. Соответственно той форме, которую имеет получаемая следователем доказательственная информация (словесное сообщение, признаки материальных объектов, динамические элементы), закон устанавливает способы фиксации результатов следственных действий. Среди них можно выделить различные формы.

В практике доказывания наиболее широкое применение находит **знаковая** форма, т.е. описание фактических данных с помощью слов и иных знаков. Она реализуется в протоколировании и звукозаписи. Каждый из этих приемов удостоверяет словесное сообщение.

Для закрепления информации, выраженной в физических признаках материальных объектов, применима **предметная** форма. Это приобщение в натуре предмета - носителя информации, изготовление физически подобных моделей в виде слепков и оттисков. В отличие от первой, данная форма передает информацию не через описание признаков объекта, а через их непосредственное представление или воспроизведение.

Промежуточное положение занимает **наглядно-образная** форма, также применяемая для запечатления материальных объектов. Но, в отличие от предметной, изготавливается не физически подобная модель объекта, а его изображение. Эта форма получает реализацию в виде фото-, кино- и видеосъемки. Близки к ней изготовление рисунков, планов и схем. Последние представляют собой **графическую** форму фиксации, отличающуюся от наглядно-образной условным характером изображения.

Обязательным способом фиксации любого следственного действия является протоколирование. Все же остальные средства фиксации выступают в качестве факультативных, т.е. применяются по усмотрению следователя, а полученные результаты служат приложениями к протоколу следственного действия. Фотографирование, кино- и видеосъемка, звукозапись и другие факультативные средства фиксации не могут заменить собой протокола. Более того, протокол служит правовой основой применения факультативных средств: при отсутствии протокола приложения к нему утрачивают доказательственное значение.

Правила составления протоколов обозначены в ст. 166 и 167 УПК, а также в ряде норм об отдельных следственных действиях (ст. 174, 180, ч. 12 и 13 ст. 182, ч. 7 ст. 186, 190, ч. 5 ст. 192, ч. 9 ст. 193 УПК). Кроме того, бланки-образцы протоколов следственных действий приведены в главе 57 УПК. Из смысла ст. 474 и 475 УПК видно, что структура бланков является обязательной для должностного лица, а их содержание может быть при необходимости расширено, но не сужено.

Суммируя общие предписания закона и требования к протоколам, изложенные в конкретных нормах, можно сформулировать общие правила протоколирования:

а) безотлагательность. Протоколы следственных действий составляются либо в ходе действий, либо непосредственно после их окончания;

б) изложение сведений о следователе, других участниках следственного действия, месте и точном времени его проведения;

в) отражение факта разъяснения прав, обязанностей и ответственности участникам следственного действия;

г) отражение факта предупреждения их о применении технических средств;

д) отражение как содержания, так и результатов познавательной деятельности с сохранением ее хронологии;

е) отражение мер по обеспечению безопасности участников следственного действия;

ж) указание на условия, порядок и результаты применения технических средств;

з) изложение заявлений, сделанных участниками следственных действий;

и) удостоверение протоколов участниками, реализация права делать замечания, заявлять ходатайства и требовать их занесения в протокол, особенности удостоверения протокола при отказе или невозможности подписания протокола[12].

Часть 2 ст. 474 устанавливает, что процессуальные документы (протоколы следственных действий относятся к их числу) могут быть выполнены типографским, электронным

[12] Наряду с заявлениями (ч. 4 ст. 166 УПК) участники следственного действия, согласно ч. 6 ст. 166 УПК, вправе делать замечания о дополнении и уточнении протокола, а ч. 2 ст. 167 дает лицу, отказавшемуся подписать протокол, право объяснить причины отказа. Все это – разные формы реагирования участника следственного действия на составленный протокол. Можно считать, что заявление – это мнение участника по поводу законности следственного действия: утверждение о нарушении его процедуры, необъективности следователя, неправильности в применении технических средств (п. 3 ч. 3 ст. 190 прямо упоминает о таком содержании заявлений). Заявления могут касаться и оценки результата следственного действия (например, ошибочности опознания, хотя такое заявление не должно привести к перерастанию опознания в очную ставку). Что же касается замечаний и дополнений к уточнению протокола – их более правильно именовать ходатайствами соответствующего участника, имеющего целью обеспечить объективное протоколирование (именно такую трактовку находим в ч. 6 ст. 190 УПК). Объяснение же причин отказа подписать протокол может касаться как физической невозможности подписания, так и несогласия с содержанием протокола по существу.

и иным способом, а при отсутствии бланков – написаны от руки. Судебная практика к рукописным протоколам предъявляет еще одно требование: они должны быть удобочитаемы. Так, Судебная коллегия Верховного Суда РФ признала существенным нарушением уголовно-процессуального закона тот факт, что протоколы основных следственных действий выполнены таким почерком, «который фактически невозможно прочесть ввиду его своеобразия и значительных отступлений от правил каллиграфии», что препятствует проведению судебного заседания[13].

Третья группа правил определяет **меры принуждения, которые следователь вправе применить, чтобы принудить участников следственных действий к выполнению своих обязанностей.**

Такие следственные действия, как обыск, выемка, освидетельствование, многие исследователи относят к мерам процессуального принуждения, обеспечивающим собирание доказательств[14]. В действительности же не только они, но и каждое следственное действие, как и любое процессуальное действие вообще, носят принудительный характер, не могут не опираться на государственное принуждение. Принудительный характер вышеперечисленных следственных действий лишь более очевиден, поскольку они сопровождаются активными поисковыми и организационно-распорядительными мерами, ограничивающими неприкосновенность личности и жилища. В других следственных действиях (допрос, следственный эксперимент, назначение экспертизы) принуждение не столь очевидно, но также имеет место и заключается в том, что по принятию следователем решения о проведении

[13] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. №5. С. 15.

[14] Такая характеристика не вполне точная, так как институт мер процессуального принуждения по своим целям существенно отличается от института следственного действия и регламентируется в законе отдельно от следственных действий (гл. 13 и 14 УПК).

следственного действия обязанности его возможных участников, сформулированные в законе в общей форме, персонифицируются, становятся конкретными обязанностями конкретных лиц, независимо от того, хотят они того или нет. Следователь по собственной инициативе должен обеспечить получение необходимой доказательственной информации и потребовать от всех причастных лиц выполнения возложенных на них в связи с этим обязанностей, применяя в необходимых случаях принуждение. В тех же случаях, когда основу следственного действия составляют познавательные операции, выполняемые самим следователем (например, осмотр), его принудительный характер выражается в требовании, обращенном к причастным лицам, - оказывать содействие в проведении этих операций, по крайней мере, не препятствовать им. Напомним еще раз, что именно принудительный характер всех следственных действий обусловливает необходимость иметь фактические основания для принятия решения о проведении каждого из них.

В нормах УПК детально регламентирована ответственность переводчика, специалиста и эксперта за уклонение от явки к следователю и за отказ от выполнения других обязанностей.

Обстоятельно регламентированы в законе принудительные меры, применяемые к свидетелю и потерпевшему в связи с невыполнением обязанностей на допросе, очной ставке и предъявлении для опознания. Законом от 4 июля 2003 г. закреплена обязанность понятого участвовать в следственном действии (а следовательно, и ответственность за уклонение от обязанности), чем устранен имевшийся ранее пробел в законодательстве. Но до сих пор в законе не определены меры, которым может быть подвергнут обвиняемый, подозреваемый за отказ подвергнуться освидетельствованию и экспертному обследованию. Закон также не указывает кон-

кретных мер, которые можно было бы предпринять в случае отказа от представления образцов.

Установив обязанность должностных лиц и граждан представить по требованию следователя предметы и документы (при обыске, выемке, истребовании), закон не указывает, какие конкретно меры воздействия могут быть применены к лицам, уклоняющимся от представления искомого объекта.

Установленная законом ответственность за невыполнение процессуальных обязанностей реализуется путем применения к нарушителю процессуальных санкций. Они, как и все юридические санкции, могут быть подразделены на два вида: штрафные (карательные) и правовосстановительные.

При производстве следственных действий к штрафным уголовно-процессуальным санкциям относятся:

- денежное взыскание, налагаемое судом на свидетеля, потерпевшего, эксперта, специалиста, переводчика и понятого за отказ или уклонение этих лиц от исполнения своих обязанностей (ст. 117 УПК);
- применение к обвиняемому (подозреваемому), препятствующему установлению истины, более строгой меры пресечения (ст. 110 УПК).

К правовосстановительным санкциям следует отнести:

- привод подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля в случае неявки по вызову без уважительных причин (ч. 1 ст. 113);
- принудительное освидетельствование подозреваемого и обвиняемого (ч. 2 ст. 179);
- принудительное экспертное обследование подозреваемого и обвиняемого в случаях, когда назначение экспертизы обязательно (ст. 186 и 203);
- принудительное изъятие предметов и документов при обыске и выемке, когда лицо, ими обладающее, отказывается представить их следователю (ч. 5 ст. 182, ч. 5 ст. 183);

- право следователя вскрывать запертые помещения и хранилища при обыске, если владелец отказывается добровольно их открыть (ч. 6 ст. 182);

- пресечение попыток со стороны обыскиваемых лиц уничтожить или спрятать предмет или документ либо нарушить порядок (ч. 8 и 14 ст. 182).

Следует, однако, подчеркнуть, что в отношении свидетелей и потерпевших закон существенно ограничивает пределы применения принудительных мер. Так, свидетель не может быть принудительно подвергнут судебной экспертизе или освидетельствованию, кроме случая, когда освидетельствование необходимо для оценки достоверности его показаний (ч. 5 ст. 56; ч. 1 ст. 179). Также и потерпевший может быть подвергнут экспертизе лишь с его согласия, кроме случаев, когда экспертиза в отношении него является по закону обязательной (ч. 4 ст. 195). Эти ограничения продиктованы соображениями морали, не допускающими неоправданного применения принуждения к потерпевшему, который уже пострадал от преступления, и к свидетелю, который ни в чем перед государством не виноват.

Завершая данные рассуждения, дадим нормативно-правовое определение следственного действия.

Институт следственного действия есть система правовых предписаний (дозволений, запретов), определяющих основания проведения, условия выполнения, содержание и форму познавательных и удостоверительных операций, а также мер принуждения, применяемых к недобросовестным участникам и направленных на получение доказательств определенного вида.

Такое представление о структуре института вместе с познавательной характеристикой следственных действий и места каждого их них в общей системе (глава 2) будет в дальнейшем использовано для детального анализа отдельных следственных действий.

ГЛАВА 2.

СИСТЕМА СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

§1. ПОНЯТИЕ О СИСТЕМЕ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ. КРУГ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

В работах многих исследователей последних лет комплекс предусмотренных законом следственных действий рассматривается не как случайное и неорганизованное множество, а как системное образование, в котором каждое следственное действие выступает элементом системы. Такой подход оправдан при условии, что между элементами общности существуют определенные связи, ибо только они выступают признаком системы, являются, как говорится в теории систем, системообразующими[15].

Наличие подобных связей между следственными действиями, придающих их комплексу системный характер, представляется несомненным. Прежде всего, каждое следственное действие связано с другими способом нормативного регулирования: несмотря на его своеобразие, оно имеет одинаковую с другими юридическую конструкцию, поскольку, как об этом говорилось ранее, нормы о каждом следственном действии образуют процессуальный институт с общей для всех действий структурой. Кроме того, связи между следственными действиями предопределены связями между следами, к отображению которых следственные действия предназначены. Следы же взаимосвязаны тем, что все они порождены общей причиной: воздействием исследуемого события на окружающую обстановку. Связь следов порождает и связь следственных действий: для отображения определенных следов оказывается необходимой определенная комбинация следственных действий, каждое из которых усиливает

[15] Система – совокупность элементов, находящихся в отношениях и связях друг с другом, которая образует определенную целостность, единство // Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1983. С. 610.

и подкрепляет другое, а все в совокупности дают возможность отобразить связанные между собой следы. Подобное представление лежит в основе разрабатываемой в криминалистике идеи о тактических комбинациях[16].

Например, при расследовании квартирной кражи материальные и идеальные следы события могут быть установлены применением таких связанных между собой следственных действий, как осмотр помещения с целью обнаружения следов взлома и отпечатков рук преступника, допрос потерпевших и очевидцев, обыск для отыскания похищенного, проведение экспертизы для идентификации орудий взлома и пальцевых отпечатков и т.д. Исключение из общей системы одного или нескольких следственных действий ослабит ее познавательные возможности, приведет к «потере качества» всей системы.

Следует признать, что система следственных действий в уголовном процессе России, хотя и формировалась в течение длительного времени, носит все же открытый характер, т.е. допускает ее пополнение новыми элементами. Это и неудивительно. Научное познание все глубже постигает особенности следов события, к отображению которых приспособлены следственные действия, а процессуальная наука и криминалистика на этой основе, а также с учетом потребностей практики формулируют свои предложения о пополнении системы новыми познавательными элементами. Яркой иллюстрацией этого процесса является завершение многолетней дискуссии о самостоятельности и полезности проверки показаний на месте закреплением этого приема в УПК РФ в качестве самостоятельного следственного действия.

Вместе с тем пополнение системы – достаточно сложный и длительный процесс научной и практической апробации

[16] Белкин Р.С. Тактическая комбинация: Курс криминалистики. Т. 3. М.: Юристь, 1997. С. 202-216.

предложений о введении в нее новых элементов. Кроме того, сама система, сформировавшись как целостное образование, накладывает на этот процесс существенные ограничения, препятствуя, как было давно сказано, «произвольному присоединению новых элементов, в известной мере предопределяя тот тип результатов, которые могут быть введены в систему»[17]. Система следственных действий, а следовательно, и каждый входящий в нее элемент, должна удовлетворять двум важнейшим требованиям. Во-первых, она должна соответствовать принципам уголовного судопроизводства, образующим систему более высокого уровня, т.е. включать достаточные гарантии достижения целей судопроизводства – установления истины и обеспечения законных интересов участников следственных действий (ст. 6 УПК РФ). Во-вторых, функция системы состоит в отображении информации, содержащейся в следах события, и превращении ее в доказательства в процессуальном смысле. Из сказанного следует, что вновь возникающий на практике прием, если он не соответствует этим исходным базовым требованиям системы, не имеет перспективы стать следственным действием. Другими словами, вводимый в систему элемент не может противоречить принципам построения системы и в то же время должен быть оригинальным, отличным от других и приспособленным к достижению специфической цели приемом отображениям следов. В свое время процессуальная наука отвергла предложения А.В. Дулова и П.Д. Нестеренко о закреплении в законе в качестве следственных действий так называемых тактического и психологического эксперимента. Первый, по мысли авторов, представлял собой осуществляемое втайне от подозреваемого наблюдение за его ожидаемым поведением с фиксацией его последующих действий. Фактически речь шла о неправомерном сочетании процессуальных и оперативно-розыскных мероприятий. Второй эксперимент замысливался как опытная проверка способности лица к правильному определению цвета предметов, хотя такой прием явно тяготел к психологической экспертизе[18]. Не получило признания и предложение закрепить в законе в качестве самостоятельного следственного действия так называемую реконструкцию-воссоздание со слов очевидцев обстановки события[19], ибо этот прием сам по себе не обеспечивает получения доказательственной информации, а служит лишь предпосылкой другого следственного действия – осмотра. Не согласился законодатель и с нормативной легализацией «добровольной выдачи»[20], ибо она – лишь элемент обыска или выемки. Проблемы пополнения системы сохраняются и в наше время: УПК РФ закрепил в качестве следственного действия контроль и запись переговоров, хотя этот прием лишь отдаленно напоминает следственное действие (далее будет показано, что он фактически является оперативно-розыскным мероприятием).

Выясним теперь, какие познавательные приемы в совокупности образуют систему следственных действий.

В соответствии с новым УПК РФ следователь вправе проводить 11 следственных действий. К их числу закон относит:

1. Допрос (обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего и свидетеля).

2. Очную ставку.

[17] Блауберг И.В., Юдин В.Г. Понятие целостности и его роль в научном познании. М.: Знание, 1972. С. 26.

[18] Дулов А.В., Нестеренко П.Д. Тактика следственных действий. Минск, 1971. С. 232, 239.

[19] Быховский И.Е., Лузгин И.М. Реконструкция как самостоятельное следственное действие // Правоведение. 1971. №3. С. 132-135.

[20] Баев О.Я. Криминалистическая тактика и уголовно-процессуальный закон. Воронеж: ВГУ, 1977. С. 92,93.

3. Назначение и проведение экспертизы.

4. Осмотр (места происшествия, жилища и иного помещения, трупа, предметов и документов).

5. Освидетельствование.

6. Обыск (в жилище, в ином помещении, личный, на местности).

7. Выемку (обычную, документов, содержащих государственную тайну, почтово-телеграфных отправлений).

8. Следственный эксперимент.

9. Предъявление для опознания.

10. Проверку показаний на месте.

11. Контроль и запись переговоров.

В правовой науке продолжает оставаться спорным вопрос о том, являются ли следственными, предназначенными для собирания доказательств такие действия следователя, как наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК), эксгумация трупа (ст. 178).

В свое время наложение ареста на имущество И.Е. Быховский относил к следственным действиям на том основании, что в результате его проведения иногда обнаруживают ценное имущество, не соответствующее доходам лица, что свидетельствует о жизни не по средствам[21]. В современной литературе такой взгляд разделяет А.П. Рыжаков[22]. Однако арест имущества не имеет познавательной цели. Для установления высокоценного имущества должен производиться осмотр, обыск, выемка. Смысл наложения ареста на имущество в том, чтобы обеспечить его неотчуждение, что важно для возмещения ущерба. Поэтому новый УПК не включил

[21] Быховский И.Е. Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1976. С. 7.

[22] Рыжаков А.П. Следственное действие и иные способы собирания доказательств. М.: Филинъ, 1997. С. 45.

арест имущества в число следственных действий, а поместил соответствующую норму в главу 14 «Иные меры процессуального принуждения».

Эксгумацию также нельзя считать самостоятельным следственным действием, т.к. извлечение трупа из места захоронения само по себе ничего не доказывает. Поэтому данное действие надлежит считать технической предпосылкой осмотра, опознания или экспертизы трупа. Новый УПК РФ (ст. 178) включил эксгумацию в содержание правил об осмотре трупа (ст. 178 УПК), что указывает на ее вспомогательный по отношению к следственному действию характер.

В практике следственной работы иногда встречаются составляемые экспертами – судебными медиками – «акты судебно-медицинского освидетельствования». Надо учесть, что судебно-медицинское освидетельствование не является самостоятельным следственным действием, а представляет собой один из видов судебно-медицинской экспертизы, связанной с обследованием живых лиц. И проводиться оно должно в рамках экспертизы, иначе будут нарушены права участников (подробнее см. гл. 7 работы).

Наряду с перечисленными выше следственными действиями в систему, по мнению ряда ученых, должны войти:

1) задержание подозреваемого. Доказательственное значение этого действия состоит в том, что нередко лицо застигают в момент совершения преступления, и эта улика фиксируется в протоколе задержания в качестве его основания, в результате чего протокол приобретает доказательственное значение. Но УПК РФ рассматривает задержание только как меру процессуального принуждения;

2) получение образцов для сравнительного исследования. Новый УПК РФ, как и УПК РСФСР, рассматривает это действие как элемент экспертизы (ст. 202). Однако с этим можно поспорить, т.к.: а) образцы получает не эксперт, а следо-

ватель, б) они, несомненно, содержат в себе ценную информацию, которую использует эксперт, давая заключения. От соблюдения следователем процедуры получения образцов зависит допустимость заключения эксперта.

§2. КЛАССИФИКАЦИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

Взаимосвязь и упорядоченность следственных действий в общей системе позволяют осуществить их классификацию, т.е. выделить предназначенные к отображению различных по характеру содержащейся информации следов группы следственных действий.

Основаниями классификации следов события, отражающими их наиболее существенные особенности, являются: а) методы отображения фактических данных; б) непосредственный или опосредованный процесс получения фактических данных; в) сложность информационных объектов, подлежащих отображению; г) цель следственного действия.

Каждое из оснований позволяет выделить специфические группы следственных действий, обладающих общими свойствами, совокупность же этих групп образует систему следственных действий с присущей ей сложной структурой.

Рассмотрим эти классификационные группы.

1. **По методам отображения** фактических данных все следственные действия можно разбить на три большие 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.

К первой подгруппе относятся допрос, очная ставка. При их проведении следователь применяет метод расспроса, т.е. ставит перед допрашиваемыми задачу на воспроизведение и передачу информации, что выражается в постановке им вопросов. В эту группу следует включить и проведение экспертизы, поскольку в постановлении о ее назначении также содержатся вопросы, которые надлежит разрешить эксперту. В результате проведения этих действий следователь получает доказательственную информацию, выраженную в вербальной (словесной) форме. Это – показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, заключения и показания эксперта.

Ко второй подгруппе относятся осмотр, освидетельствование, обыск, выемка, следственный эксперимент и, на наш взгляд, получение образцов и задержание подозреваемого. На основе наблюдения следователь воспринимает физические и динамические признаки материальных объектов: их размер, протяженность, форму и т.д. Доказательственный результат - протокол соответствующего следственного действия.

Третья подгруппа – смешанная, в ней получение доказательственного результата обеспечивается сочетанием расспроса и наблюдения. Таковы предъявление для опознания и проверка показаний на месте. Доказательственный результат проведения этих действий – протокол, содержащий как вербальную (показания), так и «вещную» (результат наблюдения) информацию.

2. Существенным основанием классификации следственных действий является **непосредственный либо опосредованный процесс** получения доказательственной информации.

Большинство следственных действий представляет собой непосредственное отображение следов преступления в том

смысле, что следователь непосредственно (лично или с помощью специалиста) воспринимает объект, несущий информацию, и извлекает фактические данные. Такой путь познания возможен потому, что следователь в состоянии обнаружить эти данные: увидеть признаки предмета, услышать слова, из которых состоит сообщение, и уяснить их смысл, поскольку ему известно значение слов и признаков.

Иным будет процесс познания при проведении экспертизы. Поскольку исследуемые экспертом объекты содержат «скрытую» информацию (следы преступления недоступны непосредственному восприятию, их содержание и значение не могут быть уяснены следователем непосредственно), познание протекает по более сложной схеме: непосредственное исследование объектов производит по заданию следователя эксперт, после чего систематизированный результат исследования передается следователю. Следственным действием надлежит поэтому считать не экспертизу в целом, а лишь комплекс действий следователя по управлению процессом исследования (подробнее см. гл. 7 данной работы).

3. Важным основанием классификации следственных действий является **сложность отображаемых объектов**. Большинство следственных действий направлено на отображение изолированных информационных объектов. Таковы допрос, осмотр, освидетельствование, обыск, выемка (а также получение образцов для сравнительного исследования, задержание). Проводя их, следователь ограничивается выявлением и фиксацией информации, заключенной в каждом отдельно взятом объекте: месте происшествия, местности, представлениях памяти допрашиваемого и т.д.

Особою группу составляют те следственные действия, которые направлены на отображение сложных объектов, создаваемых следователем путем объединения и одновременного восприятия изолированных источников информации,

которые в природе в таком интегрированном виде не существуют. Таковы очная ставка (интеграция двух показаний); следственный эксперимент (интеграция условий, в которых протекает опыт, с самим опытом); проверка показаний на месте (интеграция обстановки на местности с показаниями лица, а иногда и с демонстрацией им своих действий); предъявление для опознания (интеграция сообщения опознающего с признаками объекта, предъявляемого для опознания). В этих случаях следователь воспринимает и сопоставляет два потока информации, идущие от отдельных объектов, которые он сводит вместе для того, чтобы получить новую, более содержательную информацию (подробнее см. § 2 гл. 5, гл. 6).

4. Четвертым основанием классификации может послужить **цель следственного действия**. Целью любого следственного действия является, как отмечено ранее, получение информации определенного вида. Здесь же имеется в виду иной, более широкий аспект понятия «цель», связанный не с формой или содержанием полученной информации, а с ее использованием, а именно: приспособленность следственных действий для проверки доказательств. В принципе любое следственное действие может быть использовано для проверки уже полученных доказательств (например, обыск для проверки показаний подозреваемого о месте сокрытия похищенного). Но есть группа следственных действий, в самом нормативном регулировании которых содержатся правила оперирования уже полученными доказательствами в целях их проверки. К «проверочным» следственным действиям относятся:

1) очная ставка;
2) следственный эксперимент;
3) предъявление для опознания;
4) проверка показаний на месте;

5) назначение экспертизы;

6) получение образцов для сравнительного исследования.

Специфика этой группы следственных действий в том, что они всегда проводятся после получения доказательств, которые требуют проверки (подробнее см. § 2 гл. 6 и 7).

Рассмотренные классификации не исключают выделения и других групп следственных действий. В частности, известно деление следственных действий на первоначальные и последующие, неотложные и не обладающие свойством неотложности, требующие или не требующие разрешения суда. В основе этих классификаций лежат тактические моменты, связанные с конкретной ситуацией, в которой оказывается следователь, либо необходимость дополнительных гарантий законности их проведения.

§3. ВЫБОР СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ

Выбрать следственное действие – значит остановиться на одном из способов собирания доказательств. Речь идет о принятии основанного на законе решения произвести осмотр, допрос или иное следственное действие.

Проведение ненадлежащего действия приносит тройной вред: делается ненужная работа; утрачивается полностью или существенно затрудняется возможность получить и закрепить необходимые фактические данные; необоснованно стесняются права граждан.

К сожалению, ошибки в выборе следственного действия не изжиты в следственной практике. Вот один из примеров. Оперуполномоченный УР, расследуя кражу личного имущества, прибыл в дом, где проживал подозреваемый, и предложил хозяйке дома предъявить вещи, принесенные ее сыном.

После предъявления вещей в присутствии понятых был составлен протокол «добровольной выдачи». В результате фактически произведенная выемка приобрела вид представления доказательств по инициативе лица, ими обладающего. Нарушение неприкосновенности жилища, фактически имевшее место, оказалось незаконным, т. к. отсутствовало постановление о производстве выемки и разрешение суда. Подобная ситуация складывается и в тех случаях, когда поиск ценностей, нажитых преступным путем, осуществляется в рамках наложения ареста на имущество. Встречаются попытки провести опознание в рамках очной ставки. И тогда в протоколе появляется запись: «сидящего напротив меня гражданина опознаю как ...». Неправомерна и попытка противоположного характера: использовать предъявление для опознания для достижения целей очной ставки.

Достаточно распространены ошибки, связанные с назначением экспертизы. Зачастую экспертиза назначается для исследования обстоятельств, которые могут быть установлены без применения специальных познаний. И наоборот, экспертиза иногда не проводится, когда по закону она является обязательной (ст.196 УПК).

Можно назвать ряд факторов, которые должен учесть следователь при выборе следственного действия.

Прежде всего, это **объективные свойства подлежащей отображению доказательственной информации**, т.е. особенности следов, для отображения которых пригодно не любое, а приспособленное к этому конкретное следственное действие.

Следует также руководствоваться **предписаниями уголовно-процессуального закона**, определяющими, какие следственные действия следователь провести обязан, а какие он производит, считая их необходимыми.

Для предотвращения ошибок, касающихся первого фактора выбора, необходимо эффективное планирование след-

ственных действий, основанное на выдвижении прогнозных (перспективных) версий о том, где и какие по форме следы события имеются и какие следственные действия пригодны для извлечения содержащейся в них информации. Например, для исследования материальных следов на месте происшествия необходим осмотр, сопровождаемый применением технических средств, дающих возможность объективного запечатления физических признаков следов. Стремление достичь этой цели путем допроса свидетелей – очевидцев – не даст эффективного результата.

Нормативный фактор выбора - это вывод о дозволенности следственного действия, сделанный с учетом имеющихся на этот счет предписаний уголовно-процессуального закона. Процессуальный закон влияет на выбор следственного действия двояко. В одних случаях определенный юридический факт обязывает следователя произвести соответствующее действие. Например, факт задержания подозреваемого, предъявления обвинения обвиняемому обязывает следователя немедленно допросить этих лиц. Признание лица потерпевшим также делает необходимым его допрос. Кроме того, в ряде случаев следователь обязан назначить экспертизу (ст. 186). В этих ситуациях свобода выбора отсутствует. Во всех остальных случаях проведение следственного действия – это право следователя, которым он может воспользоваться, считая следственное действие необходимым. Получив внешнее оформление (постановление следователя или судьи, повестка, телефонограмма или устное объявление следователя, например, об осмотре), такое решение, в отличие от предварительного, становится юридическим фактом, порождающим определенные правоотношения, в т.ч. необходимость участников следственного действия выполнить свои обязанности. В общих чертах программа принятия решения о проведении следственного действия реализуется путем последовательного разрешения следующих вопросов:

1) имеются ли в наличии допустимые по закону источники, способные нести в себе искомую доказательственную информацию;

2) имеются ли данные о фактическом наличии в этих источниках искомой информации;

3) какое следственное действие по своим целям пригодно для ее извлечения. При этом необходимо учесть и право носителя информации на свидетельский иммунитет. Желание им воспользоваться, т.е. не давать показания, исключает возможность проведения ряда СД.

Окончательное решение о выборе следственных действий принимается с учетом **тактических соображений**. Тактический аспект выбора следственного действия состоит в том, что следователь выбирает в первую очередь те следственные действия, которые с учетом конкретной следственной ситуации должны оказаться максимально эффективными.

Следственная ситуация - это сложившееся на определенный момент расследования фактическое положение дел, от которого зависит дальнейшее направление расследования и характер принимаемых следователем решений. Это меняющаяся по мере продвижения к конечной цели расследования многофакторная обстановка, обусловленная особенностями отражения события в окружающей среде; сохранностью и доступностью следов события, внутренней позицией обвиняемого, потерпевшего и других участников следственного действия (готовность к сотрудничеству либо к конфликту), успешностью действий следователя на предыдущих этапах расследования.

Один из существенных тактических факторов выбора состоит в определении неотложных в конкретной ситуации следственных действий. В отличие от УПК РСФСР, УПК РФ не содержит их перечня, но в п. 19 ст. 5 определяет их как действия, имеющие целью обнаружение и фиксацию следов

преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования. И хотя такое определение предназначено в первую очередь для ограничения компетенции органов дознания, оно имеет важное значение для выбора следственного действия. В условиях быстро меняющейся следственной ситуации тактически оправдан выбор в качестве первоочередных тех следственных действий, которые: а) обеспечат фиксацию следов, которые могут исчезнуть (допрос тяжелораненого, пассажира в пути следования, осмотр места происшествия), б) предотвратят попытки скрыть и исказить информацию (обыск, допрос задержанного).

Важным фактором выбора является также определение первоначальных следственных действий. Следователь всегда выбирает то следственное действие или ту их группу, которые в максимальной мере устраняют недостаток имеющейся в данный момент информации. Например, после осмотра пожарища первоначальными следственными действиями будут допрос очевидцев, назначение пожарно-технической экспертизы и другие действия, направленные на выяснение причины загорания. Установление факта изнасилования (осмотр места происшествия, допрос потерпевшей, назначение судебно-медицинской экспертизы) будет сочетаться с одновременной проверкой причастности определенного лица (допрос и освидетельствование подозреваемого, выемка одежды, проверка заявления об алиби и т.д.).

В число первоначальных целесообразно включать и такие следственные действия, которые связаны с длительными затратами времени (назначение ревизий, экспертиз) либо являются необходимым условием проведения других следственных действий (допрос перед очной ставкой, опознанием, проверкой показаний на месте, получение образцов перед экспертизой).

На выбор следственного действия влияют и особенности конфликтной ситуации. Противодействие, которое иногда встречает следователь со стороны обвиняемого, подозреваемого и других лиц, требует применения эффективных средств его преодоления. От того, насколько правильно определены мотивы противодействия и конфликтующего участника, зависит выбор следственного действия. Например, в некоторых случаях, несмотря на существенные противоречия в показаниях, нецелесообразно торопиться с проведением очной ставки между обвиняемым и уличающими его близкими родственниками, т.к. последние под влиянием естественного чувства жалости могут резко изменить свою позицию и воспользоваться иммунитетом, чем еще больше затруднят получение от обвиняемого правдивых показаний. В такой ситуации лучше попытаться выяснить причины противоречий с помощью других следственных действий. При ясно выраженном нежелании свидетеля или потерпевшего воспроизвести свои показания на местности в целях их проверки проведение этого следственного действия также теряет смысл. И здесь более предпочтительны другие способы проверки показаний.

Выбор следственного действия зависит, наконец, и от правильного определения следователем пределов доказывания. Следует ли, например, допрашивать всех находившихся в кинотеатре зрителей, ставших очевидцами преступления? В теории доказательств под пределами доказывания понимают такой необходимый комплекс собранных следователем доказательств, который является достаточным, т.е. обеспечивает достоверное установление фактов, необходимых для правильного разрешения дела. Следовательно, явно избыточную информацию нужно оставлять за пределами доказывания.

ГЛАВА 3.

ОСМОТР И ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ

§ 1. ОСМОТР[23]

Понятие и доказательственное значение осмотра. Осмотр – это осуществляемое следователем в соответствии с предусмотренной законом процедурой обследование места происшествия, жилища, иного помещения, предметов и документов в целях обнаружения следов преступления, иной, выраженной в физических признаках информации, имеющей значение для дела. От осмотра, как следственного действия, необходимо отличать осмотр принадлежащих юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю помещений, территорий и находящихся там вещей и документов, предусмотренный ст. 27.8 Кодекса об административных правонарушениях. Это административно-правовая мера, направленная на установление административных правонарушений. Близким по смыслу является предусмотренный законом «О милиции» осмотр производственных, складских, торговых и иных помещений, других хранилищ, изучение имеющихся там документов организаций и граждан на материальные ценности, проводимый органами внутренних дел. Согласно новой редакции п. 25 ст. 11 закона[24] , указанное действие работники милиции проводят при наличии данных о совершении не только административного правонарушения, но и преступления, облекая его в форму, близкую к процессуальной (присутствие понятых, представителя юридического лица, индивидуального предпринимателя, составление протокола, вручение его копии заинтересованным лицам). Такой осмотр, носящий «полупроцессуальный» характер, также нельзя отождествлять с осмотром как процессуальным действием, предусмотренным УПК. Направленный на активизацию борьбы с налоговыми преступлениями, он отличается от следственного осмотра тем, что производится с целью выявления оснований для возбуждения уголовного дела. По существу, это также административно-правовая мера.

[23] Данное следственное действие получило фундаментальную разработку в трудах В.И. Попова, А.Н. Васильева, А.Р. Ратинова, В..П. Колмакова, И.Е. Быховского, В.И. Смыслова, М.П. Шаламова и ряда других авторов.

[24] См.: Российская газета. 2003. 17 декабря.

Статья 176 УПК устанавливает, что целью осмотра, помимо обнаружения следов преступления, является выяснение других обстоятельств, имеющих значение для дела. К последним можно отнести обстоятельства, характеризующие ход и механизм исследуемого события (пути подхода к объекту, отхода от него, удаленность здания от соседних строений, характер разрушений и повреждений, указывающих на возможно примененные средства, предполагаемый маршрут движения лица и т.д.). Основной познавательной операцией, определяющей специфику осмотра, является наблюдение, т.е. преднамеренное восприятие объекта с целью его изучения. Но могут применяться и приемы измерения, сравнения, эксперимента. К последним относятся такие меры обследования осматриваемых помещений, которые называют «осмотром руками»: проверка, функционирует ли электроосвещение, газоснабжение, работает ли телефон, закрыты ли двери, шпингалеты на окнах и т.п.

Как и любое другое следственное действие, осмотр может проводиться лишь при наличии фактических оснований, т.е. данных о возможности достижения его целей. Для этого необходимо убедиться, что местность, жилище, иное помещение являются местом происшествия либо иным образом связаны с исследуемым событием и, следовательно, могут сохранить на себе следы. Формального основания, т.е. вынесения следователем постановления, закон не требует. Исключение составляют осмотр и выемка почтово-телеграфных от-

правлений, а также осмотр жилища, для которого необходимо постановление судьи (ч. 1 ст. 165, ч. 2 ст. 185).

В большинстве случаев осмотр является неотложным следственным действием и поэтому должен производиться без отлагательства, с тем чтобы не допустить утраты или уничтожения следов. Практика показывает, что осмотр - высокоэффективное средство раскрытия преступления и обеспечения всесторонности расследования, т.к. позволяет получить обширную информацию об исследуемом событии. Приступая к нему, следователь должен хотя бы в общих чертах выдвинуть версию о сущности этого события, определив границы осмотра. Результаты осмотра служат основанием для выдвижения более конкретных следственных версий и перехода к развернутому планированию. Анализ следственных ошибок убедительно свидетельствует о том, что отрицательный исход расследования часто порожден несвоевременным, некачественным, поверхностным проведением осмотра.

Доказательственное значение осмотра состоит в том, что составленный по его результатам протокол является одним из видов доказательств, предусмотренных ч. 2 ст. 74 и ст. 83 УПК. Кроме того, обнаруженные при осмотре предметы могут быть признаны вещественными доказательствами. Эти два вида доказательств тесно взаимосвязаны: отсутствие одного ведет к потере доказательственного значения другого. Но и протокол, и вещественные доказательства, а также изготовленные при проведении осмотра и прилагаемые к протоколу планы, схемы, фотоснимки, кинофильмы и видеозаписи могут стать допустимыми доказательствами только при неуклонном соблюдении процедуры осмотра и фиксации его результатов.

Виды и процессуальный порядок осмотра. Закон (ст. 176) определяет перечень объектов осмотра, выделяя этим его основные виды.

1. **Осмотр места происшествия**. Место происшествия – это участок местности, техническое сооружение или помещение (жилое и нежилое), на котором обнаружены предметы и следы (труп, следы борьбы и самообороны, взлома хранилищ, транспортные средства, оружие и т.п.), указывающие на возможное совершение преступления. Место происшествия нельзя отождествлять с местом совершения преступления, т.к. следы преступления могут быть преступником удалены с последнего и перемещены на другое место. Осмотр места происшествия, будучи неотложным следственным действием, в случаях, не терпящих отлагательства, проводится и до возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 176). При этом результаты осмотра могут стать основаниями к возбуждению уголовного дела.

2. **Осмотр местности**, не являющейся местом происшествия. В некоторых случаях осмотру подвергается местность, связанная с событием косвенным образом (например, осмотр схрона, где скрывался предполагаемый преступник, обследование территории с целью выявления путей подхода и отхода к месту преступления и т.п.).

3. **Осмотр жилища**. При его проведении следует исходить из конституционного положения о неприкосновенности жилища, согласно которому никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц. Нередко эти лица, будучи потерпевшими, не возражают против осмотра жилого помещения, являющегося местом происшествия, поскольку преступление посягало на их правоохраняемые интересы (кражи, грабежи, посягательства на личность и т.д.). В случае возражений против осмотра (их обычно заявляют подозреваемые, не желающие, чтобы осмотром были обнаружены следы, уличающие их в преступлении) он может производиться только на основании судебного решения (п. 4 ч. 2 ст. 29).

Следует, однако, заметить, что в этом случае обращение следователя к лицам, проживающим в жилом помещении и не желающим проведения в нем осмотра, раскрывает намерения следователя. При обращении следователя в суд за разрешением на осмотр между объявлением об осмотре и его фактическим проведением образуется временной интервал, вполне достаточный для того, чтобы возражающие против осмотра лица смогли уничтожить улики. Поэтому часто складывается ситуация, когда осмотр оказывается следственным действием, не терпящим отлагательства, т.е. когда он может производиться без разрешения суда. На практике именно таким образом разрешается коллизия между нормативным предписанием и реальностью.

4. **Осмотр иного помещения**. Таковым может оказаться нежилое помещение, оказавшееся местом происшествия, но также и помещение, не являющееся ни жилищем, ни местом происшествия, но иным образом связанное с обстоятельствами, подлежащими доказыванию (например, гараж, надворная постройка, не приспособленные для жилья, но бывшие местом, где преступник караулил свою жертву; зернохранилище, склад, осматриваемые с целью выяснения условий хранения ценностей). Объектом осмотра может стать и служебное помещение (офис) той или иной организации (например, для изучения следов проникновения преступников, и тогда это – место происшествия, а также средств коммуникации, мест расположения отдельных сотрудников, доступности посетителей и т.п.). Осматриваться может и торговый модуль, палатка, принадлежащие не организации, а частному лицу.

5. **Осмотр предметов и документов**. Объектом осмотра могут стать орудия преступления и оставленные ими материальные следы, обнаруженные на месте происшествия; личные (оброненные преступником) и иные документы, которые в силу места их обнаружения могут быть признаны вещественными доказательствами, транспортные средства (автотранспорт, подвижной состав, речные и морские суда, самолеты) на месте аварий. Своеобразным предметом, подлежащим осмотру, являются животные или их трупы (когда необходимо обнаружить их владельца по клейму, особым приметам). Осмотр этих объектов осуществляется в ходе «основного» осмотра. Но если это оказывается затруднительным вследствие большого количества изъятого, осмотр которого потребует длительного времени, или отсутствия соответствующих условий для осмотра на месте (необходимость привлечь специалиста, подозреваемого, применить технические средства и т.п.), осмотр предметов и документов может стать самостоятельной разновидностью осмотра.

Такое же положение складывается в случаях, когда предметы и документы были изъяты в ходе других следственных действий: при обыске, выемке, но не подвергались осмотру, либо когда они в порядке реализации своих прав были представлены потерпевшим, подозреваемым, обвиняемым, их защитниками и другими участниками для приобщения к уголовному делу (ч. 2 и 3. ст. 86). Осмотром документов, как разновидностью осмотра, является фактически и один из элементов сложного комплекса процессуальных действий, именуемого «Наложением ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка» (ст. 185).

6. **Осмотр трупа.** Эта разновидность осмотра регламентирована в УПК отдельно от других ввиду необходимости соблюдения при нем ряда специфических правил (ст. 178). Главное из них – обязательное участие в осмотре специалиста: судебного медика или иного врача. Эти лица выступают не экспертами (даже если по должности они именуются таковыми), а специалистами (ст. 168). Осмотр трупа может быть элементом осмотра места происшествия, но если труп уда-

лен с него по тем или иным причинам (раненый доставлен в лечебное учреждение и там скончался, требовалось срочно провести в морге вскрытие трупа для определения причин смерти и т.п.), осмотр трупа становится самостоятельной разновидностью данного следственного действия, проводимого там, куда он перемещен.

Таков же и осмотр эксгумированного трупа. Эксгумация (извлечение трупа из места захоронения) обладает рядом признаков следственного действия (например, выемки): о ее производстве выносится постановление, присутствуют понятые и специалист-медик, составляется протокол эксгумации. Но, как уже отмечалось, эксгумация не может считаться следственным действием, т.к. не обладает его главным признаком – получением доказательственной информации, ибо результаты эксгумации сами по себе доказательственной ценности не имеют. Такая информация может быть выявлена при осмотре эксгумированного трупа (либо при его опознании, экспертном исследовании, получении образцов). По этой причине эксгумацию следует рассматривать как необходимую предпосылку осмотра либо другого следственного действия. По нравственным соображениям при эксгумации должны соблюдаться особые требования: уведомление родственников, получение их согласия на эксгумацию, а при несогласии – получение разрешения суда. Согласно ст. 178 УПК, расходы по эксгумации возлагаются на родственников.

Процедура осмотра обстоятельно регламентирована законом и обеспечивает допустимость полученных при осмотре доказательств. Общим для всех видов осмотра является требование об обязательном участии понятых, которые вызываются для удостоверения факта производства следственного действия, его хода и результатов (ч. 1 ст. 170). В исключительных случаях УПК РФ (в отличие от УПК РСФСР) допускает возможность осмотра без понятых (ч. 3 ст. 170). Такими являются осмотр в труднодоступной местности при отсутствии надлежащих средств сообщения, при опасности для жизни и здоровья людей. Подобная ситуация может сложиться, когда осмотр места происшествия производится в высокогорной местности, на которую можно подняться лишь с применением приемов альпинизма, либо в условиях бездорожья (весенняя распутица, разлив рек, снежные заносы), для преодоления которого нужна соответствующая техника, а ее нет, в сложной метеорологической обстановке (пурга). Следователь, который должен прибыть на место происшествия, вынужден воспользоваться различными подручными средствами (верхом, на лыжах и т.п.), но требовать их использования для доставки понятых он не вправе. Может оказаться, что в безлюдной местности, где совершено преступление, вообще не проживают люди, которых можно было бы пригласить в качестве понятых. Опасность для жизни и здоровья понятых может возникнуть как в перечисленных выше случаях, так и вследствие проведения осмотра в условиях вооруженного конфликта либо возможного вооруженного сопротивления криминальных элементов, находящихся в осматриваемом помещении. Однако после устранения опасности понятые должны быть допущены к проведению осмотра. О причинах осмотра без понятых делается отметка в протоколе, а ход осмотра фиксируется с помощью видеозаписи; если же ее применение невозможно – это обстоятельство также фиксируется в протоколе.

Помимо понятых в осмотре могут участвовать и другие лица:

а) специалист. Участвуя в осмотре, он выполняет функцию научно-технического помощника следователя, оказывая ему содействие в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств (ч. 1 ст. 158). В осмотре трупа участвует судебно-медицинский эксперт, а при невозможности его участия – врач. К осмотру могут привлекаться и другие специалисты,

способные оказать содействие следователю в получении доказательств: криминалисты, автотехники, товароведы, специалисты по взрывному делу, авиационным происшествиям и др. Лишь при осмотре трупа участие специалиста-медика обязательно. В остальных случаях решение о вызове специалиста зависит от степени владения следователем соответствующими приемами обнаружения и закрепления доказательств;

б) эксперт, участие котрого в осмотре возможно по его ходатайству (п. 3 ч. 3 ст. 57). Роль эксперта не совпадает с ролью специалиста и состоит не в содействии следователю в получении доказательств (ст. 58), а в выявлении (с последующим отражением в протоколе осмотра) обстоятельств, существенных для последующей дачи им заключения;

в) обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, свидетель. Эти участники привлекаются к осмотру либо по их ходатайству, либо по усмотрению следователя, но с их согласия. В ходе следственного действия они либо способствуют своими пояснениями уточнению границ осматриваемого объекта (места происшествия), либо указывают на узловые точки события, что облегчает поиск следов, или на изменения, которые произошли в обстановке, что важно для обеспечения объективности осмотра. Кроме того, привлечение этих лиц целесообразно для того, чтобы убедить их в объективности осмотра и запечатления его результатов. При этом следует иметь в виду, что закон не обязывает их участвовать в осмотре и давать какие-либо пояснения. Поэтому привлечение их к осмотру целесообразно при ясно выраженном желании сотрудничать со следователем.

Если к осмотру привлечены подозреваемый или обвиняемый, а также если осмотр проводился по их ходатайствам или ходатайству защитника, участвовать в осмотре может также их защитник (п. 5 ч. 1 ст. 53);

г) по ходатайству потерпевшего, гражданского истца, их представителей в осмотре могут участвовать как они сами, так и их представители – адвокаты и иные лица, а также законные представители (ст. 42, 44, 45). Все эти лица, участвуя в осмотре, выполняют функции, вытекающие из их правового статуса;

д) представитель администрации организации, в которой производится осмотр. По смыслу ч. 6 ст.177 это лицо обязано участвовать в осмотре. Но если участие его обеспечить невозможно – об этом делается запись в протоколе;

е) при осмотре жилища должно присутствовать лицо, проживающее в нем, либо совершеннолетние члены его семьи, а при невозможности этого (например, единственный проживающий находится под стражей) – представители жилищных учреждений или местной администрации;

ж) в осмотре могут также участвовать прокурор, начальник следственного отдела, осуществляя при этом руководство следственным действием, а также сотрудник органа дознания (п. 4 ч. 2 ст. 38) для оказания содействия следователю (в охране места происшествия, пресечении противодействия осмотру, а также для оперативного сопровождения осмотра).

Понятым и всем другим привлекаемым к осмотру лицам перед началом осмотра разъясняются их права и обязанности, а также порядок проведения осмотра (ч. 5 ст. 164 УПК).

Из сказанного видно, что всех участников осмотра можно поделить на обязательных (следователь, понятые, врач при осмотре трупа, представитель администрации, владелец жилого помещения) и необязательных (все остальные), которые привлекаются к осмотру по их ходатайствам или по усмотрению следователя.

Как и другие следственные действия, осмотр проводится в дневное время. Однако учитывая его неотложный характер, в случаях, не терпящих отлагательства, осмотр может

производиться и в ночное время (ч. 3 ст. 164 УПК). При этом осмотр жилища может производиться и без разрешения суда, но с последующим уведомлением его о произведенном осмотре (ч. 3 ст. 165). К не терпящим отлагательства следует отнести обстоятельства, требующие немедленного обследования жилища или иного помещения. Таковы случаи, когда промедление с осмотром: 1) грозит возможностью уничтожения заподозренным лицом следов преступления, 2) может привести к продолжению преступных действий (например, изготовлению фальшивых денег), 3) препятствует задержанию подозреваемого, скрывшегося в помещении.

Непосредственным содержанием осмотра является осуществляемое органом расследования обследование объектов осмотра на основе наблюдения. Помимо наблюдения познавательная деятельность следователя при осмотре включает и другие приемы выявления следов, такие как измерение, сравнение, эксперимент. Задача следователя состоит в тщательном изучении места происшествия, других объектов, подлежащих осмотру. Следователь должен быть предельно внимательным и не пропустить деталей, которые могут иметь отношение к событию. При этом необходимо помнить, что значимыми для дела могут оказаться детали, на первый взгляд второстепенные, не связанные с событием. Критерием отбора таких деталей, т.е. основой суждения об их относимости, служит версия о сущности события, достаточно широко охватывающая все возможные его объяснения. Криминалистикой разработаны различные методы обследования (концентрический, эксцентрический и др.), обеспечивающие всесторонность и тщательность осмотра, т.е. его полноту. Применяются и различные криминалистические приемы: поиск маловидимых следов посредством их опыления, осмотр в косо падающем свете, применение поисковых технических средств и т.д.

Фиксация результатов осмотра осуществляется путем составления протокола и приобщения к нему предметов и документов, обнаруженных при осмотре. В силу требования непосредственности следователь по возможности должен изымать оригиналы следов (например, часть двери со следами орудия взлома, стакан, на котором сохранились отпечатки пальцев, и т.п.). При невозможности этого следователь ограничивается изготовлением слепков и оттисков. Факультативными (необязательными) средствами являются фото- и киносъемка, видеозапись, изготовление слепков и оттисков следов, планов и схем местности.

Протокол осмотра должен соответствовать общим требованиям, предъявляемым к протоколам следственных действий, сформулированным в ст. 166 УПК (см. приложения 4 и 5 к ст.476 УПК).

Так, он должен составляться либо в ходе осмотра (в этом случае следователь последовательно фиксирует промежуточные, а затем окончательные результаты осмотра), либо непосредственно после его окончания. Промедление с протоколированием чревато утратой (забыванием) деталей, выявленных при осмотре, трудностями удостоверения протокола участниками процесса. В протоколе должны быть точно указаны место и дата осмотра, должностное лицо, производившее его, и все его участники, а также факт разъяснения последним их прав и обязанностей, факт ознакомления их с содержанием протокола и удостоверения его правильности. При осмотре жилища фиксируется согласие на осмотр проживающих в нем лиц. Другие общие требования к составлению протокола конкретизированы в норме, определяющей содержание протокола осмотра (ст. 180).

Объективность фиксации результатов осмотра обеспечивается требованием указывать в протоколе внешние условия проведения следственного действия: время осмотра (отража-

ется с точностью до минуты момент его начала и окончания), состояние погоды и освещенность. Все обнаруженное при осмотре должно описываться в протоколе в той последовательности, в которой производился осмотр, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра (ч. 1 ст. 180). Последнее означает, что в протоколе излагаются только наблюдавшиеся следователем обстоятельства. Предположения и выводы следователя относительно механизма образования следов, последовательности действий преступника и т.д., которые неминуемо возникают в ходе осмотра, в протоколе не излагаются. Однако это требование не исключает необходимости сделать протокольное описание логичным и последовательным.

Ясное и понятное отображение в протоколе картины места происшествия – достаточно сложная задача, особенно в случаях, когда осмотру подвергается значительная по размерам территория, с множеством расположенных на ней объектов. Неупорядоченное описание всего того, что наблюдалось, может стать своеобразной инвентаризационной ведомостью, в которой в бессистемном порядке фигурируют многие вещи, что затрудняет возможность представить себе целостную картину места происшествия. Для того чтобы придать протоколу осмотра упорядоченность, целесообразно, зафиксировав в его вводной части общую характеристику места происшествия, взаиморасположение осматриваемых объектов, каждому из них посвятить затем отдельный раздел, содержащий подробное описание всего, что в этом объекте имеет отношение к делу. Системному описанию результатов осмотра способствует также учет выработанных практикой рекомендаций: а) употребление ясной терминологии, обозначающей типические свойства следов (поверхностные или объемные, от давления, скольжения или удара и т.д.); б) указание на последовательность обнаружения следов. Соблюдение этого

правила протоколирования (ч. 2 ст. 180) особенно важно, когда процесс осмотра соответствует хронологии события или его противоположному направлению (от последствий события к действиям, его вызвавшим); в) фиксация, наряду с признаками следов, приемов их обнаружения, так как последние сами по себе отражают некоторые скрытые свойства следов (выявление маловидимых следов опылением парами, порошками и т.д.), г) фиксация отрицательных результатов поисков следов, которые должны быть на месте происшествия при определенном течении события (отсутствие следов ног на мягком грунте перед взломанной дверью), и негативных обстоятельств (трупные пятна расположены не на нижних конечностях трупа, висящего в петле, а на спине). Вышеперечисленные приемы помогут придать языку «немых свидетелей» наибольшую последовательность и ясность.

Важной частью протокола осмотра является отражение в нем применения технических средств и полученных при этом результатов.

Эти средства не могут использоваться втайне от участников, а предупреждение их о возможности применения должно фиксироваться в протоколе. Если в ходе осмотра использовалась фотосъемка, результаты которой (фотонегативы, снимки) могут быть получены определенное время спустя, в протоколе фиксируется лишь факт и условия применения фотосъемки, а также точки, с которых она производилась, указываются сфотографированные объекты, технические характеристики фотоаппарата и пленки. Изготовленные же позже негативы, фотоснимки с указанием даты их изготовления отдельно удостоверяются подписью следователя и понятых (тех же, которые присутствовали при фотографировании) и прилагаются к протоколу в виде фототаблиц.

Схожей должна быть и фиксация факта применения видео- и киносъемки. После изготовления кинофильма он де-

монстрируется понятым и удостоверяется ими и следователем в отдельном протоколе. Видеофильм, изготавливаемый в ходе осмотра, после окончания записи демонстрируется участникам с отражением этого факта в протоколе осмотра. Видеозаписи, слепки, оттиски, планы и схемы, изготовленные непосредственно в ходе следственного действия, также должны быть удостоверены следователем и понятыми с соблюдением соответствующих рекомендаций криминалистики и приложены к протоколу.

Поскольку доказательственными результатами осмотра могут оказаться обнаруженные предметы, которые впоследствии могут стать вещественными доказательствами, а также документы, которые также могут стать ими либо «иными документами», закон предусматривает особые меры для обеспечения их сохранности и доказательственной ценности. В целях предотвращения встречающихся на практике случаев утраты, порчи и деформации изъятых при осмотре предметов и документов они должны быть в обязательном порядке упакованы, опечатаны и заверены подписью следователя. При этом необходимо указать, какой печатью они опечатаны и куда именно направлены для дальнейшего исследования, либо что они приобщены к протоколу. Дополнительной удостоверительной мерой является предъявление понятым, а также другим участвующим в деле лицам всего обнаруженного и изъятого при осмотре.

§ 2. ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ[25]

Понятие освидетельствования, основания его проведения и доказательственное значение. Освидетельствование – это осуществляемое следователем в соответствии с установленной законом процедурой обследование тела подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля в целях обнаружения информации (сведений), имеющей значение для дела. В сущности освидетельствование – это разновидность осмотра, ибо, как и при осмотре, обнаружение доказательственной информации происходит здесь на основе обычного наблюдения. Но, учитывая специфичность объекта освидетельствования, каковым является тело человека, наблюдение здесь также принимает специфические формы. Поэтому принято считать освидетельствование самостоятельным следственным действием. Статья 179 УПК подчеркивает, что освидетельствование производится, если не требуется судебно-медицинской экспертизы. Это означает, что освидетельствованию доступны лишь признаки, видимые простым глазом. Если же речь идет о «скрытой информации», т.е. недоступной внешнему наблюдению, либо видимой, но требующей истолкования на основе специальных познаний, необходимо назначение судебно-медицинской экспертизы.

Статья 179 УПК определяет цели освидетельствования как обнаружение на теле человека следов преступления, телесных повреждений и особых примет. К первым относятся ранения, ушибы, кровяные мазки, шрамы, кровоподтеки, следы действия орудий преступления, защитных средств (химловушек) и т.п. Особыми приметами являются родимые пятна, татуировки, послеоперационные рубцы, признаки про-

[25] Этому следственному действию посвящены работы Ф.Ю. Бердичевского, Л.В. Виницкого, Ю.Г. Торбина и ряда других авторов.

фессиональной деятельности и т.п. Телесные повреждения, о которых упоминает ст. 179, лишь констатируются при освидетельствовании (факт наличия, внешний вид, расположение), но тяжесть их не определяется, ибо это - полномочие эксперта.

Помимо этих целей ст. 179 указывает на выявление при освидетельствовании состояния опьянения или иных свойств и признаков, имеющих значение для уголовного дела. Следует признать, что эта цель практически выходит за рамки освидетельствования, т.е. наблюдения тела человека. Следователь, конечно, может простым наблюдением обнаружить признаки, обычно указывающие на нетрезвое состояние человека: запах алкоголя, неустойчивость позы, нарушение речи, дрожание пальцев рук, покраснение лица и т.п. Однако признаки эти многозначны, бывают присущи и другим состояниям человека: болезни, сопровождающейся приемом лекарств, переутомлению, страху и т.д., вследствие чего требуют истолкования врачей-специалистов[26].

Оценивая данную новеллу нормативного регулирования, следует отметить, что Кодекс об административных правонарушениях РФ предусматривает для подобных обстоятельств освидетельствование лица в медицинском учреждении (ч. 1 ст. 27.12 КоАП). Врач, работающий в нем, согласно инструкции Минздрава, проводит обследование с применением соответствующих тестов (давление, реакция, наличие алкоголя, поведение, ориентировка и т.д.), а в некоторых случаях анализа крови (при содержании алкоголя в крови более 0,5 промилле человек считается пьяным). По результатам обследования врач составляет акт освидетельствования.

[26] Поэтому трудно согласиться с тем, что следователь вправе зафиксировать состояние опьянения, признаки которого могут быть установлены на зрительном и органолептическом уровне. См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Под ред. А.Я. Сухарева. 2-е изд. М.: Норма, 2004. С. 314.

Таким образом, один и тот же вопрос в разных нормативных актах решается по-разному. Поскольку сами следователи состояние опьянения надежно установить не в состоянии, они обычно подобных освидетельствований не проводят, ограничиваясь медицинскими документами, полученными органами дознания в порядке административного производства. Если же такое обследование органом дознания не проводилось, следователь сам решает этот вопрос, направляя лицо в медицинское учреждение (обычно наркодиспансер), т.е. прибегая к административному, а не к процессуальному порядку, т.к. последний оказался фактически неосуществимым.

Необходимо отличать обычное освидетельствование от так называемого судебно-медицинского освидетельствования. Последнее уголовно-процессуальным законом не предусмотрено, но широко распространено в экспертной практике на основе нормативных актов Министерства здравоохранения, предусматривающих, что по письменному поручению следователя эксперт вправе обследовать живых лиц для определения тяжести, давности причинения телесных повреждений. Это действие, оформляемое актом судебно-медицинского освидетельствования и близкое к судебно-медицинской экспертизе, является не следственным, а экспертным, но осуществляемым в непроцессуальной форме. Поэтому после его применения в стадии возбуждения уголовного дела в последующей стадии – предварительного расследования – необходимо назначение экспертизы.

Освидетельствование представляет собой острое вторжения в сферу интересов личности. Для его проведения необходимы фактические и формальные основания. Первые – это имеющиеся в деле данные о том, что на теле освидетельствуемого сохранились следы преступления, имеются телесные повреждения или особые приметы. Формальное же ос-

нование – это постановление следователя о проведении освидетельствования. Оно обязательно для освидетельствуемых лиц (ч. 2 ст. 179), хотя и в разной степени. Обязательность освидетельствования означает возможность принудительного, против воли лица, обследования его тела. Требованию об освидетельствовании обязаны подчиниться подозреваемый и обвиняемый. Вопрос о возможности принудительного освидетельствования потерпевшего должен решаться с учетом не только положений закона, но и нравственных требований, ставящих под сомнение допустимость вторичного насилия по отношению к этому участнику. Освидетельствование свидетеля, согласно закону, может производиться с его согласия за исключением случаев, когда оно необходимо для оценки достоверности его показаний.

Доказательственное значение освидетельствования состоит в том, что обстоятельства, установленные осмотром тела человека, будучи зафиксированными в протоколе, становятся доказательством по делу. Возможно и выявление вещественных доказательств: ими могут быть обнаруженные на теле обследуемого лица следы металлизации, частицы крови, почвы, краски, пыли и т.п. Оба доказательства находятся в неразрывном единстве. Допустимость протокола освидетельствования и приложенных к нему материалов определяется соблюдением процедуры его проведения и фиксации результатов.

Процессуальный порядок освидетельствования предусматривает привлечение к его проведению не только освидетельствуемого лица, но и других участников. Хотя закон, по общему правилу, не требует присутствия при нем понятых, следователь, по ходатайству участников процесса или по собственной инициативе, вправе признать их участие необходимым. Такое решение в первую очередь целесообразно, когда освидетельствование носит принудительный характер.

Помимо понятых к проведению освидетельствования привлекаются: 1) законные представители несовершеннолетнего. Их участие способно ослабить травмирующее воздействие освидетельствования на несовершеннолетнего (особенно малолетнего); 2) защитник, когда освидетельствуется подозреваемый, обвиняемый; 3) адвокат-представитель потерпевшего, когда освидетельствуется потерпевший; 4) адвокат свидетеля, когда освидетельствуется свидетель (право свидетеля приглашать адвоката к участию в освидетельствовании аналогично его праву являться на допрос со своим адвокатом – ч. 4 ст. 56 и ч. 5 ст. 189). Все эти лица, участвуя в освидетельствовании, осуществляют права, которыми они наделены для успешной реализации своей функции, и этим способствуют объективному выявлению и запечатлению сведений, имеющих доказательственное значение.

К освидетельствованию следователь при необходимости привлекает врача или другого специалиста. Функция этого участника не совпадает с функцией эксперта: он лишь помогает следователю обнаружить и описать вид и расположение следов преступления, телесных повреждений и особых примет, но не дает им истолкования и оценки.

Решение об освидетельствовании следователь облекает в форму постановления, в котором должны быть указаны основания проведения данного следственного действия и лицо, подвергаемое освидетельствованию. Процедура освидетельствования начинается с оглашения постановления освидетельствуемому лицу: подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, свидетелю. Им разъясняют, что постановление для них является обязательным (кроме исключений, установленных для потерпевшего и свидетеля) и что они не вправе уклоняться от освидетельствования. При этом возможно и разъяснение последствий отказа от освидетельствования. Одновременно разъясняется порядок освидетельствования, указываются участвующие в нем лица.

Затем следователь или врач производят обследование тела освидетельствуемого. Важнейшим элементом данной процедуры является соблюдение нравственных требований. Если следователь и освидетельствуемый – лица одного пола, освидетельствование производит следователь. Он вправе также освидетельствовать лиц другого пола, если это не сопровождается обнажением освидетельствуемого. Но в противном случае освидетельствование производится через врача, следователь же не вправе присутствовать при обследовании. Понятые, если они присутствуют при данном действии, также должны быть одного пола с освидетельствуемым. Безусловно, недопустимы действия, создающие опасность для жизни и здоровья освидетельствуемого (ч. 4 ст. 164), а также действия, унижающие его честь и достоинство (ст. 9 УПК). Опасными для жизни и здоровья следует считать приемы обследования, связанные с хирургическим вмешательством.

Фиксация результатов освидетельствования осуществляется путем составления протокола и применения технических средств. Протокол освидетельствования (как и протокол осмотра) должен отражать: 1) последовательность обследования; 2) все обнаруженное при обследовании; 3) время и условия проведения обследования; 4) факт применения технических средств. В нем также отмечается факт разъяснения прав и обязанностей всем участникам (в т.ч. и обязанности подвергнуться освидетельствованию), соблюдение нравственных требований. Даже если освидетельствование производилось через врача, протокол составляется следователем со слов врача, о чем делается отметка в протоколе. Если освидетельствование проводилось принудительно – этот факт также отражается в протоколе.

К техническим средствам запечатления результатов освидетельствования относится фотографирование следов и особых примет. Также применяются составление схем (используются медицинские схемы тела) с указанием расположения следов и особых примет и приобщение к протоколу обнаруженных частиц (почвы, краски, крови) и волокон, которые могут быть признаны вещественными доказательствами.

ГЛАВА 4.

ОБЫСК, ВЫЕМКА, НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ПОЧТОВО-ТЕЛЕГРАФНЫЕ ОТПРАВЛЕНИЯ, ИХ ОСМОТР И ИЗЪЯТИЕ

§ 1. ОБЫСК

Понятие обыска и его доказательственное значение. Обыск и выемка – схожие по ряду присущих им свойств, но тем не менее самостоятельные следственные действия, различающиеся целью, основаниями и порядком проведения[27]. Поэтому нельзя рассматривать выемку как первоначальную часть обыска, завершающегося добровольной выдачей искомого. Обыск имеет определенное сходство с осмотром, т.к. в основе и того и другого действия лежит операция наблюдения. Существенное отличие от осмотра в том, что обследование объекта при обыске осуществляется принудительно, сопряжено с вторжением в сферу личных интересов граждан, вследствие чего наблюдение приобретает отчетливо выраженный поисковый характер, направлено на обнаружение скрываемых, а не лежащих на поверхности предметов.

Из сказанного и положений ч. 1 ст. 182 УПК следует, что обыск – это основанное на наблюдении и осуществляемое с соблюдением установленной законом процедуры принудительное обследование помещений, жилища и иных мест, отдельных граждан, их одежды с целью отыскания и изъятия вещественных доказательств, документов и ценностей, имеющих значение для дела, а также разыскиваемых лиц и трупов. Во многих случаях обыск является неотложным следственным действием и должен производиться сразу же, как только в нем возникает необходимость, чтобы не дать возможности заинтересованным лицам глубже спрятать или уничтожить следы преступления. Но и неотложный обыск возможен лишь после возбуждения уголовного дела и, как правило, в дневное время[28].

[27] Эти следственные действия получили фундаментальную разработку в трудах А.Р. Ратинова, А.И. Михайлова, Г.С. Юрина и других авторов.

[28] Верховный Суд РФ считает проведение обыска до возбуждения уголовного дела существенным нарушением уголовно-процессуального закона. См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1989. №1. С. 9, 10.

Такое представление об обыске способствует правильному выбору следственного действия в не вполне различимых ситуациях. Возможно проведение обыска не только в помещении, но и на открытой местности, если ее участок находится в чьем-то правомерном владении (огород, земельный участок), поскольку обследование такого участка представляет собой вторжение в сферу интересов владельца. В других случаях открытая местность – это объект осмотра. При решении вопроса – следует ли в жилище, являющемся местом происшествия, проводить осмотр либо обыск, необходимо исходить из того, будет ли обследование принудительным. Когда речь идет о поиске скрываемых объектов, необходим обыск, если же нет оснований считать, что лица, проживающие в жилище, скрывают искомое, достаточно проведение осмотра. Объектами обыска могут быть помещения (в т.ч. жилище), занимаемые подозреваемым и обвиняемым. Однако обыск может быть проведен и в помещении свидетеля и даже лица, не занимающего никакого процессуального положения, если известно, что в этих помещениях скрываются искомые предметы и документы.

Доказательственное значение обыска определяется тем, что протокол обыска, фиксирующий его положительные либо отрицательные результаты, т.е. обнаружение либо необнаружение предметов и документов, – это самостоятельный вид доказательств (ст. 84 УПК). Доказательственную ценность имеют обнаруженные при обыске предметы и документы, а также фотоснимки, кино- и видеофильмы, планы и схемы, изготовленные при его проведении, которые должны быть приложены к протоколу. Отсутствие записи о них в протоколе приводит к фактической утрате этих доказательств.

Основания и виды обыска. Поскольку обыск в большей мере, чем другие следственные действия, сопряжен с при-

нуждением, законодатель в ч. 1 ст. 182 детально регламентирует фактические основания его проведения. В этой норме, как уже говорилось выше (в § 2 гл. 1), четко определены цели следственного действия: отыскание орудий преступления, предметов, документов и ценностей, имеющих значение для дела. Здесь имеются в виду предметы, которые, в соответствии со ст. 81 УПК, могут быть признаны вещественными доказательствами. Таковыми являются ценности, полученные в результате преступной деятельности или нажитые преступным путем, предметы, на которые были направлены преступные действия, предметы, сохранившие на себе следы преступления, иные предметы, способствующие раскрытию преступления. В цели обыска входит и отыскание документов, которые могут стать вещественными доказательствами либо «иными документами» (личные документы подозреваемого, необходимые для его розыска, адреса, письма, совместные фотографии и т.п.). Следует подчеркнуть, что далеко не всегда следователь имеет четкое и определенное представление о том, какие конкретно предметы и документы он намерен отыскать. Обстоятельства дела нередко позволяют ему определить круг искомых предметов и документов лишь через их родовое обозначение: оружие, боеприпасы, оборудование для изготовления фальшивых денег, наркотические вещества, переписка с соучастниками и т.д. Но и в таком виде цели обыска должны быть обозначены в постановлении следователя. Неуказание искомых объектов создает неограниченную сферу поиска, давая следователю возможность изымать любые предметы и документы. Этим нарушаются имущественные интересы обыскиваемого и оправдывается чрезмерно широкое ограничение неприкосновенности его жилища и личной жизни. Часть 16 ст. 182 относит к целям обыска также обнаружение разыскиваемых лиц (скрывающихся подозреваемых, заложников, похищенных детей и др.) и трупов. Согласно п. 9 ст. 182, побочной целью обыска является изъятие предметов, хранящихся без надлежащего разрешения (оружие, взрывчатые вещества) и запрещенных или изъятых из оборота (наркотики, радиоактивные вещества).

Статья 182 УПК также определяет объекты, подвергаемые обыску, т.е. места, в которых могут быть скрыты предметы (жилище, помещение, принадлежащее лицу или организации, иное место, лицо, скрывающее при себе искомые материалы). Кроме того, в УПК определен объем информации, указывающей на возможность отыскания искомого и обусловливающей принятие решения о проведении обыска («достаточные данные полагать»).

Из анализа ч. 1 ст. 182 следует, что под фактическими основаниями обыска надо понимать совокупность сведений, позволяющих выдвинуть обоснованное предположение о местонахождении искомых объектов. Точных (достоверных) данных об этом закон не требует. Данными, обосновывающими решение об обыске, являются имеющиеся в деле доказательства. Материалы же, полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий (ст. 11 Закона об ОРД), могут быть положены в основу обыска, если они приобрели процессуальную форму доказательств либо не противоречат имеющимся доказательствам.

Помимо фактических оснований для производства обыска необходимо и формальное основание. Им является мотивированное постановление следователя (ч. 2 ст. 182), в котором должно быть указано хотя бы в общей форме, какие предметы будут отыскиваться при обыске, каковы его фактические основания, а в резолютивной части – решение произвести обыск с указанием места, где он будет производиться.

В соответствии с положениями Конституции РФ о неприкосновенности жилища (ст. 25) и ч. 3 ст. 182 УПК обыск в жилище граждан, независимо от согласия или возражения

проживающих в нем лиц, может производиться только с разрешения суда, данного им в результате рассмотрения ходатайства следователя. Ходатайство, согласованное с прокурором, излагается в постановлении следователя. Следователь и прокурор вправе участвовать в судебном заседании для обоснования ходатайства (ч. 3 ст. 165). Рассматривая его, судья должен обратить особое внимание на представленные ими материалы с точки зрения их достаточности для принятия решения об ограничении неприкосновенности жилища. В этом случае формальным основанием для проведения обыска становится постановление судьи.

Дополнительные основания необходимы для проведения обыска в помещениях, занимаемых дипломатическими представителями, и в помещениях, где проживают они сами и члены их семей. Обыск в этих помещениях может быть проведен лишь по их просьбе или с их согласия, испрашиваемого через Министерство иностранных дел РФ (ч. 2 ст. 3 УПК).

Поскольку законодатель определяет жилище как помещение, используемое для постоянного или временного проживания (п. 10 ст. 5 УПК), все иные помещения, в том числе и занимаемые учреждениями и организациями, могут подвергаться обыску без получения разрешения суда, на основании постановления следователя. Это же относится и к торговым помещениям (магазины, модули, палатки), принадлежащим частным лицам, и к участкам местности с ограниченным доступом.

В случаях, когда для проведения обыска не требуется разрешения суда, его проведение без достаточных к тому оснований – не столь уж редкое явление в следственной практике. Об этом, прежде всего, свидетельствует выявленное при изучении уголовных дел отсутствие ссылок на основания в постановлениях следователей о производстве обыска (при том, что, согласно приложениям 77, 79, 81 к ст.476 УПК, эти

основания должны быть указаны). Косвенным подтверждением необоснованности обысков служит их безрезультатность (хотя к ней могут привести и другие факторы). В 52 % случаев при проведении обысков «ничего не обнаружено и не изъято» (данные по Самарскому региону).

Когда проведение обыска не терпит отлагательства, он может быть проведен на основании постановления следователя без разрешения суда и санкции прокурора (ч. 5 ст. 165 УПК). К числу таких случаев следует отнести реальное опасение, что разыскиваемый и подлежащий изъятию объект может быть утрачен, поврежден или использован в преступных целях, разыскиваемое лицо может скрыться, предположение о том, что в помещении, подлежащем обыску, совершается преступление (слышны выстрелы, раздаются крики о помощи). В подобных случаях после проведения обыска следователь обязан в течение суток направить судье и прокурору уведомление о проведенном им следственном действии. К уведомлению прилагается постановление следователя и протокол обыска с тем, чтобы, рассмотрев их, судья мог убедиться в законности принятого следователем решения. В противном случае он должен признать результаты обыска недопустимыми доказательствами.

Из смысла закона усматриваются различные виды обыска: 1) в жилище граждан, а также в прилегающих к нему надворных постройках и подсобных помещениях, 2) в офисе, производственном и торговом помещении предприятий, организаций и частных лиц, 3) в помещениях, где проживают дипломатические представители и их семьи, 4) личный обыск, т.е. обследование тела и одежды человека, 5) на местности с ограниченным доступом (земельные участки).

Процессуальный порядок обыска. На основании ч. 2 ст. 38 УПК в случае неотложности обыска его проведение может быть поручено следователем органу дознания. Сотрудники

органа дознания также могут привлекаться следователем к участию в обыске для оказания содействия в его проведении (блокирование обыскиваемого помещения, преодоление возможного противодействия обыску, наблюдение за поведением обыскиваемого и т.п.). Обязательными участниками обыска являются понятые. Если обыску подвергается одновременно несколько помещений (комнат), понятые должны присутствовать в каждом из них. В случаях, когда производство обыска связано с опасностью для жизни и здоровья понятых, он, согласно ч. 3 ст. 170, может производиться и без их участия. Характерен в этом отношении следующий пример. Расследуя дело о серии убийств, разбойных нападений и вымогательств, совершенных в г. Тольятти бандой, руководимой рецидивистом А., работники УВД получили сообщение о том, что трое вооруженных членов банды находятся в одной из квартир жилого комплекса, где они хранили деньги и имущество, отнятые у потерпевших. Участники обыска в квартире могли столкнуться с вооруженным сопротивлением, ожидать которого имелись достаточные основания. В этой ситуации сотрудники ОМОНа ворвались в квартиру, обезоружили бандитов, надели на них наручники и только после этого пригласили понятых. По этому же делу при производстве второго обыска в другой квартире можно было ожидать взрыва самодельного взрывного устройства, имевшегося у преступников. Работники милиции не стали подвергать понятых опасности и поступили так же, как и в первом случае. Верховный Суд РФ отверг доводы защиты о недопустимости полученных в этих случаях вещественных доказательств (взрывное устройство, оружие, автодетали, деньги) как полученных в отсутствии понятых и указал, что конкретные обстоятельства события сделали невозможным привлечение их к проведению обыска.

Согласно ч. 11 ст. 182 УПК, когда обыск производится у обвиняемого, подозреваемого, при нем вправе присутствовать защитник. Закон специально подчеркивает, что если обыск производится в помещении другого лица, то при его проведении вправе присутствовать адвокат этого лица. Это нормативное предписание – проявление стремления законодателя усилить гарантии интересов лиц, против которых фактически, хотя и в неявной форме, осуществляется уголовное преследование. Важной гарантией законности обыска является обязательное присутствие при нем лица, в помещении которого он производится, либо совершеннолетних членов его семьи. При невозможности этого при обыске должен присутствовать представитель жилищно-эксплуатационной организации, сельской или поселковой администрации. Отсутствие лица при обыске, у которого он производится, порождает недопустимость протокола и обнаруженных вещественных доказательств[29] . Следователь вправе привлечь к участию в обыске специалиста, например для применения техники с целью обнаружения тайников, фиксации хода и результатов обыска и т.п. Для отбора искомых предметов могут быть приглашены в качестве специалистов антиквары, фармацевты, медицинские работники, а для раскопок и других трудоемких работ – вспомогательные участники. Для поиска взрывчатых веществ, наркотиков может быть приглашен кинолог со служебно-розыскной собакой.

При производстве обыска в помещениях, занимаемых дипломатическими представителями либо членами их семей, должен присутствовать прокурор и представитель МИДа.

С целью осуществления контроля за законностью и эффективностью обыска в нем могут участвовать прокурор и начальник следственного отдела.

Проблематично привлечение к обыску потерпевших и свидетелей. Эти лица могут опознать обнаруженные при

[29] См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. №8. С. 30-34.

обыске вещи как принадлежащие потерпевшему, т.е. содействовать определению их относимости. Однако следует иметь в виду, что в таких случаях следователь лишается возможности предъявить обнаруженные вещи для опознания этим лицам с соблюдением законной процедуры, ибо фактически опознание уже состоялось, но протекало без соблюдения надлежащей процессуальной формы.

Всем лицам, привлеченным к участию в обыске, разъясняются их права и обязанности, в т.ч. право присутствовать при всех действиях следователя и делать заявления по поводу этих действий, подлежащие занесению в протокол.

Обыск часто протекает в конфликтной ситуации, когда обыскиваемый надеется на его безуспешность и всемерно стремится (своим поведением, отвлекающими вопросами и т.п.) к тому, чтобы искомые предметы и документы не были найдены. Следователь же (или помогающий ему сотрудник органа дознания), понимая психологию прячущего, должен внимательно следить за его поведением, подмечать реакции на ход обыска и учитывать их, определяя направления дальнейших поисков (А.Р.Ратинов). Чтобы обеспечить успех обыска, он должен тщательно к нему подготовиться: выяснить расположение обыскиваемых помещений, собрать сведения об обыскиваемом, подобрать незаинтересованных в деле понятых и специалистов, подготовить нужные технические средства, принять в соответствии с рекомендациями криминалистики другие меры (например, определяя зону поисков, учесть известное положение о том, что при создании тайников обыскиваемые лица нередко используют свои профессиональные навыки).

Непосредственная процедура обыска складывается из ряда действий: 1) следователь предъявляет обыскиваемому постановление об обыске либо разрешение суда на обыск. Факт ознакомления с этими документами удостоверяется подпи-

сью обыскиваемого, 2) затем он предлагает обыскиваемому добровольно выдать отыскиваемые предметы, документы и ценности. Если они выданы добровольно и нет оснований опасаться их сокрытия, следователь вправе не производить поисков, 3) в противном случае он приступает к поиску предметов, документов и ценностей, указанных в постановлении, последовательно, шаг за шагом, обследуя возможные места их укрытия. При этом следователь вправе применить принудительные меры: вскрывать любые запертые помещения и хранилища, если владелец отказывается добровольно их открыть, избегая не вызываемого необходимостью повреждения имущества. Он также вправе пресекать попытки лиц, присутствующих при обыске, уничтожить или сокрыть подлежащие изъятию предметы, 4) обнаружив искомые предметы и документы, следователь должен предъявить их понятым и другим присутствующим лицам с тем, чтобы они могли ознакомиться с индивидуализирующими признаками этих объектов, факт обнаружения которых предстоит отразить в протоколе обыска. При этом следователь должен ограничиться изъятием лишь тех предметов или документов, которые, по его предположению, имеют отношение к делу.

Поскольку в ходе обыска могут быть выявлены обстоятельства личной жизни обыскиваемого, его личная и (или) семейная тайна, обстоятельства частной жизни других лиц, следователь, руководствуясь конституционным принципом неприкосновенности частной жизни (ст. 23 Конституции) и положениями ч. 7 ст. 182 УПК, обязан принять меры к тому, чтобы эти обстоятельства не были оглашены. С этой целью он должен предупредить участников обыска о необходимости сохранять втайне ставшие им известными сведения и взять у них подписку с предупреждением об ответственности за разглашение данных предварительного следствия по ст. 310 УК РФ.

Особенности проведения личного обыска. Личный обыск – это разновидность обыска, состоящая в принудительном обследовании тела и одежды человека, а также имеющихся при нем вещей с целью обнаружения предметов и документов, относящихся к делу.

Когда объектом личного обыска является тело человека, обыск отличается от освидетельствования тем, что при обыске следователь осуществляет поиск доказательств, возможно скрываемых в одежде, в полостях тела, чего нет при освидетельствовании. Нельзя отождествлять личный обыск с досмотром, который в соответствии с КоАП РФ является административно-правовой мерой, применяемой для установления административных правонарушений.

Личному обыску может быть подвергнут подозреваемый, обвиняемый, а в некоторых случаях свидетель и даже лицо, не имеющее процессуального статуса, если есть данные о том, что у них хранятся искомые предметы и документы. Для проведения личного обыска нужно не только фактическое, но и формальное основание. Поскольку личный обыск представляет собой ограничение конституционного положения о неприкосновенности личности, на его проведение, по общему правилу, требуется разрешение суда, оформленное постановлением (п. 6 ч. 2 ст. 29).

В то же время, согласно ч. 2 ст. 174 УПК, в трех случаях личный обыск может быть произведен без вынесения постановления следователем и без разрешения суда. Это возможно: 1) при задержании лица, 2) при заключении лица под стражу. В этих двух случаях личный обыск имеет целью предотвратить возможную попытку задержанного пронести в место лишения свободы оружие, наркотики и другие запрещенные к обращению предметы, 3) когда есть достаточные данные полагать, что лицо, присутствующее при обыске в помещении или ином месте, скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для дела.

Если личный обыск не терпит отлагательства, он может быть произведен на основании постановления следователя, без получения судебного решения, но с последующим судебным контролем за его законностью.

До последнего времени УПК допускал проведение личного обыска в отсутствие понятых. Однако Федеральным законом от 4 июля 2003 г. обязательное участие понятых распространено и на личный обыск (ч. 1 ст. 170 УПК). Этим существенно усилены процессуальные гарантии интересов лиц, подвергаемых личному обыску, а также гарантии законности проведения обыска и закрепления его результатов.

Чтобы уменьшить нравственный ущерб, причиняемый лицу личным обыском, особенно существенный в ситуациях, когда обыск производит лицо иного пола, закон распространяет на него правила, применяемые при освидетельствовании: личный обыск производится только лицом одного пола с обыскиваемым, с участием понятых и специалистов того же пола. При личном обыске особо важным является запрет действий, угрожающих здоровью и ущемляющих честь и достоинство обыскиваемого (ст. 9 УПК). С учетом этого представляется бесспорным, что поиск предметов, скрываемых в полостях тела, может осуществляться только врачом.

Фиксация результатов обыска. Обязательным средством фиксации является протоколирование (см. приложение 80 к ст.476 УПК). Протокол обыска должен содержать все сведения, подлежащие, в соответствии со ст. 166 УПК, включению в него: место и время проведения, участвующие лица, факт разъяснения им прав и обязанностей, предупреждения их о применении технических средств. Указывается цель обыска (отыскание и изъятие обозначенных в постановлении предметов и документов), детально фиксируются ход и результаты обыска с указанием, в каком месте и при каких обстоятельствах были обнаружены предметы, документы или

ценности. Отмечается, выданы ли они добровольно или изъяты принудительно. Если не будет зафиксировано место их обнаружения (само по себе указывающее на то, укрывались ли предметы и документы либо хранились открыто), доказательственное значение результатов обыска может быть ослаблено или вообще утрачено.

В протоколе должны быть отражены попытки обыскиваемого или других лиц уничтожить или спрятать подлежащие изъятию предметы, документы или ценности, иным образом воспрепятствовать ходу обыска, а также меры, принятые следователем для пресечения таких попыток.

С особой тщательностью должны быть описаны обнаруженные при обыске предметы и документы, что необходимо для предотвращения частых в практике утверждений обыскиваемых о том, что изъятые у них вещи были подменены другими. В этих целях закон требует, чтобы все изымаемые предметы перечислялись в протоколе с точным указанием их количества, меры, веса, индивидуальных признаков и по возможности стоимости. Нежелательно ограничиваться описанием общего характера («кольцо из металла желтого цвета», «шапка коричневого меха»). В случае изъятия значительного количества денежных купюр к протоколу может быть приложена их опись с обозначением номера каждой купюры. Отмечаются также заявления участников, сделанные ими в ходе обыска.

Копия протокола вручается под роспись лицу, в помещении которого производился обыск. Если обыск производится в помещении организации – копия вручается представителю администрации (ч. 15 ст. 182). Эти законоположения являются гарантией права указанных лиц оспаривать законность изъятия предметов и документов и, соответственно, требовать их возврата, а также обжаловать законность самого обыска и примененных принудительных мер. Представляется, что и при производстве личного обыска копия протокола обыска также должна вручаться обыскиваемому.

Изъятые предметы, документы и ценности приобщаются к протоколу. Чтобы обеспечить их сохранность, они при необходимости упаковываются, опечатываются следователем на месте обыска с отметкой об этом в протоколе, что удостоверяется подписью обыскиваемого, понятых и других участников. Если целью обыска было обнаружение трупа – фиксируется состояние обнаруженного трупа, его одежды, другие выявленные осмотром данные, а также меры по установлению его личности (опознание родственниками и др.). Но обнаруженный труп может быть осмотрен отдельно, с соблюдением процедуры, предусмотренной ст. 178 УПК.

К протоколу обыска могут также прилагаться изготовленные следователем планы обыскиваемого помещения, с обозначением мест, в которых были обнаружены искомые объекты.

Для повышения эффективности обыска могут быть применены технические средства поискового характера (металлоискатели, геолокаторы, газоанализаторы), а для более полного запечатления его хода и результатов (обнаружение мест укрытия искомого, извлечение его из тайников, внешний вид изъятых предметов и документов) технические средства удостоверительного характера (фото- и киносъемка, видеозапись). Применение поисковых средств фиксируется в протоколе обыска в случае необходимости, применение же удостоверительной техники отражается в обязательном порядке, с указанием условий ее применения и полученных результатов. С помощью фотосъемки наглядно фиксируется внешний вид изъятых предметов и документов. Особенно эффективным средством запечатления хода и результатов обыска является видеозапись, способная отобразить динамические элементы следственного действия (например, процесс извлечения предметов из тайников).

§2. ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ПРОИЗВОДСТВА ВЫЕМКИ

Выемка – это следственное действие, состоящее в принудительном изъятии с соблюдением предусмотренной законом процедуры предметов и документов, имеющих значение для дела. Если фактическими основаниями обыска являются предположения о возможности обнаружения и изъятия из определенных мест искомых объектов, то выемка производится, «если точно известно, где и у кого они находятся» (ч. 1 ст. 183 УПК). Основанием для такого вывода являются имеющиеся в деле доказательства, с несомненностью указывающие на вид искомых объектов и их местонахождение. Другими словами, сведения о виде и местонахождении искомых предметов и документов при выемке должны носить не вероятный, а достоверный характер. Этим выемка отличается от обыска, хотя порядок проведения того и другого действия во многом тождественен. Недопустима наблюдаемая в практике подмена выемки «изъятием» предметов и документов, т.к. изъятие – это институт административного, а не уголовно-процессуального права, свободный от требований уголовно-процессуальной формы и применяемый для установления административных правонарушений. Выемку не следует отождествлять и с предусмотренным законом временным изъятием документов организаций и граждан на материальные ценности и денежные средства, осуществляемым органами МВД для установления их подлинности, либо при наличии оснований полагать, что эти документы могут быть уничтожены, сокрыты, заменены или изменены. Такая мера, установленная новой редакцией п. 25 ст. 11 Закона «О милиции», хотя и применяется при наличии данных, влекущих не только административно-правовую, но и уголовную ответственность, и реализуется в форме, близкой к процессуальной (составление протокола, привлечение понятых и т.п.), сохраняет все же свой административно-правовой характер. Она отличается от выемки своей обеспечительной целью и кратковременностью: применяется на срок не более семи суток, а при угрозе приостановки деятельности предприятия, осуществляющего финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность, – на срок не более 48 часов.

Органы расследования чаще всего производят выемку предметов и документов из служебных помещений предприятий и организаций, хотя не исключается и выемка из жилых помещений граждан. В этом случае выемка может производиться только с разрешения суда. Такой же порядок установлен для выемки документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных организациях (п. 7 ч. 2 ст. 29 УПК). В остальных случаях формальным основанием для выемки является мотивированное постановление следователя (см. приложение 77 к ст.476). Однако, когда речь идет о выемке предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, требуется согласие прокурора (ч. 3 ст. 183 УПК).

Процедура выемки имеет много общего с процедурой обыска (особенностями отличается выемка почтово-телеграфных отправлений) и в целом значительно более проста, т.к. не предусматривает поиска скрываемых предметов и документов. После ознакомления лица с постановлением следователь предлагает ему выдать предметы и документы, подлежащие изъятию, а при их добровольной выдаче ограничивается (если выдано все искомое) фиксацией этого факта в протоколе. В противном случае следователь изымает предметы и документы принудительно, для чего может производиться вскрытие хранилищ. При выемке применяются аналогичные обыску гарантии: недопустимость изъятия пред-

метов и документов, не относящихся к делу, предъявление изъятого понятым, неразглашение обстоятельств частной жизни и т.д.

Ход и результаты выемки фиксируются в протоколе. Его содержание регламентировано ст. 166 и 182 УПК и в основном совпадает с содержанием протокола обыска. Протокол выемки, а также изъятые предметы и документы являются доказательствами, одно из которых без другого теряет доказательственное значение. Копия протокола выемки должна быть вручена лицу, у которого были изъяты предметы и документы, чем обеспечивается возможность обжалования действий следователя и предъявление иска о возврате необоснованно изъятого.

§ 3. НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ПОЧТОВО-ТЕЛЕГРАФНЫЕ ОТПРАВЛЕНИЯ, ИХ ОСМОТР И ИЗЪЯТИЕ

Арест, осмотр и изъятие почтово-телеграфных отправлений – это эффективное средство раскрытия преступлений, позволяющее в негласном порядке выявить намерения подозреваемых и обвиняемых (планирование новых преступлений, сокрытие следов и т.д.), определить круг соучастников преступлений, получить информацию о местонахождении вещественных доказательств, трупа, установить каналы сбыта похищенного и другие обстоятельства, подлежащие доказыванию. Однако негласный характер этих действий не превращает их в оперативно-розыскное мероприятие, предусмотренное п. 9 ст. 6 Закона об ОРД (контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений), т.к. 1) познавательную деятельность осуществляет не оперативный

орган, а сам следователь; 2) эта деятельность детально урегулирована процессуальным законом.

Рассматриваемое действие представляет собой комплекс трех процессуальных действий: 1) ареста почтово-телеграфных отправлений, 2) их осмотра и 3) выемки. Первое из них – не следственное, а организационно-распорядительное действие, а осмотр и выемка – два самостоятельных следственных действия, производимые одно за другим. В некоторых случаях, когда в отправлении не содержится искомой информации, указанный комплекс ограничивается арестом и осмотром корреспонденции, без ее выемки.

К почтово-телеграфным отправлениям относятся те их виды, в которых могут содержаться сведения и предметы, интересующие следствие. Таковы письма, почтовые открытки, телеграммы, телефонограммы, радиограммы, денежные переводы, посылки, бандероли. Пейджинговые и радиотелефонные сообщения контролируются в ином порядке, предусмотренном ст. 186 УПК. Аресту подлежат как исходящие от лица, так и поступающие к нему почтово-телеграфные отправления.

Закон не определяет, почтово-телеграфные отправления каких лиц подлежат аресту, осмотру и выемке. В первую очередь, это подозреваемые и обвиняемые. Но контроль отправлений может осуществляться и в отношении свидетелей, потерпевших и иных лиц, если имеются данные о том, что они обмениваются информацией, имеющей значение для раскрытия преступления. Однако представляется недопустимым контроль за перепиской между защитником и подзащитным, т.к. он представлял бы собой неправомерное нарушение профессиональной тайны адвоката.

Осмотру и выемке предшествует арест отправлений, т.е. прекращение их дальнейшего движения ввиду задержания в учреждениях связи. Поскольку арест и последующие

осмотр и выемка отправлений представляют собой существенное ограничение права граждан на тайну переписки, иных сообщений и, согласно Конституции РФ, допускаются на основании судебного решения (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ), закон четко определяет порядок получения следователем разрешения суда. Как и в других случаях, сопряженных с ограничением конституционных прав граждан, следователь возбуждает об этом мотивированное ходатайство перед судом, облеченное в форму постановления, согласованного с прокурором. В нем указываются: а) данные о лице, почтово-телеграфные отправления которого должны задерживаться, и его адрес; б) основания ареста, осмотра и выемки отправлений, т.е. имеющиеся в деле доказательства, указывающие на то, что отправитель может сообщить своему адресату сведения или переслать предметы, имеющие значение для дела; в) виды отправлений, подлежащие аресту; г) наименование учреждения связи, на которое возлагается обязанность задерживать соответствующее отправление. Ходатайство рассматривается судьей с соблюдением обычной процедуры, предусмотренной законом (ч. 1-4 ст. 165 УПК). Решение судьи облекается в форму постановления, содержащего разрешение на арест, последующий осмотр и выемку отправлений; копия постановления направляется судьей непосредственно либо через следователя в учреждение связи. Этим на учреждение связи возлагается обязанность задерживать почтово-телеграфные отправления и незамедлительно уведомлять следователя о их поступлении. Арест действует на протяжении срока предварительного расследования, но не позднее дня его окончания. В этот момент следователь обязан отменить арест, с обязательным уведомлением об этом суда и прокурора. Отмена ареста возможна и раньше, если в процессе расследования в нем отпала необходимость.

Получив уведомление об аресте отправлений, следователь прибывает в учреждение связи и производит осмотр отправления. Для этого не требуются обычные фактические основания осмотра, достаточно постановления судьи. При осмотре отправления соблюдается характерная для осмотра процедура. Но есть и особенность: понятыми могут быть только работники данного почтово-телеграфного учреждения. Для перевода текста письменного сообщения, выполненного на языке, которым следователь и понятые не владеют, может быть приглашен переводчик. В осмотре может участвовать и специалист (например, сотрудник оперативно-технического подразделения для выявления и фиксации отпечатков пальцев). Независимо от того, обнаружена ли осмотром почтово-телеграфного отправления относящаяся к делу информация или нет, о результатах осмотра составляется протокол, в котором помимо обычных данных, требуемых ст. 166 УПК, отражаются вид почтово-телеграфного отправления, подвергнутого осмотру, сведения, содержащиеся в нем (в т.ч. содержимое бандероли и посылок, имеющее значение для дела), а также кем и кому оно направлено. Если выявленные при осмотре сведения не имеют отношения к делу или если следователь ограничивается осмотром отправления и снятием с него копии (например, когда по тактическим соображениям целесообразно направить отправление адресату), следователь принимает меры к тому, чтобы оно продолжило движение в неповрежденном виде. Об этом делается соответствующая отметка в протоколе осмотра. В том же случае, когда отправление содержит значимую для дела информацию, причем доказательственную ценность имеет и оригинал отправления (подлинное письмо, телеграмма и т.д.), следователь производит его выемку с соблюдением правил ее проведения. Выемка, оставаясь самостоятельным следственным действием, производится при этом вслед за осмотром, являясь как бы его продолжением, т.к. фактические основания выемки, т.е. сведения о наличии искомой информации, содер-

жатся в протоколе осмотра. При подобных обстоятельствах нет необходимости в составлении отдельного протокола выемки: об осмотре и выемке составляется единый протокол, отражающий как результат осмотра, так и факт изъятия конкретного почтово-телеграфного отправления. Последнее и станет доказательством после приобщения его к делу постановлением следователя. Доказательственная информация, полученная в результате осмотра и выемки отправлений, может иметь различную форму. Это знаковое (текстовое) сообщение, передаваемое адресату (например, содержащее инструкцию о его ожидаемом поведении), и выступающие «иными документами» переводы денежных сумм, указывающие на характер отношений отправителя с адресатом (тоже «иной документ»), предметы, пересылаемые по почте (нейтральные, а также связанные с возможной преступной деятельностью – наркотики, оружие), которые могут быть признаны вещественными доказательствами. Все они будут иметь доказательственное значение лишь вместе с протоколом осмотра и выемкой отправлений, удостоверяющими, какие именно материалы содержались в почтово-телеграфных отправлениях.

ГЛАВА 5.

ДОПРОС И ОЧНАЯ СТАВКА. КОНТРОЛЬ И ЗАПИСЬ ПЕРЕГОВОРОВ

§ 1. ДОПРОС[30]

Понятие допроса и его доказательственное значение. Допрос – это получение в соответствии с установленной законом процедурой от допрашиваемого лица сведений о существенных обстоятельствах дела путем постановки перед ним задачи на воспроизведение и передачу хранящейся в его памяти информации в устной форме. Из сказанного следует, что познавательную основу данного действия составляет операция расспроса. Наблюдение же (мимики и жестов допрашиваемого) играет вспомогательную роль, помогая следователю лучше уяснить смысл словесного сообщения. Иная ситуация при допросе глухонемых, здесь допрашиваемый передает информацию языком жестов, доступным наблюдению. Но сообщение допрашиваемого принимает и преобразует в обычную речь переводчик, а не следователь.

Допросу подлежат подозреваемый и обвиняемый, если они желают дать показания (п. 2 ст. 173 УПК), потерпевший и свидетель, если они не воспользовались иммунитетом (п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК), а также эксперт и специалист. Допрос последних – неотъемлемая часть экспертизы и деятельности специалиста, связанной с дачей им заключения. Для подозреваемого и обвиняемого дача показаний на допросе служит средством их защиты от подозрения и обвинения. Давая показания, потерпевший также защищает свои права, осуществляет обвинительную функцию, а свидетель выполняет правовую обязанность и моральный долг содействовать правосудию.

Допрос проводится в служебном кабинете следователя, но в случае необходимости – в месте нахождения допрашиваемого: в занимаемом им жилом помещении, в лечебном учреждении, учебном заведении, в офисе организации, на промышленном предприятии, в учреждении лишения свободы и т.д. Такая необходимость возникает в случаях, когда допрос оказывается первоначальным следственным действием, оттяжка которого недопустима (например, когда без допроса невозможно представить себе картину события и спланировать проведение других следственных действий), либо когда допрашиваемый по состоянию здоровья не может явиться к следователю. Лица, находящиеся под стражей, чаще всего допрашиваются в помещении следственного изолятора, где для этого выделены специальные кабинеты. Возможен допрос всех подлежащих ему лиц на месте, где происходило событие, о котором им предстоит рассказать. Вид местности по закону ассоциаций играет роль пускового механизма для оживления памяти и припоминания забытого. Однако этот прием допроса не превращает данное действие в проверку показаний на месте: последняя имеет иные цели (см. § 3 главы 6 данной работы).

Доказательственное значение допроса в том, что в результате его проведения следователь получает показания подозреваемого (ст. 76 УПК), обвиняемого (ст. 77), потерпевшего (ст. 78), свидетеля (ст. 79). Допустимость этих доказательств определяется соблюдением процедуры допроса. УПК, конкретизируя это общее положение, считает недопустимыми показания подозреваемого и обвиняемого, полученные в отсутствие защитника и не подтвержденные ими в суде, а также показания свидетеля и потерпевшего, если они не могут указать на источник своей осведомленности. Нельзя считать отдельным видом доказательства протоколы допроса указанных лиц, т.к. они служат лишь процессуальной формой сохранения показаний и в силу требований непосредственности могут быть оглашены в суде лишь в некоторых случаях.

[30] Допрос и очная ставка получили фундаментальную разработку в трудах А.Б.Соловьева, А.Н. Васильева, Л.М. Карнеевой, Н.И. Порубова, Г.Г. Доспулова, А.А. Закатова, А.А. Чувилева, И. Кертеса и других авторов.

Доказательственную ценность имеют также и прилагаемые к протоколу изготовленные допрашиваемым в ходе допроса схемы, чертежи, рисунки, диаграммы, которые в наглядно-образной форме иллюстрируют и конкретизируют отдельные фрагменты показаний.

Основания и процессуальный порядок допроса. Для проведения допроса необходимы основания. В отношении подозреваемого и обвиняемого фактических оснований не требуется, формальными же основаниями являются акты, констатирующие появление в процессе данных участников и возлагающие на следователя обязанность обеспечить их право на дачу показаний, т.е. допросить их, если они не отказываются от дачи показаний (ч. 1 ст. 46 и ч. 1 ст. 47). Основанием допроса потерпевшего также является формальный акт-постановление о признании его таковым (ч. 1 ст. 42). Однако для дополнительного допроса этих лиц нужны фактические основания, т.е. данные о том, что они располагают сведениями, которые не были получены при первом допросе. Иными являются основания допроса свидетеля – это данные о том, что ему известны обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения дела (ч. 1 ст. 56 УПК). В этом случае речь идет о данных предположительного характера, но и они должны обязательно иметься у следователя при принятии им решения о проведении допроса. О недооценке данного требования на практике косвенно говорит весьма значительное количество допросов (более 60 %) от общего числа, не давших в распоряжение следователя полезной информации.

Как и любое другое следственное действие, допрос не может проводиться в ночное время (с 22.00 до 6.00 по местному времени), кроме случаев, не терпящих отлагательства. К ним следует отнести опасное для жизни состояние допрашиваемого, необходимость предотвращения сговора подозреваемых и другие подобные обстоятельства.

У подлежащих допросу свидетеля и потерпевшего может быть взято обязательство о явке (ч. 1 ст. 112 УПК). Они вызываются к следователю повесткой, в которой указывается, кто и в каком качестве вызывается, адрес, по которому надлежит явиться, дата и время явки на допрос, последствия неявки без уважительных причин. Повестка направляется по почте или с использованием иных средств связи (телефонограммой, радиограммой) либо с посыльным. Следователь должен быть уверен, что повестка вручена адресату.

В случае временного отсутствия вызываемого она вручается совершеннолетнему члену семьи, передается администрации по месту работы вызываемого или, по усмотрению следователя, иным лицам и организациям для вручения вызываемому. Факт вручения повестки должен быть удостоверен распиской его самого, либо члена его семьи, либо уведомлением почтового учреждения о вручении. При неявке потерпевшего или свидетеля по неуважительным причинам он может быть доставлен к следователю приводом на основании вынесенного следователем постановления (ч.4 ст. 113). Уважительными причинами неявки могут быть неполучение повестки, командировка, болезнь, стихийное бедствие, иные обстоятельства, исключающие возможность явки. В таком же порядке вызываются на допрос подозреваемый и обвиняемый, находящиеся на свободе. Если эти лица находятся под стражей, они доставляются на допрос органами внутренних дел. Военнослужащий вызывается на допрос через командование воинской части. Все подлежащие допросу лица при неявке могут быть подвергнуты судом денежному взысканию на основании составленного следователем протокола (ч. 3 ст. 118).

Таким образом, допросу могут быть подвергнуты лица, занимающие разное процессуальное положение. Это свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые. Закон зара-

нее не ограничивает круг подлежащих допросу свидетелей и потерпевших их возрастом: возможность допроса малолетних или престарелых определяет сам следователь. При необходимости решения вопроса о их способности правильно воспринимать обстоятельства дела и давать показания назначается экспертиза[31] . В то же время закон исключает из круга допрашиваемых некоторых лиц, хотя они и располагают информацией, полученной в процессе осуществления своих профессиональных обязанностей. Это судья, присяжный заседатель, адвокат, защитник подозреваемого и обвиняемого, священнослужитель, член Совета Федерации и депутат Государственной думы. Запрет допроса этих лиц продиктован соображениями охраны профессиональной тайны как условия их эффективной деятельности (ч. 3 ст. 56 УПК). Не подлежат допросу лица, пожелавшие воспользоваться свидетельским иммунитетом (п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК). Кроме того, нельзя допрашивать лиц, страдающих физическими и психическими недостатками, вследствие которых они неспособны правильно воспринимать и воспроизводить обстоятельства, имеющие значение для дела. Но закон допускает возможность допроса в качестве свидетелей других участников процесса: понятых, секретарей и даже дознавателей, следователей и оперативных работников, когда необходимо выяснить обстоятельства, ставшие им известными при выполнении своих обязанностей. По поводу возможности допроса последних иногда высказываются возражения, основанные на том, что свидетель – это участник процесса, создаваемого самим ходом исследуемого события, между тем как следователь, дознаватель таким лицом не был, ибо получил

[31] Регулирующая этот вопрос ст. 196 (ч. 4) УПК упоминает только о потерпевшем, однако сомнения в способности дать показания могут возникнуть и относительно свидетеля, который, полагаем, в этом случае может быть подвергнут экспертизе, но с его согласия (ч. 4 ст. 195).

информацию в процессе расследования. Кроме того, вызовы следователей в суд для проверки ссылок допрашиваемых на применение недозволенных методов допроса серьезно осложняют выполнение ими своих непосредственных обязанностей. Представляется, что с этими возражениями нельзя все же согласиться как по формальным соображениям, так и по существу. Согласно ч. 1 ст. 56 УПК, свидетель – это лицо, которому могут быть известны существенные обстоятельства дела. Здесь не говорится о способе получения им информации. Под такое определение вполне подпадает и следователь, и оперативник. Кроме того, без допроса следователя, о незаконных действиях которого сообщает обвиняемый, часто практически невозможно выяснить обстоятельства допроса, осмотра и т.д. и определить допустимость полученных при этом доказательств. По такому пути идет и судебная практика. Но если следователь был допрошен в качестве свидетеля, он в дальнейшем уже не может выполнять по делу функции следователя[32] .

Как видно из закона (ч. 2 ст. 78 и ч. 2 ст. 79), предмет допроса свидетелей и потерпевших широк: это все известные им обстоятельства, имеющие отношение к делу, включая взаимоотношения с подозреваемым, обвиняемым (добавим, и со свидетелями). Подозреваемый допрашивается по поводу обстоятельств, вызвавших подозрение, а обвиняемый – по поводу предъявленного обвинения[33]. Стремясь предотвратить неправомерное давление на обвиняемого, отказавшегося дать показания, закон (ч.4 ст.173) допускает повторный допрос только по просьбе самого обвиняемого.

[32] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. №7. С. 21.

[33] Применительно к допросу обвиняемого это положение закона (ч. 2 ст. 173 УПК) означает, что именно при первом допросе лица в качестве обвиняемого у него выясняется, что он желает показать по существу обвинения. При этом не имеет значения, давал ли он ранее показания по этому вопросу в качестве свидетеля. См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. №2. С. 19.

В допросе, помимо следователя, могут с целью контроля за правильностью его проведения участвовать прокурор и начальник следственного отдела. При необходимости привлекается переводчик, а также специалист (для помощи следователю в формулировке вопросов). Участвующий в допросе эксперт выясняет обстоятельства, существенные для дачи им заключения. Фактически обязательным в допросе подозреваемого и обвиняемого является участие защитника. В соответствии с ч. 2 ст. 53 УПК защитник при этом вправе проявлять достаточную активность: давать допрашиваемому в присутствии следователя краткие консультации, задавать ему с разрешения следователя вопросы, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты протокольных записей. Закон предусматривает также право адвоката участвовать в допросе свидетеля, вместе с которым он явился на допрос. В этом случае адвокат имеет те же права, что и защитник, участвующий в допросе подозреваемого и обвиняемого. Следователь может отвести вопросы адвоката, но обязан занести их в протокол допроса (ч. 5 ст. 189).

Никакие другие лица, в т.ч. другие свидетели, потерпевшие, подозреваемые и обвиняемые при допросе присутствовать не должны, т.к. это могло бы оказать на допрашиваемого нежелательное воздействие. Следователь должен предотвращать возможность общения недопрошенных лиц между собой.

По соображениям безопасности при допросе свидетеля и потерпевшего могут быть сохранены втайне сведения об их личности. Для этого в соответствии с ч. 9 ст. 166 УПК они могут быть допрошены под псевдонимом, присвоенным им следователем. Решение об этом следователь обосновывает в постановлении, согласованном с прокурором.

Перед непосредственным осуществлением допроса следователь обязан предпринять ряд мер, направленных на

обеспечение прав допрашиваемых и в то же время на предотвращение возможности утаивания и искажения ими информации. Таковы:

а) предотвращение допроса ненадлежащего лица (явившегося вместо вызываемого по ошибке или умышленно), для чего необходимо убедиться в личности явившегося (путем ознакомления с документом, удостоверяющим личность);

б) разъяснение каждому допрашиваемому лицу, в каком качестве и по какому делу он допрашивается, какие права представлены ему при допросе и в каком порядке будет производиться допрос. Особенно важное значение имеет разъяснение права на отказ от показаний, т.е. на свидетельский иммунитет (ст. 11, 42, 46, 47, 56 УПК), и последствий отказа от иммунитета;

в) предупреждение свидетеля и потерпевшего об ответственности за отказ от показаний и дачу ложных показаний, предусмотренной ст. 307 и 308 УК. Об ответственности по этим статьям предупреждается также переводчик, привлеченный к допросу, а также допрашиваемые эксперт и специалист;

г) предупреждение допрашиваемых о том, что будут применяться технические средства.

Допрос по существу начинается предложением свидетелю и потерпевшему рассказать все известное им по обстоятельствам, в связи с которыми они вызваны на допрос, а подозреваемому и обвиняемому – об обстоятельствах, вызвавших подозрение или составляющих предъявленное обвинение. Это – «свободный рассказ» допрашиваемого. Исследователи отмечают, что на этом этапе допроса показания выигрывают в точности, но проигрывают в полноте[34].

После этого следователь вправе задавать вопросы. Они могут быть а) напоминающими, б) уточняющими, в) допол-

[34] Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 221-224.

няющими, г) контролирующими. При ответе на них показания выигрывают в полноте, но проигрывают в точности, что объясняется внушающим воздействием вопросов[35].

Следует иметь в виду, что любой вопрос имеет две части: констатирующую и вопрошающую. Лицо, задающее вопрос другому, не только стремится восполнить недостаток своих знаний, но и сообщает ему некую информацию[36].

Чтобы предотвратить связанную с этим возможность внушения, закон категорически запрещает ставить допрашиваемым наводящие вопросы. Таковыми являются вопросы, в самой формулировке которых в явной или скрытой форме содержится подсказка желаемого ответа. Наводящим, к примеру, является открытая подсказка: «не держал ли подозреваемый в руке нож», в то время как сделанный в нейтральной форме вопрос должен звучать так: «Было ли что-нибудь в руках у подозреваемого». Но и такой вопрос в другой системе координат (например, когда неизвестно, был ли подозреваемый участником события) носит наводящий характер. Поэтому к постановке вопроса необходимо подходить с осторожностью, он должен быть сформулирован так, чтобы допрашиваемый не мог извлечь из него никакой новой информации об обстоятельствах дела и вынужден был опираться только на собственную память (А.Р. Ратинов).

Запрещая задавать наводящие вопросы, закон устанавливает, что в остальном следователь свободен в выборе тактики допроса (ч. 2 ст. 89). Вопрос о свободе выбора тактики допроса заслуживает более детального освещения. Решая его, следует исходить из недопустимости при допросе применения насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создания опасности для жизни и здоровья допрашиваемого (п. 4

[35] Там же. С. 223-226.
[36] Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. М.: Наука, 1975. С. 92.

ст. 164). В то же время допустимы приемы, направленные на помощь допрашиваемому в припоминании забытого и на преодоление запирательства и лжи. Некоторые авторы считают возможным применение в этих целях так называемых «следственных хитростей» (их порой трактуют как «маневрирование информацией» или «психологические ловушки»). Смысл этого приема состоит в создании условий, при которых допрашиваемый, заблуждаясь в оценке информированности следователя об обстоятельствах дела или целей допроса, поневоле сообщает скрываемую информацию. Таковы приемы, именуемые «допущением легенды» (когда следователь представляет допрашиваемому возможность нагромождать одну ложь на другую, облегчая этим возможность ее разоблачения); «отвлечение внимания» (выяснение второстепенных вопросов, скрывающее основную цель допроса); «разжигание конфликта» (рассчитан на то, что, обострив противоречия в позициях соучастников, следователь побудит их изобличать друг друга); создание ошибочных представлений, что следователю «все известно» (с тем, чтобы продемонстрировать бесперспективность запирательства) и т.п. Ученые по-разному относятся к допустимости «следственных хитростей». Одни предлагают считать их допустимыми, если действие их избирательное: для правдивого участника они являются нейтральными и не могут толкнуть его на путь дачи ложных показаний, в то время как лгущего побуждают к правдивости. Другие не без основания усматривают в них элементы обмана, недопустимые в процессуальной деятельности по моральным соображениям и способные привести к следственной ошибке. Представляется, что любой тактический прием допроса не должен содержать сообщение допрашиваемому ложной информации. Следователь также не вправе склонять допрашиваемого к подтверждению определенного факта обещанием каких-либо благ и послаблений:

изменения меры пресечения, принятия мер к определению судом более мягкого наказания и т.д.

Одним из тактических приемов, направленных на активизацию памяти допрашиваемых, преодоление пробелов и противоречий в их показаниях, является предусмотренное ст. 190 УПК право следователя предъявлять допрашиваемому вещественные доказательства, документы, протоколы других следственных действий (в т.ч. протоколы допроса), а также воспроизводить аудио- и (или) видеозапись, киносъемку следственных действий. Эти материалы предъявляются допрашиваемому с тем, чтобы он мог дать по ним свои пояснения. Тактически оправдано предъявление доказательств в порядке возрастания их убедительности и доказательственной силы.

Но относительно предъявления допрашиваемому протоколов допроса других лиц следует иметь в виду, что для выяснения причин противоречий в показаниях закон предусматривает проведение очной ставки. Она является более эффективным средством преодоления противоречий и в большей степени соответствует интересам допрашиваемого, нежели ознакомление его с протоколом допроса. На очной ставке он имеет возможность опровергнуть второго участника, показать непоследовательность или противоречивость его показаний. Этой возможности допрашиваемый лишен, когда ему просто предъявляют протокол допроса другого лица. Для того, чтобы предъявление (т.е. оглашение) протокола допроса не превратилось в наводящий вопрос, оно, на наш взгляд, должно применяться только тогда, когда нацелено на оживление ассоциативных связей, т.е. на оказание помощи допрашиваемому в припоминании, но не на преодоление запирательства и лжи.

Представляет интерес активно разрабатываемая зарубежными криминалистами и психологами когнитивная модель

допроса потерпевшего и свидетеля. Суть ее базируется на выводах когнитивной психологии о том, что эффективность припоминания зависит от сходства условий восприятия и условий припоминания: допрашиваемый мысленно представляет себе механизм развития события и вспоминает о своих переживаниях, связанных с ним. При этом оказывает свое действие многослойность образов памяти допрашиваемого – активизация их различных слоев и участков помогает ему вспомнить важные для дела обстоятельства. Авторы модели на практических примерах показывают, как сочувствие и доброжелательное отношение следователя к допрашиваемому, сочетаемое с применением приемов «когнитивного интервью», помогало свидетелю вспомнить многое из того, что он не мог воспроизвести при обычном официальном допросе[37].

Важную роль в обеспечении надлежащей обстановки допроса и устранении возможных злоупотреблений со стороны допрашивающих играет, наряду с описанными выше мерами, установленное законом (ст. 187) ограничение продолжительности допроса, соответствующее международно-правовым актам. Общая продолжительность допроса в течение дня не должна превышать 8 часов, с перерывом не менее чем на один час для отдыха и принятия пищи. При этом должно учитываться и состояние здоровья допрашиваемого. При наличии медицинских показаний, на основании заключения врача продолжительность может быть сокращена.

Гарантией для допрашиваемых лиц служит и установленное законом право пользоваться при допросе документами и записями. Речь идет о бухгалтерских и других документах, содержащих сведения, которые трудно удержать в памяти.

---

[37] Изложение сущности этого метода см. в книге: Образцов В.А., Богомолова С.Н. Допрос потерпевшего и свидетеля на предварительном следствии. М.: Омега, 2003. С. 59-109.

Однако недопустимо заменять устные показания прочтением допрашиваемым заранее написанного текста.

В ходе допроса следователь, помимо сведений об обстоятельствах предмета доказывания, должен выяснять и обстоятельства, необходимые для оценки показаний. В первую очередь следует исследовать объективные и субъективные факторы восприятия, запоминания и воспроизведения допрашиваемым существенных обстоятельств дела[38].

Особенности допроса несовершеннолетних. Возрастные психофизиологические особенности несовершеннолетних (повышенная внушаемость, утомляемость, детский негативизм и т.п.) привели к необходимости представить этим лицам дополнительные гарантии, предусмотрев особые правила их допроса. Особенности касаются порядка вызова на допрос лиц, не достигших возраста 16 лет, которые вызываются на допрос через их законных представителей (родителей, усыновителей, опекунов, попечителей и других лиц, обязанных по закону защищать интересы подростков) либо через администрацию по месту работы или учебы несовершеннолетнего. Обычный порядок – направление повестки – применяется в случаях, когда нет возможности передать вызов через законных представителей либо когда есть данные о том, что они будут препятствовать даче подростком правдивых показаний. Наряду с соблюдением общих правил допроса существенной его особенностью является привлечение педагога

[38] Вопрос о психологии показаний свидетелей и потерпевших обстоятельно освещен в трудах А.Р. Ратинова. Автор выделил 4 этапа формирования показаний: 1) получение, накопление и обработка информации (восприятие); 2) запечатление, сохранение и переработка информации (запоминание); 3) воспроизведение, словесное оформление и передача информации (воспоминание); 4) прием, переработка и запечатление информации следователем. На каждом этапе действуют обозначенные автором факторы, положительно или отрицательно влияющие на продуктивность показаний. См.: Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. С. 209 - 228.

к допросу свидетеля и потерпевшего в возрасте от 14 до 18 лет. Его участие, с одной стороны, продиктовано стремлением обеспечить психологический контакт между следователем и подростком, а с другой - не допустить нарушения прав и законных интересов допрашиваемых. Последняя функция выходит за пределы функции специалиста как научно-технического помощника следователя и позволяет видеть в педагоге специфического участника процесса - представителя педагогической профессии, призванного ограждать подростка от возможных нежелательных действий следователя. Такую же функцию, как и педагог, выполняют законные представители несовершеннолетних; их роль особенно значима, когда допросу подвергаются малолетние, на которых обстановка следственного действия часто оказывает сильное травмирующее воздействие. Эти лица имеют право задавать допрашиваемым с разрешения следователя вопросы, а также делать подлежащие внесению в протокол допроса замечания о нарушении прав и законных интересов допрашиваемого. С учетом повышенной внушаемости несовершеннолетних наводящие вопросы при их допросе особенно опасны.

Допрашиваемым несовершеннолетним потерпевшим и свидетелям разъясняются их права и обязанности, предусмотренные ст. 42 и 56 УПК. При этом, если они не достигли 16 лет, вместо предупреждения об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и дачу ложных показаний им разъясняется необходимость говорить только правду.

Порядок допроса несовершеннолетних подозреваемых и обвиняемых во многом сходен с порядком допроса свидетелей и потерпевших. Однако гарантии прав этих участников являются более широкими (ст. 425 УПК). Обязательным участником их допроса является защитник, наделенный при допросе в соответствии с ч. 2 ст. 53 УПК достаточно широкими полномочиями. С момента первого допроса подозре-

ваемого, обвиняемого к участию в деле (т.е. и к самому допросу) допускаются их законные представители, наделенные правами, аналогичными правам защитника (ст. 426 УПК). В допросе подозреваемого и обвиняемого, не достигших 16 лет либо достигших этого возраста, но страдающих психическим расстройством или отстающих в психическом развитии, обязательно участвует педагог или психолог (ч. 3 ст. 425). Последний, опираясь на знание подростковой психологии, осуществляет функцию, сходную с функцией педагога. Оба участника допроса подозреваемого и обвиняемого имеют такие же права, как и педагог при допросе свидетелей и потерпевших (ч. 5 ст. 425).

Существенной особенностью допроса подростков является значительное ограничение его продолжительности. Допрос несовершеннолетних обвиняемых и подозреваемых не может продолжаться непрерывно более 2 часов, а в общей сложности не более 4 часов в день (ч. 1 ст. 425). Эти требования должны соблюдаться и при допросе несовершеннолетних свидетелей и потерпевших.

Фиксация хода и результатов допроса. Универсальным средством фиксации результатов допроса служит протоколирование. Протокол допроса должен соответствовать всем требованиям, предусмотренным ст. 166 УПК. Центральная часть протокола – изложение показаний допрошенного лица. При ее составлении должны соблюдаться особые правила, обеспечивающие полную и неискаженную фиксацию показаний. Согласно ст. 190 УПК, они записываются от первого лица, что позволяет фиксировать их в непосредственной форме, избегая нежелательных преобразований. Показания записываются по возможности дословно, т.е. с сохранением специфических слов и выражений, присущих языку допрашиваемого и точно передающих смысл его сообщения. Однако дословная запись всех показаний нецелесообразна ввиду того,

что они часто страдают повторами и неупорядоченностью, порой содержат ненормативную лексику. Это делает необходимым упорядочение показаний при их протоколировании, но с обязательным и точным сохранением их существа. Вопросы следователя и ответы на них допрашиваемого фиксируются в последовательности их постановки. Если в допросе участвовали прокурор, защитник, специалист, эксперт, то заданные ими вопросы и ответы на них также фиксируются в протоколе. Отведенные следователем вопросы или вопросы, на которые допрашиваемый отказался отвечать, отражаются в протоколе с указанием мотивов, по которым вопрос был отведен.

В протоколе, помимо этого, отражается факт предъявления допрашиваемому вещественных доказательств, иных доказательственных материалов и данные в связи с этим пояснения. Изготовленные допрашиваемым графические изображения (планы, схемы, чертежи, рисунки, диаграммы), дополняющие его показания, обязательно приобщаются к протоколу.

Закон не исключает собственноручного изложения допрашиваемым своих показаний. Однако это возможно лишь после того, как он по предложению следователя дал в процессе допроса показания в форме свободного рассказа.

Важное значение имеют правила удостоверения содержания протокола. Для этого допрашиваемое лицо должно быть ознакомлено с протоколом путем личного прочтения либо оглашения его следователем. Способ ознакомления выбирает сам допрашиваемый. После ознакомления он вправе просить о внесении в протокол дополнений и поправок, а также замечаний о ходе допроса, и следователь не вправе в этом ему отказать. Факт ознакомления с показаниями и правильность их записи допрашиваемый удостоверяет своей подписью в конце протокола, при этом он подписывает

каждую его страницу. Протокол также подписывает следователь и все другие участвующие в допросе лица. Если допрашиваемый отказывается подписать протокол, следователь делает об этом отметку в нем, удостоверяя данный факт своей подписью и подписью других участников допроса. При невозможности подписать протокол в силу физических недостатков или состояния здоровья факт ознакомления допрашиваемого с протоколом удостоверяется подписью защитника, законного представителя, представителя или понятых с указанием причины, по которой допрашиваемый не может сам подписать протокол.

Закон предусматривает возможность применения для фиксации хода и результатов допроса технических средств, таких как фото- и киносъемка, аудио- и видеозапись. Эти средства необязательные (факультативные) и применяются с целью закрепления не только результата, но и самого хода допроса. Звуко- и видеозапись – высокоэффективные средства фиксации допроса. Применение их особенно целесообразно для закрепления а) результатов допроса в случаях, когда допрашиваемые не смогут по уважительным причинам явиться в суд; б) трудно передаваемых речевых особенностей несовершеннолетних; в) показаний раненых и больных, когда существуют опасения за их жизнь; г) показаний, полученных с помощью переводчика (для контроля за качеством перевода; д) показаний, полученных в другом регионе на основании следственного поручения. Весьма эффективна видеозапись допроса глухонемых, сохраняющая подлинные жесты и мимику допрашиваемого, посредством которых происходит передача информации. Это дает возможность при необходимости проверить качество перевода с языка глухонемых в звуковую речь. Но нельзя рассматривать звуко- и видеозапись в качестве средств «закрепления показаний», т.е. удержания допрошенного на ранее занятой им позиции.

Факт применения указанных средств, их технические характеристики (вид средства, светочувствительность пленки и т.п.), а равно условия их применения (скорость звукозаписи, выдержка и т.п.) должны отражаться в протоколе допроса. Во избежание монтажа звуко-, видеозаписи и киносъемки в протоколе особо отражается факт приостановки применения этих средств, причина и длительность остановки. Материалы применения технических средств прилагаются к протоколу допроса и хранятся при деле. В качестве вспомогательного средства фиксации допроса может применяться стенографирование (ч. 2 ст. 166). Стенограмма также прилагается к протоколу допроса и хранится при деле. Но она, будучи высокоэффективным средством отображения хода и результатов допроса, все же не заменяет протокола.

§ 2. ОЧНАЯ СТАВКА

Понятие очной ставки, основания ее проведения и доказательственное значение. Очная ставка – это производимый с соблюдением предусмотренной законом процедуры одновременный допрос двух лиц, в показаниях которых имеются существенные противоречия, имеющий целью выяснение их причин: выявление ошибки или опровержение лжи. Не любые, а лишь существенные противоречия в показаниях требуют проведения очной ставки. Таковыми являются противоположное по содержанию освещение обстоятельств предмета доказывания (ст. 73), числа и роли соучастников и другие противоречия, которые могут повлиять на конечные выводы следователя. Не единообразно трактуют ученые и практики цель очной ставки. Нельзя считать, что она состоит в устранении противоречий в показаниях (такого представ-

ления придерживается более половины опрошенных следователей), ибо согласование позиций в случае, когда правдивый участник переходит на позицию лгущего, не приблизит следователя к истине, а отдалит от нее.

Будучи самостоятельным следственным действием, очная ставка отличается от допроса своей более сложной структурой: при ее проведении следователь воспринимает одновременно показания двух лиц и сопоставляет их между собой, чего нет при допросе, который ограничен лишь истребованием информации от допрашиваемого. Отличается она и от предъявления для опознания тем, что ее целью является не отождествление лица, а выявление причин противоречий в показаниях. Очная ставка – это действие проверочного характера: она производится в ситуации, когда уже получены доказательства – два показания – и они требуют проверки. Причинами противоречий в показаниях может быть как добросовестное заблуждение, так и сознательная ложь одного или двух допрашиваемых.

Очная ставка проводится тогда, когда следователь располагает данными о возможности преодоления существенных противоречий в показаниях двух лиц. Если эти противоречия можно исследовать иным, более простым путем (например, дополнительным допросом лиц, дающих противоречивые показания), необходимость в очной ставке отсутствует. Очной ставке обязательно предшествует допрос этих лиц, в ходе которого и обнаруживаются существенные противоречия. До такого допроса очную ставку проводить нельзя.

К сожалению, в практике наблюдается формальный подход к очной ставке. Некоторые следователи проводят ее, чтобы избежать упрека в том, что остались не исследованными противоречия в показаниях, но не используют заложенные в ст. 192 УПК возможности, чтобы приблизиться к правильной оценке противоречий. В таких случаях следователь

пассивно констатирует в протоколе лишь тот факт, что ее участники остались на прежних позициях, и не побуждает каждого к дополнительной аргументации правильности своих показаний и к опровержению или критике показаний другого участника, что могло бы способствовать выяснению причин противоречий. Неправомерными являются и такие приемы, как проведение очной ставки при отсутствии противоречий в показаниях, рассчитанное на то, что колеблющийся участник очной ставки под влиянием второго укрепится в своей позиции. Не будет очной ставкой и прием, когда вместо второго участника лицу демонстрируют аудиозапись его показаний, равно как и прием, при котором одного из участников очной ставки после того, как он в общей форме подтверждает нужный следователю факт, удаляют, а затем начинается «работа» с оставшимся участником.

Доказательственное значение очной ставки состоит в том, что в результате ее проведения следователь получает показания, проливающие свет на причины существенных противоречий в двух ранее данных показаниях и способствующие их правильной оценке. В силу требований непосредственности протокол очной ставки сам по себе самостоятельным доказательством не является, а служит лишь формой сохранения показаний, данных по поводу противоречий участниками очной ставки.

Процессуальный порядок проведения очной ставки. Участники очной ставки – это, в первую очередь, лица, в показаниях которых имеются существенные противоречия: свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые (в любых сочетаниях). Их всегда двое. Помимо следователя и этих лиц в очной ставке могут участвовать и те, кто вправе быть участниками обычного допроса (прокурор, начальник следственного отдела, защитник, адвокат – представитель потерпевшего и свидетеля). Их функции и полномочия те же, что и при допросе.

Перед очной ставкой необходимо разъяснить участникам смысл следственного действия, т.к. он не всегда им понятен, изложить их права и предупредить свидетеля и потерпевшего, привлеченных к очной ставке, об ответственности за отказ от дачи показаний и дачу ложных показаний.

Непосредственно очная ставка начинается с вопроса лицам, чьи показания исследуются: знают ли они друг друга и в каких отношениях между собой находятся. Эти сведения необходимы для последующей оценки результатов очной ставки. После этого им предлагается дать показания по тем обстоятельствам, для выяснения которых производится очная ставка. При этом сложная тема очной ставки может быть поделена на отдельные, по очереди исследуемые части.

Для более глубокого исследования причин противоречий следователь вправе после изложения участниками их позиций задать каждому вопросы. Ставя их, следователь должен оставаться объективным и не демонстрировать своего большего доверия к показаниям одного из участников (впоследствии они могут оказаться ложными). Закон позволяет и участникам очной ставки с разрешения и под контролем следователя задать вопросы друг другу. Контроль следователя за взаимной постановкой вопросов призван предотвращать встречающуюся в практике чрезмерную конфликтность очной ставки.

Поскольку, как показывает практика, участники очной ставки нередко изменяют свою первоначальную позицию по спорному вопросу либо заявляют об отказе от показаний, закон представляет следователю возможность продемонстрировать им противоречивость занятой позиции и предложить ее объяснить. Для этого следователь вправе огласить протоколы прежних показаний, а также воспроизвести их аудио-, видеозапись и киносъемку. Но для того, чтобы этот прием не был использован для давления на участника, дающего «нежелательные» показания, закон допускает возможность оглашения первоначальных показаний только после того, как этот участник дал свои показания на очной ставке (и, добавим, после того, как эти показания занесены в протокол) либо отказался дать показания

УПК РФ внес новый элемент в процедуру очной ставки: следователь вправе не только оглашать прежние показания, но и предъявлять ее участникам вещественные доказательства и документы. Реализация этого предписания не должна превращать очную ставку в допрос лишь того участника, которому предъявляется доказательство, при фактической отключенности второго от участия в следственном действии. Предъявление доказательств оправдано, когда они так или иначе касаются противоречий в показаниях, исследуемых на очной ставке, и когда ознакомление участников с ними активизирует ход очной ставки, помогает более полно определить причины противоречий.

Закрепление хода и результатов очной ставки осуществляется путем протоколирования. Практика выработала различные формы протокола очной ставки. В одних случаях он выполняется «в строчку», когда показания участников записываются одно после другого, как это предусмотрено приложением 63 к ст.476 УПК. В других случаях лист протокола вертикальной чертой делится на две части, и в каждом столбце фиксируются показания соответствующего участника. Каждая форма имеет свои достоинства и недостатки, но при любой из них должны быть отображены все необходимые сведения о ходе и результатах очной ставки. В протоколе указываются участники очной ставки, отмечается факт разъяснения им прав и обязанностей, соблюдение других требований общего характера (ст. 166 УПК). Из протокола должно быть видно, какие вопросы были заданы каждому участнику, какими были их ответы, какие вопросы они задали друг другу

и каковы ответы на них. Вопросы и ответы записываются в той очередности, в какой они ставились и освещались. После составления протокола допрашиваемые лица подписывают не только свои показания, но и каждую страницу протокола, а также протокол в целом, удостоверяя этим процедуру, в которой протекала очная ставка, и ее результаты. Они при этом вправе внести в протокол свои дополнения и поправки.

Ход и результаты очной ставки могут также фиксироваться с помощью аудио- и видеозаписи, способных, в отличие от протокола, отобразить реальную атмосферу очной ставки. В этом случае в протоколе фиксируется факт предупреждения участников о применении технических средств, приводятся требуемые законом сведения о технических средствах (ч. 5 ст. 166), а сами записи приобщаются к протоколу очной ставки и хранятся при деле.

§ 3. КОНТРОЛЬ И ЗАПИСЬ ПЕРЕГОВОРОВ

УПК определяет контроль телефонных и иных переговоров как прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограммы (п. 14[1] ст. 5 УПК). Эта несколько расплывчатая формула не проясняет познавательного значения данного приема. В процессуальной литературе не сложилось единого взгляда на сущность контроля и записи переговоров. Уголовно-процессуальный закон (ст. 186 УПК) регламентирует данное действие в главе 25 УПК наряду с обыском и выемкой, вследствие чего ряд исследователей видят в нем новое следственное действие. Другие же ученые разделяют высказанное автором суждение[39] о том, что при контроле переговоров отсутствует определяющий признак следственного действия – непосредственное извлечение следователем доказательственной информации из соответствующего источника и ее закрепление, поскольку следователь сам переговоры не прослушивает и не фиксирует[40]. Также обращается внимание на совпадение требований, регламентирующих контроль переговоров, в УПК РФ и прослушивание переговоров в п. 9 ст. 6 Закона об ОРД, что свидетельствует об одинаковой природе указанных действий. Кроме того, следователь вправе организовать прослушивание телефонных переговоров за рамками ст. 186 УПК. Согласно п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК и ч. 3 ст. 7 Закона об ОРД, он может поручить проведение прослушивания оперативному органу, и в этом случае речь явно идет не о следственном, а об оперативно-розыскном мероприятии. Следователь также вправе истребовать от оперативного органа материалы прослушивания, независимо от того, проводилось ли оно в качестве следственного действия или оперативно-розыскного мероприятия, оперативный же орган и в том и в другом случае представляет фонограмму следователю со своим сопроводительным документом (ст. 186 УПК, ст. 11 Закона об ОРД). Из сказанного следует, что предусмотренный ст. 186 УПК контроль и запись переговоров – это типичное оперативно-розыскное мероприятие. Но, с другой стороны, УПК РФ содержит и несовпадающие с Законом об ОРД правила контроля и записи переговоров и признает полученную в результате этого информацию доказательством по делу, что несколько сближает дан-

[39] Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 63.

[40] См.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного судопроизводства в России. Ч. 1. М.: Проспект, 2004. С. 180; Баев Л.О., Баев О.Я. УПК РФ 2001 г.: достижения, лакуны, возможные пути заполнения и разрешения последних. Воронеж: ВГУ, 2002. С. 37-39; Солодов Д.А. Процессуальные и тактические решения следователя (сущность, проблемы оптимизации принятия). Воронеж: ВГУ, 2004. С. 36, 37.

ный познавательный прием с другими следственными действиями.

Уголовно-процессуальный закон предусматривает возможность контроля и записи не только телефонных, но и иных переговоров. К последним относятся переговоры с использованием радио и других переговорных устройств (мобильные телефоны, пейджинговая связь, телетайп, электронная почта). Но нельзя считать, что «иные переговоры» – это любой диалог, который люди ведут в обычной для них обстановке, не применяя технических средств, т.е. дома, на работе, в транспорте и т.д. В то же время указанное действие может иметь различные цели.

В одном случае оно направлено на получение информации, имеющей значение для расследования и раскрытия тяжкого или особо тяжкого преступления и содержащейся в телефонных переговорах, которые подозреваемый, обвиняемый и другие лица ведут между собой. «Другими» могут быть лица из числа родственников и близкого окружения обвиняемого и подозреваемого, а также лица, находящиеся с ними в криминальных связях. Однако, как правильно отмечено в литературе, недопустим контроль переговоров между защитником и подзащитными[41]. В этом случае оказалась бы нарушенной охраняемая законом профессиональная тайна адвоката (п. 3 ч. 3 ст. 56), раскрыта линия защиты, что фактически подрывало бы состязательное построение процесса.

Вторая цель – защита потерпевших, свидетелей, их родственников и близких от угроз совершения в отношении них преступлений, осуществляемая посредством изобличения лиц, высказывающих в контролируемых переговорах такие угрозы, а также раскрытие этих преступлений.

[41] Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. Н.Новгород: НПА, 2002. С. 193, 194.

Контроль переговоров является существенным ограничением конституционного права граждан на тайну переговоров, которое допускается лишь на основании судебного решения (ст. 23 Конституции РФ). Поэтому правовая регламентация контроля переговоров призвана определить пределы вмешательства в личную жизнь. Различие в целях контроля обусловило и различие в основаниях его проведения. В первом случае для получения разрешения суда следователь должен иметь достаточно веские основания предполагать, что в телефонных переговорах подозреваемого, обвиняемого и других лиц могут содержаться сведения, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 186 УПК) и на этом основании возбудить перед судом ходатайство о прослушивании. Ходатайство облекается в форму постановления, согласованного с прокурором, и должно содержать развернутую информацию, определяющую фактические основания и пределы ограничения тайны телефонных и иных переговоров. Указывается дело, в ходе расследования которого необходимо осуществить контроль переговоров, основания контроля (имеющиеся в деле доказательства), данные о лице, переговоры которого будут контролироваться и фиксироваться, срок, в течение которого предполагается осуществлять контроль (он не может превышать шести месяцев), а также наименование органа, которому поручается техническое осуществление контроля и записи.

Во втором случае основанием для прослушивания телефонных переговоров потерпевшего, свидетеля, их близких является заявление этих лиц о том, что по телефону подозреваемый, обвиняемый или лица из их окружения высказывают в их адрес угрозы совершения насилия или других преступных действий с тем, чтобы побудить их отказаться от изобличающих показаний, либо передать вымогателям какие-либо ценности, совершить в их интересах какие-либо

действия и т.д. При таких обстоятельствах согласия суда на контроль и запись переговоров не требуется, ибо указанные лица высказали свое согласие на прослушивание. Свое решение о прослушивании следователь, с согласия обратившихся к нему лиц, оформляет мотивированным постановлением.

Однако если потерпевший, свидетель, близкие им лица с таким заявлением не обращаются, но в то же время имеются данные о том, что угрозы вымогательством, совершением других преступных действий, высказываемые при переговорах, могут быть зафиксированы и послужить уликами, способствующими успеху расследования, следователь вправе проявить инициативу в установлении контроля. В этом случае он также с соблюдением указанных выше требований закона возбуждает перед судом ходатайство о даче разрешения на контроль и запись переговоров.

Свое постановление либо разрешение суда следователь направляет в соответствующее подразделение ФСБ или МВД, которые осуществляют прослушивание. В течение всего срока контроля следователь вправе истребовать фонограмму для ее осмотра и прослушивания. Но подразделение, осуществляющее контроль и запись, вправе и по своей инициативе представить фонограмму следователю. Она направляется ему в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны даты и время начала и окончания записи переговоров и краткая характеристика использованных при этом технических средств.

Непосредственное восприятие сведений, зафиксированных в фонограмме, осуществляется следователем путем ее прослушивания после осмотра фонограммы. При осмотре и прослушивании участвуют понятые, при необходимости специалист, а также, как об этом сказано в ч. 7 ст. 186, лица, чьи переговоры записаны (возможно, оба участника переговоров).

Из контекста этой нормы, однако, следует, что привлечение этих лиц к прослушиванию фонограммы не является обязательным. Это представляется правильным. Преждевременное придание этому оперативному и негласному по существу мероприятию открытого характера, т.е. осведомление лиц, ведших переговоры, о том, что их содержание известно следователю, фактически представляло бы собой разглашение данных предварительного следствия и могло серьезно осложнить его ход.

К тому же содержание переговоров позже, в момент ознакомления с делом, станет известно обвиняемому, если он был их участником, что даст ему возможность оспаривать достоверность результатов прослушивания. При таком положении привлечение к прослушиванию лиц, чьи переговоры записаны, целесообразно лишь в ситуации, сходной с предъявлением доказательств при допросе: участники переговоров могут пояснить их содержание (например, убедить следователя в том, что произнесенные ими слова не имеют отношения к делу), т.е. способствовать определению их относимости (либо неотносимости). Эти пояснения (они же замечания) данные лица могут, согласно закону, изложить в протоколе об осмотре и прослушивании фонограммы (в этой части протокол будет несколько напоминать протокол допроса).

В протоколе также излагается внешнее состояние фонограммы, факт прослушивания, указываются присутствующие при этом лица. Главное содержание протокола – дословное изложение той части фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к расследуемому делу, т.е. содержит доказательственную информацию; остальные части фонограммы в протоколе не воспроизводятся. Если относящихся к делу сведений при прослушивании не выявлено, этот факт также отражается в протоколе. Участвовавшие лица могут изложить свои замечания к протоколу отдельно, и тог-

да они приобщаются к протоколу. Результатом контроля может оказаться распечатка словесных сообщений, посланных на пейджер, переданных по электронной почте, телетайпу, копии отправленных факсов. Содержание этих сообщений также фиксируется в протоколе.

Если звукозапись переговоров проводилась соответствующими органами в качестве оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного ст. 6 Закона об ОРД, по поручению следователя или по инициативе оперативно-розыскного органа, фонограмма представляется следователю в порядке ст. 11 Закона об ОРД.

На основании постановления следователя фонограмма и полученные текстовые сообщения в полном объеме приобщаются к протоколу осмотра и прослушивания в качестве вещественного доказательства и хранятся при уголовном деле в опечатанном виде. В постановлении также указывается на прекращение дальнейшего контроля и записи переговоров. Следователь должен обеспечить сохранность и техническую пригодность фонограммы для повторного прослушивания, в т.ч. и в суде. После вступления приговора в законную силу и в случае прекращения дела часть фонограммы, не имеющая отношения к делу, уничтожается. Об этом должна быть сделана отметка на протоколе ее осмотра и прослушивания.

ГЛАВА 6.

ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ДЛЯ ОПОЗНАНИЯ, СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ И ПРОВЕРКА ПОКАЗАНИЙ НА МЕСТЕ

§ 1. ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ДЛЯ ОПОЗНАНИЯ[42]

Понятие предъявления для опознания и основания его проведения. Предъявление для опознания – это производимая с соблюдением предусмотренной законом процедуры демонстрация свидетелю, потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому объекта, по предположению следователя причастного к исследуемому событию, в целях установления его тождества либо различия с объектом, бывшим в прошлом предметом наблюдения опознающего. В некоторых случаях (выявление вида примененного орудия преступления, изготовленной контрафактной продукции и т.п.) цель опознания может быть ограничена установлением лишь сходства (однородности) предметов.

С психологической точки зрения акт опознания представляет собой мысленную идентификацию опознающим двух объектов – реально предъявляемого ему и идеального, сохранившегося в памяти.

Предъявление для опознания несколько напоминает очную ставку, но существенно отличается от нее по целям и процедуре проведения. Нельзя считать предъявление для опознания и разновидностью допроса. Хотя опознающий в ходе этого действия сообщает следователю сведения, имеющие значение для дела, т.е. дает показания, предъявление для опознания отличается от допроса своей сложной познавательной структурой. Она не исчерпывается одним лишь истребованием информации, как при допросе, а включает операции, моделирующие ситуацию имевшей место в прошлом «случайной встречи»: опознающему предстоит узнать наблюдавшегося им ранее при такой встрече человека и объяснить свой выбор. Сходное явление имеет место и при опознании предметов.

[42] Данное следственное действие получило фундаментальную разработку в трудах Г.И. Кочарова, П.П. Цветкова, Н.Н. Гапановича, В.С. Бурдановой, И.Е. Быховского, З.Г. Самошиной и ряда других авторов.

В ходе предъявления для опознания следователь воспринимает сформированный им сложный информационный объект: группу лиц или несколько однородных предметов, а также сообщение опознающего о результатах мысленного отождествления материального и идеального объектов.

Предъявление для опознания может производиться лишь при наличии достаточных оснований. Таковыми являются фактические данные, указывающие на возможность достижения положительного результата, т.е. данные о том, что: 1) опознающий ранее наблюдал определенного человека или предмет, 2) представление о них сохранилось в памяти: опознающий заявил, что сможет их узнать. Проблематична возможность предъявления для опознания в случаях, когда опознающий не запомнил признаков объекта, но рассчитывает узнать его в момент предъявления. При таких обстоятельствах нельзя проверить обоснованность отождествления, хотя оно может оказаться случайным.

Закон не требует формального основания для проведения опознания, т.е. вынесения следователем постановления. Однако решение о проведении этого следственного действия в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемого опознающим (о необходимости такого решения упоминает ч. 8 ст. 193), целесообразно оформлять постановлением, содержащим аргументацию необходимости отступления от обычного порядка.

Виды и процессуальный порядок предъявления для опознания. На опознание могут быть предъявлены разные объекты: личность (как в натуре, так и в фотоизображениях), предметы, животные, труп. Опознание личности возможно и по кино- и видеофильмам. Не исключено и опознание местнос-

ти и строений (например, дома, в котором были приобретены поддельные купюры).

В предъявлении для опознания как в качестве опознающих, так и в качестве опознаваемых могут выступать подозреваемый, обвиняемый, свидетель и потерпевший. Последние, если не воспользовались иммунитетом, несут обязанность давать показания, однако реальное их участие в опознании возможно при ясно выраженном согласии сотрудничать со следствием. Помимо следователя и указанных лиц в предъявлении для опознания обязательно участвуют понятые, могут участвовать прокурор, начальник следственного отдела, защитник подозреваемого и обвиняемого, адвокат-представитель потерпевшего и свидетеля, а в некоторых случаях – переводчик и законные представители несовершеннолетних. В ходе опознания они осуществляют присущие им функции. Особую группу участников образуют лица, предъявляемые вместе с опознаваемым (статисты). Их роль (в целом пассивная) не должна отождествляться с ролью понятых.

Процедура опознания отражает сложную познавательную конструкцию этого следственного действия и состоит из ряда этапов.

1. Перед опознанием обязателен предварительный допрос опознающего об обстоятельствах, при которых он наблюдал лицо или предмет, и о приметах и особенностях, по которым он сможет их опознать. При этом возможно изготовление со слов опознающего с помощью специалистов синтетического портрета лица, подлежащего отождествлению (как для проверки объективности последующего узнавания, так и для розыска этого лица). Допрашивая опознающего, следователь должен убедиться в том, что он после первой встречи с лицом, которое предстоит опознать, до официального предъявления для опознания не видел опознаваемого, т.к. в этом случае опознание утратило бы всякий смысл.

2. Создание группы сходных объектов, одним из которых является объект, предположительно причастный к делу. Эта мера должна исключать случайное угадывание[43]. Предъявляемые лица (статисты), числом не менее двух, должны быть сходными по внешности с опознаваемым. Сходство должно касаться пола, возраста, роста, телосложения, цвета волос и глаз, прически, покроя и цвета одежды и обуви. Предметы, числом не менее трех, должны быть однородными по наименованию, назначению, цвету, размеру и форме. Требование о предъявлении группы объектов естественно не распространяется на опознание трупа.

В практике возникают ситуации, когда опознание личности возможно только по фотоизображениям (опознаваемый умер, скрылся либо существенно изменил свою внешность). Тогда для опознания должно быть предъявлено не менее трех фотографий, изображающих опознаваемого и лиц, по возможности сходных с ним по внешности. Фотографии, выполненные в одинаковом масштабе и формате, должны быть пронумерованы, опечатаны и удостоверены подписью следователя на фототаблице. При невозможности предъявления предмета в натуре его опознание также производится по фотоизображениям с соблюдением указанных правил. Следует, однако, иметь в виду, что предъявление лица в натуре после того, как оно опознано по фотографии, ставит результаты опознания под сомнение, т.к. первое опознание по отношению ко второму по существу играет роль наводящего вопроса.

3. Предъявление группы объектов опознающему. Этот этап опознания должен, с одной стороны, исключить воз-

[43] Статья 193 УПК категорична в требовании предъявления группы объектов. Тем не менее до последнего времени встречались случаи, когда заподозренное лицо предъявлялось в единственном числе, что свидетельствует либо о непонимании лицом, производящим расследование, смысла данного следственного действия, либо о пренебрежении требованиям закона. См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 1. С. 9,10.

можность подсказки опознающему желаемого следователю ответа, а с другой – обеспечить безопасность опознающего. Для этого опознаваемому предлагается занять любое место среди предъявляемых лиц. В целях защиты опознающего (чаще всего потерпевшего и свидетеля) от угроз и давления со стороны опознаваемого (подозреваемого, обвиняемого, а также со стороны близких ему лиц и членов преступных групп) закон предусматривает возможность проведения опознания в условиях, исключающих визуальный контакт опознающего с опознаваемым и обеспечивающих сохранение втайне личности опознающего. Решение о таком проведении опознания, предусмотренное ч. 8 ст. 193, следователь оформляет своим постановлением. Между опознающим и группой предъявляемых лиц создается преграда (ширма, затемненное стекло и т.п.), позволяющая, однако, опознающему, оставаясь вне зоны видимости опознаваемых, наблюдать их. При этом понятые находятся там же, где и опознающий. В случаях, когда дополнительными признаками, позволяющими отождествить лицо, являются походка и голос, следователь может предложить каждому из опознаваемых встать, пройтись, произнести несколько фраз.

4. Для выяснения результатов мысленной идентификации перед опознающим ставится вопрос, узнает ли он какое-либо лицо или предмет из числа предъявленных ему; при этом свидетель и потерпевший предварительно предупреждаются об ответственности по ст. 307 и 308 УК РФ. В положительном случае следователь предлагает объяснить, по каким приметам или особенностям опознающий узнал данное лицо или предмет. Здесь особое значение имеет обоснованность отождествления, например, в виде указания опознающим на особые приметы (шрамы, родинки, татуировки и пр.). Закон специально подчеркивает, что при опознании не допускаются наводящие вопросы. Недопустимы также и действия следо-

вателя, в явной или скрытой форме подсказывающие желаемый ему ответ (приближение к опознаваемому, доставление его в наручниках, присутствие охраны и т.п.).

Важным правилом предъявления для опознания, предотвращающим злоупотребления органа расследования, служит запрет проведения повторного опознания тем же опознающим и по тем же признакам (ч. 3 ст. 193).

Фиксация результатов опознания и их доказательственное значение. Универсальным средством закрепления хода и результатов предъявления для опознания является протокол. В нем помимо обстоятельств, предусмотренных ст. 166 УПК, с необходимой детальностью фиксируется внешность предъявляемых лиц, а также, по возможности дословно, показания опознающего. Если предъявление для опознания производилось в условиях, исключающих визуальный контакт между опознающим и опознаваемым, в протоколе также отражаются меры по исключению визуального контакта, особенности хода и результаты следственного действия. В соответствии с требованиями ч. 9 ст. 166 в этом случае в протоколе не приводятся подлинные данные об опознающем, а указывается лишь его псевдоним. Также фиксируются данные о применении технических средств.

В качестве средства запечатления результатов опознания эффективно применение фотосъемки, наглядно фиксирующей соблюдение требований закона о внешнем сходстве предъявляемых объектов. Особенно эффективна видеозапись, передающая, кроме того, и обстановку, динамические элементы (походку, жестикуляцию), содержание и тон показаний опознающего.

Доказательственными результатами предъявления для опознания являются протокол следственного действия, зафиксированные в нем показания опознающего о результатах отождествления, а также прилагаемые к протоколу мате-

риалы применения технических средств. Судебная практика свидетельствует о том, что эти доказательства редко используются судами для обоснования приговоров ввиду того, что немалая часть их признается в суде недопустимыми. В значительной мере данное явление объясняется сложностью и трудоемкостью процедуры предъявления для опознания, которая порой неоправданно упрощается. Кроме того, доказательственное значение опознания зависит от степени категоричности отождествления объектов опознающим. Верховный Суд неоднократно критически оценивал результаты опознания, когда опознающий ссылался на приметы в неопределенной и неконкретной форме, затруднявшей объективную оценку результатов отождествления. В случаях, когда оно выражается в словах «такой же», «похожий» и т.п., означающих, что суждение носит вероятный характер, ценность опознания снижается. Наконец, на оценку результатов опознания непосредственно влияет число признаков отождествления и их конкретность: чем большее число признаков указывается и чем конкретнее они излагаются, тем более убедительными становятся результаты.

Анализ практики применения данного следственного действия говорит о наличии тенденции к его упрощению, отказу следователя от «чрезмерной» трудоемкости проведения. Это проявляется в поверхностном предварительном допросе опознающего (встречаются случаи, когда опознание производилось вообще без предварительного допроса), в непродуманном подборе статистов (когда статистами оказываются ранее знакомые опознающему лица, когда опознаваемый отличается от них форменной одеждой, внешними признаками пребывания в СИЗО, нередко и возрастом). Бывает и так, что опознающий в процессе объезда с работниками милиции мест возможного появления подозреваемого узнает его, после чего происходит официальное опознание, превращающееся в формальность. Такое же положение имеет место в случаях, когда работники милиции сознательно или по небрежности создают опознающему возможность видеть опознаваемого до его официального предъявления. Существенной проблемой остается внешнее сходство предъявляемых лиц (ч. 4 ст. 193). Их подбор, как отмечалось, не должен ограничиваться только данными о возрасте, так как сходство должно касаться антропологических признаков (рост, телосложение, цвет волос, глаз и т.д.) и одежды. Эти признаки крайне редко фигурируют в протоколах опознания, что ставит под сомнение правильность формирования группы опознаваемых и, соответственно, результат отождествления. В определенной мере этому способствует и недостаток правовой регламентации: в бланках протокола предъявления для опознания (приложения 64 и 65 к ст.476 УПК) сведения об опознаваемом и статистах ограничиваются лишь их фамилией, именем, отчеством и годом рождения, без приведения каких-либо других данных. Поэтому из протокола невозможно уяснить, правильно ли была сформирована группа и не был ли выделен опознаваемый из предъявляемых лиц. Проблема могла бы быть снята применением средств удостоверительной техники, способных передать особенности группы предъявляемых, однако эта мера – необязательная и на практике применяется весьма редко.

Таким образом, доказательственная ценность результатов данного следственного действия напрямую зависит от того, насколько точно соблюдалась процедура опознания и насколько определенным было указание опознающего на конкретное лицо. К сожалению, на практике нередки случаи переоценки результатов опознания, когда в основу выводов, изложенных в обвинительном заключении и в приговоре суда, кладутся неубедительные, сомнительные акты опознания. Так, осудив Ч. за хулиганство и причинение потерпев-

шему М. ножевых ранений, районный суд сослался в приговоре на опознание подсудимого свидетелем Х. Между тем обстоятельства опознания вызывали сомнения в его достоверности. После того, как свидетель Х. заявила, что была очевидцем нападения на потерпевшего, работники милиции вместе с Х. стали объезжать улицы города с целью обнаружения преступников. В этот момент по рации поступило сообщение о драке возле одного из домов. Увидев там Ч., она указала работникам милиции на него как на участника нападения на М. При предъявлении ей на опознании различных граждан она ошибочно утверждала, что они тоже участники избиения. При «официальном» предъявлении Ч. она опознала его, но также одновременно одного из статистов, предъявленных вместе с ним, хотя тот был заведомо непричастен к делу. Президиум Верховного Суда Республики Татарстан этот приговор отменил для более тщательного исследования показаний Х. и выяснения, не допустила ли она ошибки[44].

§ 2. СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

Понятие, цели и основания проведения следственного эксперимента. Следственный эксперимент как самостоятельное следственное действие получил нормативное закрепление в УПК РСФСР 1960 г. До этого данное действие проводилось в форме осмотра. Однако оно отличается от осмотра своей познавательной структурой, целью и основаниями проведения. Познавательная сущность следственного эксперимента получила фундаментальную разработку в трудах Р.С. Белкина и других авторов[45].

[44] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 1. С. 22,23.

Следственный эксперимент проводится при необходимости проверки версии об определенном течении события, основанной на обстоятельствах, установленных до этого в процессе расследования. Поэтому его можно отнести к следственным действиям, целью которых является проверка уже имеющихся доказательств (очная ставка, назначение экспертизы, предъявление для опознания, проверка показаний на месте).

В отличие от осмотра, в основе которого лежит наблюдение, следственный эксперимент имеет сложную познавательную структуру. Она, как это видно из ст. 181 УПК, сочетает в себе воссоздание и исследование двух моделей: модели обстановки, в которой протекало событие, и модели действия, которое, по предположению, могло быть совершено (опытное действие). Обе модели воспроизводятся на основе данных, имеющихся в деле.

Специфика данного следственного действия проявляется и в его целях. Как видно из ст. 181 УПК, общей целью следственного эксперимента закон считает проверку и уточнение данных, имеющих значение для уголовного дела. Заметим, что такая цель не специфична для следственного эксперимента, т.к. присуща очной ставке, предъявлению для опознания, проверке показаний на месте и назначению экспертизы. Вряд ли правильны и встречающиеся в литературе суждения о том, что целью следственного эксперимента является получение новых доказательств, ибо эта цель присуща всем следственным действиям.

[45] Белкин Р.С. Эксперимент в судебной, следственной и экспертной практике. М.: Юрид. лит., 1964; Белкин Р.С., Белкин А.Р. Эксперимент в уголовном судопроизводстве. М.: Норма, 1997; Гуковская Н.И. Следственный эксперимент. М.: Юрид. лит., 1958. См. также работы Ф.В. Глазырина, А.П. Кругликова, Н.И. Жуковой, А.М. Жукова.

Более конкретные цели усматриваются в направлениях проверки имеющихся в деле данных, определенных ст. 181: выявлении возможности восприятия каких-либо фактов, совершения определенных действий, наступления какого-либо события, его последовательности, а также механизма образования следов. Конкретизируя содержание этих целей, отметим, что таковыми является проверка: 1) способности лица воспринять и идентифицировать определенный объект (видеть его с учетом освещенности, слышать на определенном расстоянии звуки выстрелов, крики о помощи и т.п.); 2) способности совершения лицом определенных действий (изготовить чертеж, ключ по слепку, проникнуть в помещение через пролом стены, преодолеть расстояние за определенный период времени и т.п.); 3) объективной возможности наступления какого-либо события (различных вариантов падения тела человека, обнаруженного на определенном расстоянии от места падения, самопроизвольного возгорания материалов при определенной температуре, пригодности к стрельбе патронов, пролежавших долгое время в земле, пригодности ключа для открывания определенного замка и т.п.); 4) последовательности какого-либо события (например, анализа путем эксперимента «технологического процесса» изготовления наркотиков, фальшивых денег и т.п.); 5) механизма образования следов.

Последняя цель требует отдельного рассмотрения. Чтобы следователь мог путем эксперимента исследовать механизм образования следов, обнаруженных при осмотре, он, по-видимому, должен с помощью предмета, также обнаруженного при осмотре и по предположению использованного при совершении следообразующих действий, изготовить пробные следы и, если они сходны с следами, выявленными при осмотре, умозаключить о том, что они оставлены обнаруженным предметом. Однако такое умозаключение, даже если его

отразить в протоколе следственного эксперимента, будет лишь предположением следователя, не имеющим доказательственной ценности (хотя и пригодным для построения розыскных версий). Между тем следственный эксперимент, как любое следственное действие, есть способ получения доказательственной, а не ориентирующей (как в данном случае) информации. Очевидно, что для достоверной идентификации орудия по оставленным им следам необходимо экспертное исследование с соблюдением надлежащей процессуальной формы. Представляется поэтому, что определение механизма образования следов выходит за пределы целей следственного эксперимента.

Сказанное позволяет определить и основания проведения следственного эксперимента. Поскольку внешняя обстановка события и опытное действие в объективной действительности в соединенном виде реально не существуют, следователь искусственно создает новый информационный объект, совмещая эти обстоятельства во времени, т.е. организуя проведение опытного действия в условиях, совпадающих с подлинными. Этот «интегрированный» объект – воссозданные условия и опытное действие – и становится объектом, исследуемым в ходе следственного эксперимента. Отсюда основания его проведения определяются тем, возможно ли воссоздание обстановки и проведение опытного действия, имеющего целью выявление существования какого-либо явления. Может оказаться, что эти возможности отсутствуют, т.к. внешние условия нельзя воссоздать (например, когда снесен дом, в который ранее проникли похитители) или выполнение опытного действия создает угрозу жизни и здоровью участников (недопустимо, к примеру, предлагать лицу продемонстрировать умение забраться на высокий этаж дома по водосточной трубе). В подобных случаях основания для проведения следственного эксперимента отсутствуют.

С учетом сказанного можно определить следственный эксперимент как действие, направленное на проверку имеющихся доказательств и основанных на них версий и состоящее в проведении в соответствии с предусмотренной законом процедурой специальных опытов в условиях, совпадающих с условиями исследуемого события, с целью выявления возможности или невозможности восприятия лицом каких-либо фактов, совершения им определенных действий, существования тех или иных событий.

Анализ следственной практики показывает, что данное следственное действие проводится весьма редко (возможно из-за трудностей его организации) и сложный характер следственного эксперимента довольно часто упрощается и низводится до одного из составляющих его элементов - воссоздания внешней обстановки деяния, без проведения опытов. В таких случаях лицо (обычно подозреваемый) лишь демонстрирует свои действия: показывает, в какой позе находился потерпевший в момент нападения, каково было взаиморасположение участников события, как совершалось нападение, куда наносились удары (используется манекен) и т.п. Подобные действия вряд ли можно именовать следственным экспериментом. Нельзя признать их также проверкой показаний на месте. Скорее всего, мы имеем дело с особой формой допроса, при которой вербальная информация дополняется демонстрацией действий.

Процессуальный порядок проведения следственного эксперимента. Сложная конструкция данного следственного действия обусловливает сложность процедуры его проведения. Многочисленны участники следственного эксперимента. В случаях, когда опытное действие охватывает две точки на местности (например, выстрел и зону его слышимости), кроме следователя, организующего следственный эксперимент, в нем в качестве его помощника может выступать и другой следователь или сотрудник органа дознания.

Обязательными участниками следственного эксперимента являются понятые, призванные удостоверять его ход и результаты. Однако их роль может быть более активной, чем при осмотре: они могут предлагать изменять условия опыта и даже сами в них участвовать. Если эксперимент охватывает несколько точек на местности, число понятых может быть более двух (по два в каждой точке). Специалист привлекается к следственному эксперименту по усмотрению следователя, и его роль может состоять в воссоздании обстановки (например, в постановке механизма в определенное положение) и в самом проведении опыта (например, в определении длины тормозного пути автомобиля при определенной скорости движения). Эксперт участвует в следственном эксперименте по его ходатайству (п. 3 ч. 3 ст. 57) в случаях, когда исход действия имеет значение для ответа на вопросы, составляющие предмет заключения эксперта. Руководствуясь этой целью, он может предлагать изменение условий, темпа и вариантов опытных действий[46]. Допустимо привлечение к следственному эксперименту подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля, которые могут помочь в реконструкции обстановки и в проведении опытных действий, описанных ими в показаниях. Подозреваемый и обвиняемый могут привлекаться также для того, чтобы они могли убедиться в объективности результатов следственного эксперимента. Необходимо, однако, иметь в виду, что все перечисленные выше лица в соответствии с законом не несут обязанности давать какие-либо пояснения в ходе следственного эксперимента. Поэтому привлекать их к его проведению возможно только с их согласия.

[46] Эти действия эксперта имеют иную природу и юридическое значение, нежели эксперименты, которые он проводит в процессе экспертизы. Последние нередко представляют собой методы экспертного исследования, т.е. являются элементом экспертизы.

В случае участия в следственном эксперименте подозреваемого и обвиняемого в нем участвует и их защитник, который вправе заявлять ходатайства, делать заявления и замечания, направленные на обеспечение прав подзащитных. Не исключен допуск к следственному эксперименту адвокатов-представителей потерпевшего и свидетелей, которые также должны иметь возможность обеспечить соблюдение прав представляемых ими участников.

Специфическими фигурантами следственного эксперимента являются вспомогательные участники (статисты), которые с их согласия по указанию следователя осуществляют опытные действия. Статистами могут быть лишь посторонние лица, специально приглашенные для этого следователем.

В целях осуществления контроля за законностью следственного эксперимента при его проведении могут участвовать прокурор и начальник следственного отдела.

Необходимым элементом процедуры является разъяснение участникам следственного эксперимента их прав и обязанностей. Понятым, специалистам и экспертам разъясняется также их ответственность за выполнение обязанностей. Поскольку смысл следственного эксперимента не всегда ясен подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, свидетелю, а также понятым и специалистам – им следует разъяснить цели данного действия и порядок его проведения (ч. 5 ст. 164). При этом возникает достаточно специфическая проблема: если эксперимент проводится для проверки способности лица к восприятию определенных обстоятельств, должен ли следователь стимулировать у испытуемого преднамеренное восприятие какого-либо объекта, более продуктивное, чем непреднамеренное? Например, должен ли он говорить лицу, что ему предстоит заметить определенное препятствие на пути движения транспорта. Поскольку этим моделируется ситуация, более оптимальная для испытуемого, нежели при

подлинном событии, ответ должен быть отрицательным. Испытуемому надо обрисовать цель эксперимента в общих чертах. Если следователь принял решение о применении при эксперименте технических средств, об этом заранее должны быть уведомлены участники.

Закон не определяет порядок осуществления упомянутых выше операций моделирования. Но следственная и судебная практика выработали ряд требований, от соблюдения которых зависит доказательственное значение полученных результатов. Так, необходимо стремиться к максимальному приближению условий следственного эксперимента к подлинной обстановке. Для этого следует проводить его в то же время суток, на том же месте, при тех же климатических условиях, при том же освещении, при устранении последующих изменений, с использованием подлинных или сходных предметов. Проведение следственного эксперимента в условиях, существенно отличающихся от условий подлинного события, рассматривается судебной практикой как нарушение уголовно-процессуального закона и влечет за собой признание его результатов недопустимыми[47] .

Определенным требованиям должно удовлетворять и опытное действие. Оно также должно воспроизводить отраженное в материалах дела подлинное действие. Чтобы исключить случайный результат, однородные опыты повторяются. Они должны изменяться (усложняться или упрощать-

[47] Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в определении от 9.10.2003 г. по делу П. указала: следственный эксперимент для проверки возможности свидетеля слышать разговор двух людей должен быть проведен с воспроизведением подлинной обстановки, при которой свидетель этот разговор слышал. Обстановка была такова: проходила вечеринка, звучала музыка, было шумно. Поскольку она воспроизведена не была, следственный эксперимент по этому делу был осуществлен с нарушением процессуальных норм. См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. №7. С. 14, 15.

ся), что позволит определить независимость результата опыта от изменения условий его проведения. Проведение опытного действия с существенным отличием от подлинного также расценивается судебной практикой как нарушение уголовно-процессуального закона, влекущее недопустимость полученных результатов.

Фиксация результатов следственного эксперимента и их доказательственное значение. Обязательным средством фиксации является протокол следственного эксперимента. При его составлении соблюдаются все правила протоколирования хода и результатов следственного действия, предусмотренные ст. 166 УПК.

В протоколе подробно излагаются условия, ход и результат следственного эксперимента. В частности, должны отражаться: конкретная цель следственного эксперимента – проверка способности лица воспринять объект, совершить определенные действия и т.д., условия, в которых осуществлялись опытные действия, и меры, принятые следователем для приближения этих условий к подлинным (указывается, какая реконструкция обстановки была проведена и на основании каких источников, каким образом устранены внешние помехи). Конкретно излагается содержание опытных действий, их последовательность, вариативность, количество опытов и результат каждого из них.

Наряду с протоколом ход и результаты следственного эксперимента фиксируются с помощью технических средств. С учетом динамического характера данного действия наиболее эффективным средством запечатления является видеозапись. Помимо нее может применяться кино- и фотосъемка. Материалы применения технических средств прилагаются к протоколу, образуя с ним неразрывное единство. Результатами эксперимента может быть и созданный в его ходе новый предмет (поддельная купюра, некондиционные пище-

вые и иные продукты), который также приобщается к делу и может быть признан вещественным доказательством.

Определение доказательственного значения обстоятельств, установленных следственным экспериментом, сопряжено с определенными трудностями. В практике наблюдается переоценка доказательственной ценности следственного эксперимента: установленная возможность совершения какого-либо действия подчас трактуется следователями как доказанность соответствующего факта. На недопустимость подобной трактовки обратил внимание Р.С. Белкин, разработавший критерии оценки результатов следственного эксперимента[48]. Такая оценка зависит от ряда факторов. Если результат следственного эксперимента носит вероятный, т.е. возможно случайный характер (например, при эксперименте на слышимость оказалось, что из пяти выстрелов слышен лишь один), он доказательственной ценности не имеет. Доказательственное значение имеет лишь достоверный, т.е. необходимый и бесспорный результат (все выстрелы слышны).

Но и достоверный результат следственного эксперимента имеет разную доказательственную ценность, ибо она определяется тем, каков этот результат – отрицательный или положительный. Отрицательный результат следственного эксперимента при условии его бесспорности выступает прямым доказательством отрицаемого факта. Так, если не был слышен ни один из экспериментальных выстрелов или если ни одна из попыток проникнуть в помещение через пролом не увенчалась успехом, это означает, что оспариваемое обстоятельство не имело места: лицо выстрелов не слышало и слышать не могло, через пролом проникнуть невозможно.

Иное значение имеет положительный результат следственного эксперимента. Переоценивать его нет оснований: ус-

[48] Белкин Р.С. Эксперимент в судебной, следственной и экспертной практике. С. 94-109.

тановленная возможность того или иного события вовсе не означает, что оно имело место на самом деле. Так, если при эксперименте все выстрелы были слышны, это не означает, что свидетель (или иной участник), отрицающий этот факт, их действительно слышал. Он мог их слышать, но по разным причинам мог и не слышать. Такой исход следственного эксперимента может служить лишь косвенным доказательством существования оспариваемого факта.

О сложной организации следственного эксперимента и различной оценке его результатов говорит следующий пример: на асфальтовой дорожке, проходящей возле дома, в котором проживал гр-н П., на расстоянии 2 м 65 см от стены, напротив балкона, был обнаружен труп его малолетней падчерицы (возраст 3, 5 года). П., обвиняемый в совершении умышленного убийства девочки, утверждал, что она сама выпала с балкона, протиснувшись в промежутки балюстрады, когда он выходил из комнаты покурить. Для проверки версии, выдвинутой П., был проведен следственный эксперимент. На одном из предприятий города при консультации судебного медика был изготовлен манекен, размеры, вес и другие свойства которого соответствовали показателям тела девочки. Первоначально была исследована попытка «переваливания» манекена через перила балкона (их высота – 98 см), для чего «руки» манекена были установлены на краю перил, «ноги» на балконной площадке. Оказалось, что центр тяжести манекена находится намного ниже перил. Подтягивание на руках при таком варианте невозможно. При поднятии манекена участниками эксперимента и «переваливании» его через перила на одежде, в которую он был одет, оказались значительные наложения извести, которой была побелена балюстрада. При осмотре же одежды на трупе потерпевшей таких наложений обнаружено не было. Таким образом, этот вариант эксперимента показал, что девочка не могла упасть с балкона, перевалившись через его перила.

Второй вариант имел целью выяснить, не смогла ли девочка упасть, протиснувшись между столбиками балюстрады (расстояние между ними составляло 11-17 см). Он также привел к отрицательному результату, так как окружность головы, объем грудной клетки и ширина плеч манекена (они, как отмечено, воспроизводили подлинные параметры тела потерпевшей) не позволяли протиснуть манекен между столбиками. Но если бы ребенок каким-либо образом все же смог пролезть между столбиками и перевалиться через перила, место его падения на асфальт, как установлено экспериментом, оказалось значительно ближе к стене дома, нежели место, где был обнаружен труп.

Положительный результат следственного эксперимента был получен при проверке варианта о выбрасывании девочки с балкона с определенным стартовым ускорением. В этом случае манекен падал как раз на то место, где был обнаружен труп девочки. Никаких следов побелки на манекене (как и на трупе) не имелось[49].

Каждый из трех результатов эксперимента носил достоверный, не вызывающий сомнений характер, однако позволял сделать разные выводы.

В первых двух случаях был получен отрицательный результат. Он означал, что версия П. опровергнута: ребенок не мог выпасть с балкона без применения посторонней силы. Это было прямое доказательство того, что свободное падение ребенка с балкона не имело места.

Третий вариант следственного эксперимента дал положительный результат: ребенок мог быть выброшен с балкона посторонней силой. Но этот результат не означает, что некто посторонний (в данном случае П.) действительно выб-

[49] Подробнее этот сложный следственный эксперимент описан в книге: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. С. 165-168.

росил ребенка. Установленная экспериментом возможность подобного хода события является косвенным доказательством того, что девочка была умышленно сброшена с балкона. В данном случае прямое и косвенное доказательство вместе с другими доказательствами, собранными по делу, послужили основанием для вынесения судом в отношении П. обвинительного приговора в совершении тяжкого преступления.

Отрицательный результат следственного эксперимента опровергает версию, выдвинутую следователем, побуждает его искать истину в другом направлении.

На строительной площадке, где возводилось жилое здание, погиб бульдозерист Н., сбитый движущимся скрепером. Расследованием установлено, что у бульдозера заглох мотор и Н. попросил своего коллегу К. подтолкнуть бульдозер, чтоб он завелся. После этого Н. сел в кабину бульдозера, а К. – в кабину своего скрепера, и К. включил мотор. Через некоторое время, услышав крики рабочих, К. остановил скрепер и, выйдя из кабины, увидел, что Н. сбит управляемым им скрепером. Впоследствии выяснилось, что при движении машин Н. вышел из кабины и в этот момент произошел наезд. Казалось бы, что К., будучи невнимательным, допустил нарушение правил движения, повлекшее тяжкие последствия. Однако К. утверждал, что в момент движения не видел потерпевшего. Следственный эксперимент, проведенный с целью проверки этого утверждения, полностью подтвердил показания К.: после воссоздания по словам очевидцев взаиморасположения механизмов и пострадавшего оказалось, что из окна кабины скрепера нельзя видеть препятствие, находившееся сбоку, т.к. передняя часть крупного механизма ограничивала зону видимости водителя. Этот достоверно установленный факт прямо подтверждал невиновность К. Придя к выводу, что причиной несчастного случая была неосторожность, проявленная потерпевшим (вылез по ходу движения машин из кабины бульдозера), следователь прекратил дело.

§3. ПРОВЕРКА ПОКАЗАНИЙ НА МЕСТЕ

Понятие, цели и основания проведения проверки показаний на месте. УПК РСФСР не предусматривал проведения этого следственного действия, но в следственной практике оно широко применялось в форме осмотра или следственного эксперимента[50].

УПК РФ закрепил проведение проверки на месте в ст. 194, придав данному действию легитимность. Но признанию самостоятельности и полезности этого следственного действия предшествовала длительная дискуссия.

Противники его нормативного закрепления считали, что в нем неправомерно сочетаются допрос и осмотр, сторонники же исходили из того, что сочетание их позволяет получить доказательственную информацию, недоступную никакому другому следственному действию. Последняя позиция получила поддержку законодателя.

По своей познавательной конструкции, основаниям проведения и доказательственному значению проверка показаний на месте отличается от осмотра, допроса, следственного эксперимента и других следственных действий. Само название действия указывает на его специфическую направленность. Оно проводится при наличии показаний, требующих

[50] Первыми данное следственное действие подвергли исследованию Л.А. Соя-Серко, А.Н. Васильев, С.С. Степичев. Вслед за ними о проверке на месте писали многие авторы.

проверки, и нацелено на получение дополнительной информации, необходимой для их оценки как соответствующих либо не соответствующих действительности. Нельзя считать проверку на месте лишь средством подтверждения правильности показаний обвиняемого, признающего свою вину. Она нередко служит эффективным средством разоблачения самооговора. Так, Ч., принявший на себя вину своего двоюродного брата Б., совершившего вместе с другими подростками изнасилование гр. К., не смог на месте показать маршрут движения преступников и, в частности, пролом в ограде сада, через который они протащили свою жертву. Потерпев неудачу в попытке ввести следствие в заблуждение, он признался в самооговоре и объяснил его мотив желанием выручить родственника, случайно, по молодости лет, оказавшегося среди насильников.

Проверка показаний на месте имеет сложную познавательную структуру. Она, как показывает анализ ст. 194, сочетает в себе приемы получения вербальной (выраженной в слове) информации, а также информации, выраженной в физических признаках, т.е. в признаках местности, и сопоставление первой со второй. Иными словами, в проверке на месте следователь сочетает операции расспроса, свойственные допросу, и наблюдения, свойственные осмотру, причем полученные данные сравнивает между собой для выявления соответствия или несоответствия показаний и признаков местности.

Такая сложная структура «проверки на месте» обусловлена упомянутой выше целью следственного действия. Статья 194 УПК называет целью проверки установление новых обстоятельств, имеющих значение для дела. Вряд ли подобное целеуказание можно считать точным. Свойственная всем следственным действиям цель получения новой информации должна быть конкретизирована, ибо каждое следственное действие отличается от других своей специфической целью. Уточнение возможно на основе анализа положений ч. 2 ст. 194 УПК, определяющей порядок проверки на месте. Этот порядок охватывает воспроизведение лицом показаний об обстановке события, указание на особенности местности и демонстрацию действий. Из этого следует, что непосредственной целью проверки показаний на месте является выявление достоверности либо недостоверности показаний путем их сопоставления с обстановкой события[51] . Неверно видеть цель этого действия в использовании местности в качестве стимулятора памяти допрашиваемого, когда признаки местности по законам ассоциаций пробуждают воспоминания о связанных с ними обстоятельствах. При проверке на месте такое явление действительно может иметь место, но если отсутствует сравнение – специфическая черта данного действия, оно закономерно превращается в допрос на местности. В принципе такой прием допроса вполне допустим, но присутствие при этом понятых не только излишне, но и незаконно, т.к. нарушает основные правила допроса.

Некоторые авторы видят цель данного действия не только в проверке, но и в уточнении показаний. К тому есть определенные основания: ч. 1 ст. 194 устанавливает, что показания «могут быть проверены или уточнены на месте». Действительно в ходе проверки на месте первоначальные показания под влиянием ассоциаций, возникающих при восприятии местности, где разворачивалось событие, корректируются, уточняются. Но уточнение показаний – это лишь побочный, незапланированный результат проверки на месте.

[51] Именно так была определена цель данного действия в ст. 211 Проекта УПК РФ, подготовленного ко второму чтению. Однако при окончательном принятии УПК данная формулировка цели из УПК была по непонятной причине исключена.

Необходимо учитывать, что проводится она с целью получения информации, необходимой для оценки показаний как достоверных либо недостоверных. Уточнение же показаний может достигаться и иным путем, в частности, повторным допросом, в том числе и проводимым на местности.

Из сказанного усматриваются и основания для проведения проверки показаний на месте. Они налицо тогда, когда есть данные, указывающие на возможность достижения ее цели, каковой, как отмечалось, является сопоставление показаний с особенностями местности. Сложный объект, воспринимаемый следователем в ходе данного действия, создается им в целях проверки показаний искусственным образом: путем интеграции двух явлений – показаний и местности, обладающей специфическими признаками. В реальной действительности эти два явления в соединенном виде существовать не могут и создаются на время проведения следственного действия. Отсюда следует, что если показания лица по тем или иным причинам воспроизвести на местности нельзя (лицо находится в болезненном состоянии, отказывается от участия в проверке, решило воспользоваться иммунитетом и др.) или если местность не обладает особенностями или деталями, с которыми можно сопоставить показания в целях их проверки – основания для проверки показаний на месте отсутствуют. Например, бессмысленно проводить это действие на ровной поверхности (поле, пустырь), не имеющей связанных с событием деталей обстановки, на которые могло бы указать лицо в подтверждение правильности своих показаний. Таким образом, основания проведения проверки показаний на месте – это данные о наличии на местности особенностей («опорных точек»), с которыми можно сопоставить проверяемые показания.

С учетом сказанного, проверка показаний на месте – это самостоятельное следственное действие, состоящее в воспроизведении лицом по предложению следователя в соответствии с предусмотренной законом процедурой показаний и действий на месте, где происходило то или иное событие, в целях выявления совпадений или несовпадений показаний об этом событии с особенностями местности.

Виды и процессуальный порядок проверки показаний на месте. В УПК виды данного действия не регламентированы, однако практикой выработаны различные, относительно самостоятельные приемы проверки показаний, выступающие ее разновидностям: 1) отыскание с помощью лица, показания которого проверяются, еще не обнаруженных следов события, предметов (орудий, следов преступления и т.п.), которые должны иметься на местности, если показания соответствуют действительности. Обнаружение таких предметов свидетельствует об осведомленности лица о ходе события и подтверждает правильность показаний. В отличие от осмотра, целенаправленную поисковую деятельность осуществляет в таких случаях не следователь, а лицо, чьи показания проверяются. Характерным приемом такой проверки являются указания подозреваемых, совершивших нападение на водителей, места, в котором они захоронили труп убитого им водителя, притом, что труп был там в ходе проверки обнаружен. Такое же значение имеет обнаружение по указанию подозреваемого места, где им было выброшено орудие преступления, спрятаны похищенные ценности и т.п.; 2) обнаружение на местности по указанию лица объектов, ранее описанных им в показаниях, наличие которых делает событие возможным (наличие лаза, через который преступники проникли на объект, укрытий, в которых они поджидали жертву). В отличие от следственного эксперимента, здесь достаточно наблюдения объекта и не требуется варьировать опыты. Неспособность лица указать на такой объект или отсутствие объекта усиливают сомнения в достоверности показаний;

3) описание деталей обстановки, существовавших в момент совершения преступления и сохранившихся к моменту проверки. Так, по делу об убийстве двух супругов, совершенном в квартире, где проживали потерпевшие, подозреваемым было предложено расставить мебель, предварительно вынесенную из квартиры, в том порядке, в каком она находилась там в момент преступления, и подозреваемые успешно это сделали. Сходную роль играют указания лиц, показания которых проверяются, на имеющиеся в момент проверки на месте изменения в обстановке по сравнению с той, какая была в момент события (появление решеток на окнах, иное расположение сейфа и стола кассира и т.п.). И эти данные свидетельствуют об осведомленности лица о событии, что является признаком правильности показаний; 4) указание на известные лицу детали обстановки, которые в момент проверки показаний отсутствовали, однако наличие их в прошлом получило отражение в материалах уголовного дела (указание на места захоронения трупов, ранее обнаруженных при осмотре места происшествия, мест, где ранее находились похищенные предметы, о чем дали показания потерпевшие, и т.п.), что также свидетельствует об осведомленности лица. Разумеется, во всех перечисленных выше ситуациях «причастная осведомленность» будет выглядеть убедительно лишь при условии, что лицу заранее не были сообщены сведения (следователем, оперативным работником) о деталях местности, на которые оно может указать; 5) раздельное указание маршрута движения каждым из нескольких участников события (с тем, чтобы выявить, совпадают или нет в этой части их показания, что также важно для их оценки).

Процессуальный порядок проверки показаний на месте обусловлен сложной конструкцией этого следственного действия. В его проведении, согласно ч. 1 ст. 194 УПК, может

участвовать лицо, показания которого проверяются, т.е. подозреваемый, обвиняемый, потерпевший и свидетель. Подозреваемый и обвиняемый вправе, в соответствии со ст. 51 Конституции РФ, положениями п. 2 ч. 4 ст. 46 и п. 7 ч. 4 ст. 47 УПК, отказаться от самоизобличения, от дачи показаний вообще и, следовательно, от участия в проверке показаний на месте. Привлечение этих лиц возможно лишь при их согласии сотрудничать со следователем. Свидетель может быть привлечен к проверке его показаний, если он не воспользовался имеющимся у него правом на иммунитет, и, согласно п. 2 ч. 6 ст. 56 УПК, несет обязанность дать показания. Такую же обязанность, согласно п. 2 ч. 5 ст. 42, несет и потерпевший. Однако закон обязанности указанных лиц дать правдивые показания в ходе проверки на месте прямо не устанавливает. Учитывая это, а также то, что нежелание участвовать в проверке может быть легко замаскировано ссылкой на запамятование, плохую ориентировку на местности и т.п., привлечение их к ней возможно при ясно выраженном желании сотрудничать со следователем. Закон, избегая путаницы, запрещает одновременную проверку на месте показаний нескольких лиц (ч. 3 ст. 194).

Обязательными участниками проверки показаний на месте являются понятые (ч. 1 ст. 176), призванные удостоверить объективность проведения следственного действия и его результаты. Помимо них участвует защитник, если к проверке на месте привлечены подозреваемый и обвиняемый. Когда в проверке на месте участвует потерпевший, он вправе пригласить своего представителя – адвоката. Поскольку свидетель вправе явиться на допрос со своим адвокатом - последний может участвовать и в поверке на месте показаний свидетеля. Необходимо отметить, что подозреваемый, обвиняемый, потерпевший и свидетель, желая продемонстрировать правильность своих показаний, вправе сами заявить хода-

тайство о проведении проверки на месте. Если проверяются показания несовершеннолетних, в следственном действии могут (а в некоторых случаях должны) участвовать педагог или психолог (ч. 1 ст. 191, ч. 3 ст. 425 УПК), а также их законные представители (ст. 45, 48). К проверке на месте может быть привлечен и специалист. Таким может быть сотрудник экспертного подразделения, фиксирующий ход следственного действия с помощью технических средств, геодезист, фиксирующий маршрут движения на составляемом им плане местности, и другие лица, обладающие нужными специальными познаниями.

Данное следственное действие может производиться только на местности, о которой идет речь в показаниях, подлежащих проверке: участке населенного пункта, улице, отдельном строении и т.п. Если проверка показаний на месте происходит в жилом помещении, то на ее проведение необходимо получить согласие проживающих там лиц. В противном случае, по аналогии с положениями ч. 5 ст. 177, необходимо получить разрешение суда.

Перед проверкой показаний на месте следователь разъясняет ее участникам сущность данного следственного действия, порядок его проведения, их права и обязанности.

Непосредственно проверка включает в себя следующие действия: а) лицу предлагается указать место, где его показания будут проверяться (ч. 4 ст. 194), б) затем ему предлагается воспроизвести свои показания, относящиеся к местности, указать на ее детали, связанные с событием, а при необходимости – продемонстрировать свои действия на местности (ч. 2 ст. 194 УПК). Проверка на месте часто происходит путем перемещения ее участников от одной «опорной точки» к другой. При этом закон запрещает какое-либо вмешательство в ход проверки и наводящие вопросы. Чтобы предотвратить возможность подсказки, практика выработала

тактический прием: следователь, понятые, другие участники перемещаются от точки к точке вслед за движением лица, показания которого проверяются, т.к. именно оно ведет следователя и других участников за собой по свободно выбранному им маршруту.

Как и при других следственных действиях, в ходе проверки недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконным мер, создание опасности для жизни и здоровья участников (ч. 3 ст. 164), а равно унижение их чести и достоинства (ст. 9).

В проверке на месте есть элементы узнавания: давая показания, лицо отождествляет признаки внешности с образами памяти[52]. Но узнавание деталей местности в ходе проверки может послужить своеобразной подсказкой и побудить лицо приноравливать свои показания к увиденному. Чтобы предотвратить подобное явление, целесообразно применять при проверке показаний на месте основное правило предъявления для опознания: перед указанием на определенные детали лицо должно предварительно описать их в показаниях (ч. 2 ст. 193). Поэтому целесообразен следующий прием: лицо сначала описывает какую-либо деталь местности в некотором отдалении от нее и лишь затем ведет к ней участников следственного действия, указывает на эту деталь, при необходимости демонстрирует свои действия. При таком ее проведении проверка на месте представляет собой как бы двухступенчатый процесс: сначала рассказ, а потом показ.

Обнаруженные в ходе проверки показаний на месте материальные предметы (например, брошенные подозреваемым орудия взлома) осматриваются следователем и понятым и приобщаются к протоколу.

---

[52] Это не превращает данное действие в предъявление для опознания, т.к. с учетом цели проверки показаний не требуется создавать группу опознаваемых объектов.

Наглядное представление о содержании и возможностях проверки показаний на месте дает следующий пример.

Несколько лет тому назад в г. Самаре исчезли два молодых предпринимателя К. и Л. Было установлено, что друзья не виделись долгое время и, решив пообщаться за кружкой пива, отправились на автомашине в нужное место. С этого момента их никто не видел. На третий день после исчезновения, когда милиция еще вела розыск пропавших, неподалеку от пос. Аглос в поле, рядом с трассой, был обнаружен полуодетый труп К. с множественными повреждениями. В процессе расследования возбужденного в связи с этим уголовного дела на расстоянии километра от первой находки нашли труп второго потерпевшего с такими же следами насилия. Вскоре в Москве за совершение убийства соучастницы были задержаны и арестованы З., Б., Н. и А. На допросах они показали, что совершили преступление также в Самаре и были этапированы к месту его совершения. Установленные затем в ходе следствия обстоятельства преступления выглядели так: увидев К. и Л. и зная, что они состоятельные люди, преступники решили их ограбить. Возле пивного ларька, куда преступники на двух автомашинах прибыли вслед за потерпевшими, соучастницы преступников, несовершеннолетние девушки, пригласили К. и Л. развлечься на их квартире в пос. Аглос, на что потерпевшие дали согласие. Прибыв с ними на квартиру одного из преступников, девицы во время распития спиртных напитков подлили своим жертвам клофелин. Через некоторое время К. и Л. уснули. В этот момент в дело вступили грабители, стали собирать ценности, имевшиеся у потерпевших. Один из потерпевших открыл глаза и поняв, что их заманили в ловушку, стал просить сохранить им жизнь, но преступники забили их насмерть железными прутьями.

Скрывая следы, преступники вынесли из квартиры и положили в багажник автомашины трупы и одежду убитых, выехали на трассу, разбросали одежду в пути следования вдоль трассы, а трупы выбросили в поле.

Получив развернутые показания участников преступной группы, следователь организовал их проверку на месте (в условиях прежнего законодательства – в форме осмотра). Первому из участников было предложено указать места, где были выброшены предметы одежды. Следуя за обвиняемым, следователь по его указанию находил полуистлевшие вещи – галстук, рубашку, брюки, дипломат, принадлежащие потерпевшим, и зафиксировал в протоколе показания обвиняемого, а также места обнаружения вещественных доказательств. После этого обвиняемому было предложено показать, куда выбросили трупы. Места, показанные обвиняемым, совпали с теми, где ранее, как это было видно из протоколов осмотра, трупы были обнаружены. Такие же результаты были получены при проверке на месте показаний других соучастников, указавших на такой же маршрут движения и такие же узловые точки. В этом следственном действии нашли применение различные, отмеченные выше, разновидности проверки показаний на месте, каждая из которых убедительно подтверждала правильность показаний обвиняемых.

Фиксация и доказательственное значение проверки показаний на месте. Обязательным средством фиксации хода и результатов данного следственного действия является протоколирование. Протокол проверки показаний на месте должен включать в себя все сведения, предусмотренные ст. 166 УПК (разъяснение участникам их прав и обязанностей, порядка проведения следственного действия, предупреждение о применении технических средств и т.п.).

Главная часть протокола – отображение познавательных действий следователя и их результатов. Ей присуще определенное своеобразие, т.к. фиксируются различные по своей информационной природе виды получаемой следователем

информации – сообщение лица, показания которого проверяются, и сведения о деталях местности, на которые указывает это лицо. Соответственно в протоколе фиксируется: а) факт прибытия участников на место по указанию лица, б) перемещение лица от одной «опорной точки» к другой, в) показания, даваемые при этом лицом. Представляется весьма важным следующий прием: каждый фрагмент следственного действия должен фиксироваться в двух аспектах: а) сначала от первого лица излагаются показания лица, относящиеся к указанному им участку или детали местности («опорной точке»), б) затем фиксируется факт указания на эту деталь и сама она описывается так же, как это делается при осмотре. Анализ практики показывает, что порой содержание протокола упрощается: в нем фиксируется либо одно, либо другое, а иногда и то и другое, но без учета двух отмеченных различных аспектов протоколирования. Нечеткому определению содержания протокола способствует и недостаточная формализация образца – приложения 108 к ст.476 УПК. В нем содержится запись: «проверкой показаний на месте установлено», заставляющая следователя размышлять, что же установлено и как «установленное» отразить в протоколе. Недифференцированное изложение того, что сообщено лицом в показаниях, и того, на что лицо указало или продемонстрировало при проверке, делает протокол трудночитаемым. Его доказательственное значение может быть вообще утрачено из-за невозможности уяснить, что же происходило в действительности при проверке показаний на месте.

Помимо вышесказанного в протоколе фиксируются и отмеченные лицом изменения в обстановке в сравнении с той, какая имелась в момент события. В случае, когда проверка дает отрицательный результат, фиксируется факт отсутствия детали местности, о которой рассказывает лицо (например, отсутствие лаза в ограде, позволяющего проникнуть на охраняемый объект); либо факт несоответствия деталей местности показаниям лица (иное расположение мебели в помещении), либо неспособность лица указать на деталь местности, описанную им в показаниях, и т.п.

Сложная структура проверки на месте и своеобразное содержание протокола этого действия часто не принимаются во внимание органами расследования. Изучаемая на протяжении ряда лет следственная практика свидетельствует о стремлении следователей и дознавателей упростить содержание проверки на месте, свести ее к неправомерному «закреплению признания вины», рассчитанному на то, что повторение признания в присутствии понятых воспрепятствует отказу от него в суде (такое представление разделяют более половины следователей Самарского региона). Подобная практика не соответствует проверочной цели следственного действия и не усиливает доводы обвинения, т.к. в результате «закрепления» следователь получает лишь своеобразную копию уже имеющегося доказательства – показания лица с признанием вины, притом, что эти показания даны с нарушением закона, не допускающего присутствия понятых при допросе. Неудивительно, что подобные результаты проверки на месте практически не принимаются во внимание судами.

Помимо протокола, подтверждающего или ставящего под сомнение проверяемые показания, доказательственное значение имеют и предметы, обнаруженные в ходе проверки показаний на месте. Они должны быть описаны в протоколе и приложены к нему. Особое значение приобретают планы и схемы, отражающие маршрут движения лица, показания которого проверяются, и позволяющие проверить совпадение точек на местности, указанных поочередно разными лицами. Удостоверению хода и результатов проверки на месте способствует фотосъемка отдельных элементов местности, звукозапись показаний и особенно видеосъемка, передаю-

щая динамические элементы следственного действия (последовательное движение от одной «опорной точки» к другой, демонстрация лицом способа действия с обстановкой) и одновременно объяснения лица. К сожалению, в следственной практике получил широкое распространение прием, когда фотоснимок фиксирует инсценировку события участниками следственного действия (подозреваемый «вырывает» у потерпевшей сумку, «срывает» золотые украшения и т.п.). Ясно, что ни о какой проверке показаний в этой ситуации речи не идет (заметим, что подобная демонстрация действий могла бы способствовать уточнению показаний при обычном допросе). Столь же малоубедителен прием, когда подозреваемого по указанию следователя фотографируют с «указующим перстом», что, якобы, свидетельствует о добровольности его показаний и действий. Подобная инсценировка, на наш взгляд, также не несет полезной информации, т.к. ничем не дополняет показания, данные лицом на местности, отвлекая в то же время внимание следователя от достижения действительной цели: фиксации соответствия или несоответствия показаний и деталей местности.

ГЛАВА 7.

НАЗНАЧЕНИЕ И ПРОВЕДЕНИЕ ЭКСПЕРТИЗЫ

§1. ПОНЯТИЕ ЭКСПЕРТИЗЫ И ОСНОВАНИЯ ЕЕ ПРОВЕДЕНИЯ[53]

По мере развития уголовно-процессуальной науки взгляды исследователей на сущность экспертизы заметно изменялись. Наиболее ранним представлением, сохранившимся в ряде современных правовых систем, было отождествление экспертизы с свидетельским показанием (показаниями «сведущих лиц»). Такую трактовку находим в трудах английского ученого Стифена и русского процессуалиста Шаврова. Я.И. Баршев и В.Д. Спасович считали, что экспертиза – это «осмотр через сведущих лиц».

В дооктябрьской правовой науке наряду с такими представлениями Л.Е. Владимиров развивал идеи немецкого ученого К. Миттермайера и утверждал, что выводы эксперта служат научным приговором, не подлежащим критической оценке судьи, т.к. он не обладает специальными познаниями. Сторонники концепции эксперт – научный судья имеются и в современной российской науке.

В первых советских уголовно-процессуальных кодексах экспертиза рассматривалась как часть «сложного осмотра»: деятельность эксперта трактовалась как элемент осмотра трупа, вещественного доказательства, неотделимый от обследования, производимого следователем, чем ограничивался самостоятельный характер деятельности эксперта.

Все эти взгляды либо полностью, либо частично не соответствуют современным представлениям о сущности экспертизы, основанным на том, что эксперт – самостоятельный участник процесса, а заключение эксперта – самостоятельный вид доказательств, доступный оценке следователя, прокурора, судьи. Экспертизу поэтому следует трактовать как исследование объектов, представленных эксперту следователем, прокурором, судом, производимое экспертом по требованию этих лиц на основе имеющихся у него специальных познаний. Среди основных понятий, используемых в УПК РФ (ст. 5), определение экспертизы отсутствует. Однако оно дано в Федеральном законе «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» от 31 мая 2001 г. (далее ФЗ от 31.05.01 г.). Согласно ст. 9 Закона, «судебная экспертиза – процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом производящим дознание, следователем или прокурором, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу».

В то же время остается спорным определение места экспертизы в системе способов собирания доказательств.

Некоторые ученые (Н.С. Алексеев, В.М. Галкин, И.Ф. Крылов, Ю.К. Орлов) считают, что экспертиза – это одно из следственных действий, т.к. назначает и проводит ее следователь и другие лица, управомоченные на проведение следственных действий.

По мнению А.А. Эйсмана и И.М. Лузгина, экспертиза – это особая, автономная форма осуществления познавательной деятельности, отличающаяся от следственных действий тем, что знания извлекает не следователь, а эксперт.

Обе эти точки зрения представляются крайними, а поэтому необоснованными, хотя и в той и в другой есть конструктивные элементы. Правильная оценка места экспертизы должна учитывать два важных момента.

[53] Экспертизе в уголовном процессе посвящены фундаментальные исследования А.В. Дулова, И.Ф. Крылова, И.Л. Петрухина, А.Я. Палиашвили, А.А. Эйсмана, А.Р. Шляхова, Ю.К. Орлова, Е.Р. Россинской и многих других авторов.

1. Экспертизу в целом нельзя считать следственным действием, по крайней мере ввиду нижеследующего: а) если в ходе следственного действия знания извлекает сам следователь, то в ходе экспертизы – не он, а эксперт, который передает их в систематизированном виде следователю; б) если методы осуществления следственных действий заранее определены в законе, то методику экспертного исследования в каждом конкретном случае определяет сам эксперт на основе соответствующих научных разработок. Поэтому познавательная деятельность эксперта, в отличие от деятельности следователя, лишь в самом общем виде регламентируется уголовно-процессуальным законом.

2. Но было бы ошибкой считать экспертизу полностью автономной формой познания и отрывать познавательную деятельность следователя от познавательной деятельности эксперта, ибо они образуют неразрывное единство, поскольку первая служит средством управления второй.

Управляющая роль действий следователя при назначении экспертизы проявляется в том, что он:

а) определяет в своем постановлении о назначении экспертизы предмет и программу экспертного исследования, представляя эксперту объекты (предметы, документы, иные материалы), требующие исследования, и формулируя вопросы, определяющие границы исследования;

б) обеспечивает объективность и должный научный уровень исследования, подбирая экспертное учреждение или отдельного эксперта, обладающих необходимой компетентностью и специализацией, разрешая отводы, заявленные эксперту, и разъясняя права и обязанности эксперту, не работающему в экспертном учреждении;

в) определяет возможные направления экспертного исследования, излагая в постановлении обстоятельства, повлекшие назначение экспертизы и происхождение объектов, направленных на экспертизу;

г) осуществляет контроль за объективностью, полнотой и научностью исследования, присутствуя при проведении экспертизы и запрашивая разъяснения эксперта по поводу производимых им действий. Следователь вправе обратить внимание эксперта на отступления от порядка проведения экспертизы;

д) представляет по запросу эксперта необходимую ему дополнительную информацию;

е) обеспечивает права и законные интересы обвиняемого, подозреваемого и других участников процесса (в т.ч. допуская их к присутствию при экспертизе).

Именно комплекс этих операций образует содержание следственного действия, которое уместно обозначить как **назначение и проведение экспертизы**. Последующая же познавательная деятельность эксперта лежит за пределами следственного действия, представляя собой действия эксперта. В целом экспертиза образует сложный познавательный комплекс, обеспечивающий взаимодействие следователя и эксперта, а нормы, его регламентирующие, образуют специфический институт уголовно-процессуального права.

Говоря об экспертизе на предварительном расследовании, законодатель в посвященной ей главе 27 УПК употребляет термин «судебная экспертиза». Такое словосочетание не вполне оправдано, т.к. в большинстве случаев на этом этапе решение о назначении экспертизы принимает следователь (дознаватель, прокурор), но не судья. По-видимому, подобная терминология применена для того, чтобы отграничить экспертизу, назначенную следователем, судом, от непроцессуальных форм экспертизы.

В связи с этим возникает вопрос, является ли экспертизой в процессуальном смысле деятельность лиц, обладающих специальными познаниями, но производивших исследования не по заданию дознавателя, следователя, прокурора, суда,

а по ходатайству обвиняемого. Так, Северо-Западный региональный центр судебной экспертизы МЮ РФ по заявлению обвиняемого А.В. Проня подготовил экспертное заключение, однако следователь отказал в удовлетворении ходатайства адвоката о приобщении этого заключения к материалам дела в качестве доказательства. В определении Конституционного Суда от 4 марта 2004 г. по поводу сложившейся ситуации отмечено, что основанием для производства судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении является не заявление обвиняемого или его защитника, а постановление органа дознания, предварительного следствия, прокурора или суда[54]. Иной подход фактически означал бы пересмотр действующего уголовно-процессуального законодательства. С учетом этого представленное адвокатом заключение могло быть приобщено к делу не в качестве заключения эксперта, а в качестве иного документа (ст. 84 УПК).

Более общей и в то же время весьма актуальной является проблема проведения состязательной экспертизы в негосударственных экспертных учреждениях. Утверждение принципа состязательности сделало очевидным неравноправность противоборствующих сторон в доказывании: мощному арсеналу познавательных средств, которыми наделено обвинение, противостоят весьма слабые возможности защиты, в т.ч. и связанные с проведением экспертизы. В последние годы возникло много негосударственных экспертных учреждений, готовых на договорных основаниях способствовать в этом отношении защите. Однако вряд ли будет правильным представление стороне защиты возможности назначать экспертизу, обращаясь в такие учреждения и минуя государственные органы: дознавателя, следователя, прокурора, суд. Именно на эти органы возложена обязанность обеспечить законность при проведении экспертизы и надлежащее управление с этой целью ходом экспертного исследования, о чем говорилось выше. При иной организации экспертизы весьма отрицательную роль сыграет и игнорирование прав стороны, противостоящей защите – прав потерпевшего, который полностью лишается возможности влиять на ее всесторонность и объективность. Поэтому для устранения ситуации неравноправия сторон обвинения и защиты наиболее оптимальным решением проблемы будет, как представляется, обращение защиты с ходатайством о назначении экспертизы к следователю и суду при закреплении в законе обязанности этих органов такое ходатайство удовлетворить и дать возможность защитнику присутствовать при экспертизе, проводимой как в государственном, так и в негосударственном экспертном учреждении.

[54] Российская газета. 2004. 7 июля. Данное положение разделяют и ученые-процессуалисты. См.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. 1. М.: Проспект, 2004. С. 186, 187.

Заметим также, что не является экспертизой деятельность специалиста, связанная с подготовкой им заключения, т.е. суждения по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами. Заключение специалиста в соответствии с ч. 3 ст. 80 УПК признано теперь одним из видов доказательств по уголовному делу. Это доказательство, задуманное законодателем как средство усиления позиции защиты в ее противоборстве с обвинением, формируется, однако, за пределами процессуальной формы: закон не определяет оснований обращения сторон к специалисту, не представляет участникам процесса прав, обеспечивающих объективность заключения специалиста, подобных тем, какие представлены им при проведении экспертизы, не определяет структуры и содержания заключения специалиста, не требует от специалиста проведения исследований. Все это придает заключению

специалиста весьма субъективный характер, превращая, таким образом, этот прием в суррогат экспертизы[55].

§2. ОСНОВАНИЯ НАЗНАЧЕНИЯ И ПРОВЕДЕНИЯ ЭКСПЕРТИЗЫ

Для назначения экспертизы необходимы как фактические, так и формальные основания. Фактические основания – это данные о возможности достижения цели экспертизы. УПК РФ оснований и целей назначения экспертизы не раскрывает (хотя упоминает о необходимости оснований в п. 1 ч. 1 ст. 195 и ст. 204) и ограничивается указанием, что следователь назначает экспертизу, признав это необходимым (ч. 1 ст. 195). Представляется, что цель экспертизы - это необходимость применения специальных познаний для выявления и истолкования «скрытой» информации. Под «скрытой» информацией следует понимать, во-первых, данные, которые невозможно обнаружить простым наблюдением (например, невидимые признаки подделки документа, состояние внутренних органов трупа и т.п.), а во-вторых, видимые, но непонятные не специалисту и требующие истолкования данные (например, выявленные при вскрытии трупа пятна на плевре, обнаруженные при осмотре следы на стреляной гильзе и т.п.). Речь, следовательно, идет о решении таких задач, которые не могут быть решены путем применения иных следственных действий.

[55] Критическую оценку закрепления в законе этого доказательства высказывает ряд авторов. См.: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса... С. 159; Хитрова О.В. Заключение и показания специалиста – новые доказательства в уголовном судопроизводстве // Материалы международной научно-практической конференции. М.: МГЮА, 2004. С. 149-153.

Между тем в УПК РСФСР цель назначения экспертизы усматривалась в том, что она проводится при необходимости применения специальных познаний в науке, технике, искусстве и ремесле (ст. 78). О необходимости специальных знаний для дачи заключения говорят ст. 2 и 9 ФЗ от 31.05.01 г.[56].

Чтобы более конкретно сформулировать фактические основания проведения экспертизы, необходимо определить содержание понятия специальные познания, с помощью которых выявляется скрытая информация. Этому вопросу посвятили свои исследования многие авторы. Убедительными представляются суждения А.А. Эйсмана, который полагал, что специальные познания – это не общеизвестные, не общедоступные знания, имеющие массовое распространение, а профессиональные, которыми располагает ограниченный круг специалистов. Границы между специальными и общеизвестными знаниями исторически подвижны: по мере развития научно-технического прогресса (компьютеризация, Интернет и др.) первые понемногу переходят в разряд вторых, сокращая этим предмет традиционных экспертных исследований, а накопление новых знаний одновременно расширяет возможности экспертизы в новых направлениях. Тем не менее, в каждый исторический момент сфера специальных знаний очерчена достаточно определенно, что позволяет правильно решить вопрос о возможности назначения экспертизы. При этом важно подчеркнуть, что специальными знаниями может обладать и следователь, но это не освобождает его от необходимости назначить экспертизу. В противном случае он был бы вынужден строить свои выводы на основе собственных умозаключений, что противоречит исходным положениям теории доказательств, согласно которым доказательство – явление внешнепредметное.

[56] Понятия «специальные познания» и «специальные знания» представляются нам трудноразличимыми.

Из сказанного следует, что достаточные данные, указывающие на возможность установления и истолкования с помощью экспертизы «скрытой информации», т.е. фактические основания назначения экспертизы, налицо тогда, когда: а) объект, подлежащий исследованию, т.е. вещественное доказательство, предмет, документ, приобщен к уголовному делу, а иное существенное обстоятельство (поведение психически больного лица, длина тормозного пути автомобиля и т.п.) отражено в материалах дела, что создает реальную возможность их исследования экспертом, б) современная наука позволяет разрешить поставленный следователем вопрос, поскольку уже создана научно обоснованная методика экспертного исследования, расширяющая возможности экспертизы. Например, разработана эффективная методика отождествления человека по следам крови (геномный анализ). Но в то же время отсутствует надежная методика отождествления человека по запаху («электронный нос»), и это, пока что, исключает возможность категорического разрешения данного вопроса экспертизой.

Применительно к ряду конкретных ситуаций закон однозначно указывает на необходимость назначения экспертизы, избавляя следователя от решения вопроса, есть ли необходимость в привлечении специальных познаний эксперта или нет.

Случаи обязательного назначения экспертизы определены практикой расследования и судебного разбирательства, свидетельствующей о том, что некоторые существенные обстоятельства дела либо вообще не могут быть установлены с помощью других следственных действий, либо устанавливаются ими недостаточно надежно. Таковы, согласно ст. 196 УПК, 1) причины смерти; 2) характер и степень вреда, причиненного здоровью; 3) психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, когда возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве; 4) психическое или физическое состояние потерпевшего, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать показания (свидетель здесь не упомянут, хотя сомнения в его способности дать показания также могут возникнуть, но экспертиза в таких случаях может назначаться только с согласия свидетеля); 5) возраст подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, когда это имеет значение для уголовного дела, а документы, подтверждающие возраст, отсутствуют или вызывают сомнение.

Следственная практика свидетельствует о том, что этот перечень, сформулированный в законе как закрытый, фактически не охватывает всех случаев, когда экспертиза признается обязательной (дела об изнасилованиях и других половых преступлениях, о фальшивомонетничестве, об изготовлении и распространении наркотиков и т.п.).

Во всех же остальных случаях назначение экспертизы – это право следователя, которым он может и не воспользоваться, если искомое обстоятельство достаточно выяснено с помощью других следственных действий.

Помимо фактических оснований необходимы и основания формальные. В первую очередь, таковыми являются постановления следователя, дознавателя, прокурора о назначении экспертизы. Согласно ч. 1 ст. 195, в постановлении должны быть указаны: а) основания назначения экспертизы (надо полагать, что законодатель здесь имеет в виду сказанное выше, т.е. необходимость привлечения специальных знаний для установления каких-либо существенных обстоятельств дела); б) фамилия, имя и отчество эксперта или наименование экспертного учреждения, в котором должна быть проведена экспертиза; в) вопросы, поставленные перед экс-

пертом; г) материалы, представленные в распоряжение эксперта. Указывается также, какая экспертиза назначается (ее вид), является ли она дополнительной, повторной, комиссионной или комплексной.

Выше отмечалась важная роль постановления следователя как средства программирования исследовательской деятельности эксперта. К сожалению, проведение экспертиз без вынесения постановлений об этом широко распространено в следственной практике, чему способствуют нормативные акты Минздрава РФ, предусматривающие возможность экспертизы трупа и освидетельствования живых лиц по кратким поручениям следователя. Этот прием, допустимый в стадии возбуждения уголовного дела, не должен подменять собой акта назначения экспертизы с переходом дела в стадию предварительного расследования, что в действительности нередко наблюдается. Верховный Суд РФ расценивает практику проведения экспертизы без вынесения постановления как существенное нарушение уголовно-процессуального закона.

Еще одно формальное основание для проведения судебно-медицинской и судебно-психиатрической экспертиз требуется в случаях помещения подозреваемого и обвиняемого, не содержащихся под стражей, в медицинский и психиатрический стационар. Согласно ч. 1 и 2 ст. 203, а также п. 3 ч. 2 ст. 29 и ч. 1 и 2 ст. 165 УПК, решение об этом может принять только судья районного или военного суда по ходатайству следователя, согласованного с прокурором (об участии обвиняемого и защитника в рассмотрении этого вопроса судьей закон не упоминает). Положительное решение судья принимает при наличии достаточных оснований для ограничения неприкосновенности личности этих участников, без чего невозможно необходимое стационарное экспертное обследование. Если же подозреваемый и обвиняемый находятся под стражей, судебного санкционирования не требуется, достаточно постановления следователя о назначении экспертизы.

Существенное уточнение судебной процедуры разрешения этого вопроса внес Конституционный Суд РФ своим определением от 8 июня 2004 г. Суд указал, что упомянутые выше нормы не предполагают права суда принимать решение без представления обвиняемому и (или) его защитнику возможности изложить свою позицию по рассматриваемому вопросу[57].

§3. УЧАСТНИКИ ЭКСПЕРТИЗЫ. ВИДЫ ЭКСПЕРТИЗ

Необходимым участником экспертизы является эксперт. Согласно ст. 57 УПК, эксперт – это лицо, обладающее специальными познаниями и назначенное в порядке, установленном УПК, для производства экспертизы и дачи заключения. Профессиональное и процессуальное значения понятия «эксперт» не совпадают: сотрудник экспертного учреждения, именуемый экспертом по занимаемой им должности, станет экспертом в процессуальном смысле лишь после того, как ему будет поручено проведение экспертизы.

Эксперты состоят на службе в государственных и негосударственных учреждениях. К первым относятся экспертные учреждения МЮ РФ, МВД РФ, ФСБ РФ, ГТК РФ, сотрудники которых именуются в ст. 195 УПК государственными судебными экспертами. Соответственно сотрудники негосударственных учреждений – это иные эксперты из числа лиц, обладающих специальными знаниями. Согласно закону, следователь (дознаватель, прокурор, суд), назначая экспертизу,

[57] Российская газета. 2004. 22 июля.

вступает в отношения не с экспертом, а с экспертными учреждениями. Именно руководителю экспертного учреждения следователь для исполнения направляет свое постановление о назначении экспертизы и приложенные к нему материалы. Получив постановление, руководитель поручает производство экспертизы конкретному эксперту (группе экспертов) и уведомляет об этом следователя. Если экспертиза производится в негосударственном экспертном учреждении, руководитель, помимо этого, разъясняет эксперту его права и ответственность по ст. 307 и 310 УК РФ (в государственном экспертном учреждении такое разъяснение излишне, т.к. речь идет о профессионалах, хорошо знающих свои обязанности и ответственность). Экспертиза может быть поручена специалисту, не работающему в экспертном учреждении («частному эксперту»). В этом случае вручает ему постановление и разъясняет права и ответственность следователь (ч. 4 ст. 199).

Таким образом, между лицом, назначающим экспертизу, и руководителем экспертного учреждения возникают определенные правоотношения. Руководитель экспертного учреждения, рассмотрев полученное постановление и приложенные к нему материалы, вправе, в соответствии с ч. 3 ст. 195, возвратить их без исполнения в случае, когда в учреждении нет эксперта нужной специальности либо специальных условий для проведения исследований (отсутствует соответствующее экспертное оборудование, научно обоснованная методика исследования). Но после того, как проведение экспертизы поручено определенному эксперту (или группе экспертов), субъектом правоотношений со следователем становится эксперт.

Независимо от того, проводится ли экспертиза в экспертном учреждении или «частным» экспертом, эксперт обладает самостоятельностью и независимостью в разрешении поставленных перед ним вопросов, чему не мешает отмеченное ранее его тесное взаимодействие с органом расследования. Этот момент специально подчеркнут в ст. 7 ФЗ от 31.05.01 г.: эксперт не может находиться в какой-либо зависимости от органа или лица, назначившего экспертизу, сторон и других лиц, заинтересованных в исходе дела. Не допускается воздействие на эксперта со стороны судей, органов расследования, прокуроров и всех других органов и лиц в целях получения заключения в их интересах. Эксперт дает заключение, основываясь на результатах проведенных исследований, в соответствии со своими специальными знаниями.

Для обеспечения объективности экспертизы уголовно-процессуальный закон наделяет эксперта достаточно широкими правами, включая право ходатайствовать о представлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, привлечении к экспертизе других экспертов; участвовать с разрешения органа расследования в процессуальных действиях (ч. 3 ст. 57 УПК). Он также имеет право на экспертную инициативу, т.е. на установление обстоятельства, по поводу которого вопрос перед ним не поставлен, но которое имеет отношение к предмету экспертного исследования.

При проведении экспертизы (но не при составлении заключения) вправе присутствовать следователь и получать разъяснения эксперта по поводу производимых им действий (ст. 197). Это дает следователю возможность, не пытаясь склонить эксперта к даче «нужного» заключения, обращать его внимание на имеющиеся отступления от требований процессуального закона о всесторонности и объективности исследования.

При проведении экспертизы с разрешения следователя вправе присутствовать и давать объяснения эксперту подозреваемый, обвиняемый, его защитник. Обычно это проис-

ходит при бухгалтерских, экономических и других экспертизах, связанных с анализом деятельности этих лиц. Присутствие данных лиц дает эксперту возможность учесть их объяснения, что обеспечивает объективный характер заключения эксперта. Наоборот, проведение соответствующей экспертизы в отсутствие этих лиц может породить односторонность и необъективность заключения. Но, присутствуя при экспертизе, они не должны вмешиваться в ход исследования и мешать эксперту (ст. 24 ФЗ от 31.05.01 г.).

Закон регламентирует проведение экспертизы различных видов, а процессуальная наука и криминалистика классифицируют их по различным основаниям.

Криминалистике известно деление современных экспертиз на классы (а внутри классов на роды и виды) по объектам исследования в совокупности с решаемыми экспертизой задачами[58] . Таковы криминалистические экспертизы, экспертизы веществ и материалов, почвоведческие, пищевых продуктов и напитков, судебно-биологические, судебно-медицинские, психолого-психиатрические, экономические, инженерно-технологические, инженерно-технические, экологические, инженерно-транспортные, искусствоведческие.

В процессуальном аспекте все экспертизы классифицируются по: а) времени проведения - на проводимые впервые, дополнительные и повторные; б) субъекту проведения – на единоличные, комиссионные и комплексные.

Дополнительная экспертиза, согласно ч. 1 ст. 207 УПК, назначается в случаях, когда заключение эксперта признается следователем недостаточно ясным или неполным, а также когда у следователя возникают новые вопросы в отношении

[58] См.: Россинская Е.Р. Комментарий к Федеральному закону «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». М.: Юристъ, 2002. С. 107, 117.

ранее исследованных обстоятельств. Недостаточная ясность заключения проявляется в том, что эксперт употребил в нем термины, не поддающиеся однозначной трактовке (например, нечетко определена локализация телесных повреждений, их вид, размеры и т.п.). Неполнота заключения – это исследование экспертом лишь части представленных ему объектов, оставление без ответа части вопросов. Новые вопросы могут быть поставлены перед экспертом в порядке дополнительной экспертизы, если они касаются объектов, которые эксперт уже исследовал в первичной экспертизе. Если же речь идет о новом объекте, должна быть назначена самостоятельная первичная экспертиза.

Назначение дополнительной экспертизы не свидетельствует об ошибочности или сомнительности первичной. Поэтому ее проведение может быть поручено как тому же, так и другому эксперту.

Повторная экспертиза, согласно ч. 2 ст. 207 УПК, назначается в случаях возникновения у следователя сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в его выводах. Такие сомнения могут возникнуть по разным причинам: а) вследствие применения экспертом ненадлежащей (устаревшей) методики; б) нарушения процессуального порядка назначения и проведения экспертизы (отсутствие постановления о назначении экспертизы, проведение исследований экспертом, который подлежит отводу либо не обладает надлежащей квалификацией, необоснованное отклонение ходатайств обвиняемого и т.п.); в) противоречий между заключением эксперта и другими доказательствами, имеющимися в деле, в том числе заключениями других экспертов. Сомнения в правильности заключения могут быть порождены и внутренней противоречивостью заключения, когда выводы эксперта противоречивы сами по себе, противоречат обстоятельствам, выявленным при исследовании

объектов, либо не подтверждаются ими. Все эти обстоятельства вызывают сомнения в правильности заключения, подрывают доказательственное значение выводов эксперта. Поэтому повторная экспертиза поручается другому эксперту. При назначении повторной экспертизы следователь в своем постановлении должен указать на обстоятельства, вызвавшие сомнения в обоснованности и правильности заключения первичной экспертизы. Однако наличие двух противоречивых заключений экспертов само по себе не обязывает следователя назначать повторную экспертизу: он вправе признать одно из них обоснованным, мотивированно отвергнув другое.

Комиссионная экспертиза впервые регламентирована в УПК РФ, хотя нередко проводилась на практике и ранее. Согласно ст. 200 УПК, это экспертиза, проводимая не менее чем двумя экспертами одной специальности. Смысл комиссионной экспертизы в том, что объединение усилий нескольких однопрофильных экспертов повысит обоснованность и аргументированность их заключения и этим снизит риск ошибки при проведении экспертизы, более вероятной при единоличной экспертизе. В соответствии со ст. 52 Основ законодательства РФ об охране здоровья судебно-психиатрические экспертизы живых лиц проводятся судебно-психиатрическими экспертными комиссиями в составе не менее трех психиатров. Традиционно комиссионно проводятся и другие экспертизы (например, о преступной халатности медицинских работников, о нарушении правил полетов на воздушном транспорте, повлекшем аварию, и т.п.). Согласно ч. 2 ст. 200 УПК, комиссионный характер судебной экспертизы определяется органом или лицом, ее назначившим, либо руководителем государственного судебно-экспертного учреждения. И в том и в другом случае основанием решения о создании комиссии экспертов будет сложный и ответственный характер вопросов, поставленных перед экспертом, большой объем экспертного задания.

Коллективный характер экспертного исследования создает определенные проблемы, которые не возникают при единоличной экспертизе: проблемы организации работы комиссии и обеспечения независимости и самостоятельности каждого эксперта. Первая из них решается тем, что руководитель экспертного учреждения назначает одного из экспертов экспертом-организатором, не наделенным дополнительными экспертными функциями, но призванного осуществлять организационное руководство работой комиссии (ст. 21 ФЗ от 31.05.01 г.). Проблема самостоятельности каждого эксперта, входящего в состав комиссии, разрешается следующими нормативными предписаниями: «каждый эксперт независимо и самостоятельно проводит исследование, оценивает результаты, полученные им лично и другими экспертами, и формулирует свои выводы в пределах своих специальных знаний» (ст. 21 ФЗ от 31.05.01 г.). «В случае возникновения разногласий каждый из экспертов... дает отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласия» (ч. 2 ст. 200 УПК). В последнем случае комиссионная экспертиза фактически распадается на серию исследований, проводимых каждым экспертом и завершающихся его же заключением, т.е. в определенной мере она утрачивает свой комиссионный характер. При согласии экспертов между собой (что вполне вероятно, т.к. они обладают знаниями в общей области), они составляют и подписывают общее заключение. Соответственно этому, правоотношения следователя могут складываться как с экспертом-организатором, так и с каждым экспертом, входящим в комиссию.

Комплексная экспертиза представляет собой разновидность комиссионной, но с тем существенным отличием, что в ней

участвуют эксперты разных специальностей (ч. 1 ст. 201 УПК)[59].

В отличие от однопрофильной, такая экспертиза создает возможность путем интеграции различных специальных знаний расширить поле зрения экспертов и установить обстоятельства, недоступные эксперту (или экспертам) одного профиля. В то же время, будучи комиссионной, она более убедительно разрешает поставленные перед нею сложные вопросы. В практике утвердились и доказали свою эффективность такие виды комплексной экспертизы, как медико-криминалистическая, медико-психиатрическая, педагогико-психологическая, психолого-психиатрическая[60] и другие.

При проведении комплексной экспертизы сохраняются и приобретают более острый характер отмеченные выше проблемы интеграции знаний разных экспертов. В случае, если выводы эксперта одной специальности базируются на выводах эксперта другой специальности, первый эксперт как бы доверяется второму, априори оценивая его заключение как достоверное, хотя оно может оказаться ошибочным. А это вряд ли соответствует принципу самостоятельности и личной ответственности эксперта за данное им заключение, тем более что в функции эксперта не входит оценка заключений других экспертов.

[59] Некоторые исследователи считают, что комплексную экспертизу может проводить один эксперт, обладающий познаниями в разных областях (см.: Селиванов Н.А. Спорные вопросы судебной экспертизы // Социалистическая законность. 1978. № 5). С таким представлением трудно согласиться, т.к. правовая регламентация комплексной экспертизы определяется необходимостью согласования между собой исследовательской деятельности и выводов нескольких экспертов, обладающих независимостью и самостоятельностью. Эта проблема отсутствует, когда исследование производит и заключение дает один эксперт.

[60] Верховный Суд РФ считает необходимым назначение такой экспертизы для решения вопроса о наличии или отсутствии у несовершеннолетнего отставания в психическом развитии (См.: Бюллетень ВС РФ. 2000. № 4. С. 10).

Эту трудность законодатель стремится преодолеть своеобразным раздроблением комплексной экспертизы на отдельные элементы. Согласно ч. 2 ст. 201 УПК, «в заключении экспертов... указываются, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт... какие факты он установил и к каким выводам пришел. Каждый эксперт... подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований и несет за нее ответственность». Нетрудно заметить, что в такой обрисовке заключение комплексной экспертизы распадается на несколько отдельных заключений, в нем отсутствует синтезирующая часть, представляющая собой общий вывод, к которому пришли эксперты разных специальностей.

Указанный недостаток законодатель попытался преодолеть в ФЗ от 31.05.01 г. В ч. 2 ст. 23 закон устанавливает, что «общий вывод делают эксперты, компетентные в оценке полученных результатов и формулировании данного вывода». Это законоположение представляется весьма существенным, т.к. сохраняет независимость и самостоятельность эксперта и освобождает его от необходимости принимать на веру заключение другого эксперта. Действительно, в случаях проведения комплексной экспертизы с участием экспертов разных специальностей, но располагающих знаниями в смежных областях подобных коллизий не возникает. Такое положение складывается, например, при проведении судебно-медицинской экспертизы, в которой наряду с экспертом - судебным медиком – участвуют гинеколог, терапевт, гистолог и другие представители разных направлений медицинской науки. Это же наблюдается при медико-психиатрических экспертизах, когда исследования производят врачи, обладающие общими познаниями в области соматических и психиатрических нарушений, а также при медико-криминалистических экспертизах, когда оба эксперта прошли под-

готовку в смежных отраслях знания. Также и при проведении других комплексных экспертиз представители различных отраслей могут обладать знаниями в смежных областях, позволяющими им составить общее заключение.

С учетом сказанного интеграция знания экспертов разных специальностей в заключении комплексной экспертизы может иметь различную форму:

1) заключение включает в себя ряд выводов отдельных экспертов разных областей знания, основанных на проведенных ими исследованиях, при отсутствии общего вывода. Такой вывод делает сам следователь, оценивая совокупность отдельных выводов, изложенных в заключении. Содержание подобного заключения непосредственно вытекает из приведенной выше ч. 2 ст. 201 УПК. Оно в значительной мере утрачивает комплексный характер;

2) заключение экспертов охватывает два ряда выводов: а) сделанных экспертами, не обладающими знаниями в смежных областях и подписывающими «свою» часть заключения; б) сделанных экспертами, обладающими познаниями в смежных областях и формирующими общий, синтетический вывод, подписываемый ими. Такой вариант предусмотрен ч. 2 ст. 23 ФЗ от 31.05.01 г. Его уязвимое место – ослабление принципа самостоятельности эксперта, поскольку «если основанием общего вывода являются факты, установленные одним или несколькими экспертами, это должно быть указано в заключении» (ч. 2 ст. 23 ФЗ);

3) заключение основано на промежуточных выводах отдельных экспертов, которые оцениваются всеми экспертами как достоверные, поскольку они обладают знаниями в смежных областях. С учетом этого эксперты в состоянии сформулировать обоснованный общий вывод по вопросам, поставленным на разрешение комплексной экспертизы. Такой вид заключения обоснован в большей мере и не ограничивает самостоятельности эксперта в решении поставленных перед ним вопросов, как в описанном выше варианте.

Специфика комплексной экспертизы накладывает отпечаток на характер взаимоотношений следователя и экспертов. Хотя закон и предусматривает выделение эксперта-организатора в любой комиссионной, в т.ч. и в комплексной экспертизе (ч. 5 ст. 21 ФЗ от 31.05.01 г.), такая фигура в комплексной экспертизе менее понятна, ибо речь идет о носителях специальных познаний, состоящих в разных экспертных учреждениях, а иногда вообще не состоящих в них. С учетом этого трудноосуществимым для комплексной экспертизы является положение ФЗ от 31.05.01 г. о том, что организация и производство комиссионной экспертизы возлагаются на руководителя государственного судебного экспертного учреждения или на руководителей таких учреждений (ч. 3 ст. 21). Это создает ситуацию неразберихи (особенно когда к проведению комплексной экспертизы привлекается эксперт из негосударственного экспертного учреждения или частный эксперт). Практика развивается по более реальному пути: организационную деятельность (в т.ч. подбор экспертов) и координацию осуществляет следователь, назначивший экспертизу.

Несмотря на трудности проведения, комплексные экспертизы находят достаточно широкое применение на практике и способствуют достоверному установлению существенных обстоятельств дела.

Так, в деятельности двух экспертных учреждений Самары – Бюро судебно-медицинской экспертизы Минздрава РФ и лаборатории судебной экспертизы Минюста РФ – сложилась практика проведения комплексных медико-баллистических экспертиз для проверки показаний лиц, причинивших потерпевшим огнестрельные ранения. Эксперты обладали надлежащей квалификацией: эксперт-криминалист имел стаж экспертной работы 34 года и специальную подго-

товку по криминалистическим методам исследования вещественных доказательств, эксперт- судебный медик – стаж экспертной работы 38 лет и специальную подготовку по судебно-медицинским и криминалистическим методам исследования вещественных доказательств. Другие привлеченные к исследованиям эксперты также имели надлежащую специальную подготовку в смежных областях знаний.

Основанием назначения одной такой комплексной экспертизы послужили сомнения в правильности объяснений обвиняемого, утверждавшего, что выстрел в потерпевшую (ею была мать обвиняемого) произошел случайно, при попытке потерпевшей отобрать ружье. Основными вопросами, поставленными перед экспертами, было определение возможности либо невозможности производства выстрела обвиняемым при указанных им обстоятельствах. Поначалу обвиняемый К. утверждал, что произвел в свою мать выстрел из охотничьего ружья в упор, когда она находилась в положении сидя, а затем стал утверждать, что он пытался покончить жизнь самоубийством, мать, видя это, бросилась отнимать у него ружье, и в этот момент произошел выстрел в положении потерпевшей стоя.

По другому делу обвиняемый К-в утверждал, что выстрел в потерпевшего С. произошел случайно в тот момент, когда тот пытался отобрать у него ружье, держась за предохранительную скобу спусковых крючков. С. же утверждал, что после ссоры между ними К-в произвел в него выстрел умышленно. В показаниях К-ва и С. противоречиво освещались расстояние между ними и их взаиморасположение в момент выстрела.

В обоих случаях методика экспертного исследования соответствовала специальным знаниям обоих экспертов. Эксперты сами определяли расстояния, с которых проводились выстрелы, путем экспериментальных выстрелов в ткань, соответствующую ткани одежды потерпевших, и сопоставления экспериментальных повреждений на ткани с повреждениями на одежде. Они использовали также метод воссоздания ситуации, при которой произошел выстрел, путем демонстрации участниками события (а в случае смерти потерпевшего – с участием статиста) их взаимного расположения, положения оружия и т.п. Различные продемонстрированные участниками варианты они сопоставляли с направлением раневого канала и следами выстрела на одежде и теле пострадавших. На этой основе, а также с учетом других установленных ими обстоятельств формулировался вывод экспертов о том, соответствовали ли показания обвиняемых и потерпевшего результатам проведенных исследований. Примечательно, что исследовательские части заключения и выводы, сделанные экспертами, были едиными и подписаны обоими экспертами. Еще по одному делу в аналогичной комплексной экспертизе участвовали 4 эксперта-криминалиста и один эксперт-судебный медик. Исследовательская часть заключения распадалась в этом случае на баллистическое, химико-баллистическое, судебно-медицинское исследования. По каждому из них выводы были подписаны соответствующими экспертами. Но кроме того, имелось и комплексное исследование, выводы которого, аналогичные выводам предыдущих экспертиз, также были подписаны двумя экспертами – судебным медиком и криминалистом.

§4. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК НАЗНАЧЕНИЯ И ПРОВЕДЕНИЯ ЭКСПЕРТИЗЫ. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО, ПОТЕРПЕВШЕГО И СВИДЕТЕЛЯ

Процедура назначения и проведения экспертизы на предварительном следствии охватывает, согласно УПК РФ, не только разнообразные меры, обеспечивающие ее надлежащую организацию и проведение, но и систему прав и обязанностей лиц, привлекаемых к проведению экспертизы. Экспертируемые – подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, будучи равноправными сторонами в процессе, а также свидетель, как участник процесса, наделяются определенными правами при проведении экспертизы, обеспечивающими их законные интересы. Совокупность этих предписаний образует развернутую и многоэтапную процедуру назначения и проведения экспертизы. Рассмотрим их более подробно.

1. Выяснение следователем данных об эксперте. Прежде чем поручить экспертизу лицу, не работающему в экспертном учреждении, следователь собирает сведения о специальности и компетентности эксперта, устанавливает отношение его к обвиняемому, подозреваемому, потерпевшему, а также проверяет - нет ли оснований к отводу (ст. 70 УПК). Наличие таких оснований исключает возможность поручить ему проведение экспертизы. Если же экспертиза поручается государственному или негосударственному экспертному учреждению, проверка ограничивается изучением вопроса, есть ли в нем эксперты надлежащей квалификации.

2. Вынесение постановления о назначении экспертизы. Согласно ч. 1 ст. 195, в постановлении указываются: а) основания для назначения экспертизы, т.е. данные о том, что имеющиеся у эксперта специальные познания помогут выявить и истолковать «скрытую» информацию об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, б) фамилия, имя, отчество эксперта или наименование государственного или негосударственного экспертного учреждения, в котором должна производиться экспертиза, в) вопросы, поставленные перед экспертом, г) материалы, представленные эксперту.

3. При назначении судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы и необходимости поместить обвиняемого или подозреваемого, если они не содержатся под стражей, для экспертного исследования в медицинский или психиатрический стационар (что, согласно п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК, возможно только с разрешения суда) следователь, в соответствии с ч. 1 ст. 165 УПК, возбуждает об этом согласованное с прокурором ходатайство перед районным или военным судом, облекая его в форму постановления, в котором обосновывается необходимость помещения экспертируемого в стационар. Судья не позднее 24 часов рассматривает это ходатайство и принимает решение о его удовлетворении или отклонении. Во время пребывания подозреваемого в психиатрическом стационаре обвинение подозреваемому не предъявляется, т.к. течение 10-дневного срока, установленного законом для предъявления обвинения лицу, подвергнутому принудительным мерам, приостанавливается до получения заключения эксперта. Однако такие лица не могут быть водворены в обычные стационары (ч. 1 ст. 32 ФЗ от 31.05.01 г.), поскольку в них отсутствует охрана. Они помещаются для экспертизы в специально приспособленные для этого стационары (ч. 1 ст. 33 ФЗ от 31.05.01 г.).

Если же подозреваемый и обвиняемый содержатся под стражей, для помещения их в стационар не требуется разрешения суда. Достаточно указания об этом в постановлении следователя о назначении экспертизы.

4. Прежде чем направить свое постановление для исполнения, следователь обязан обеспечить права обвиняемого

и подозреваемого при назначении и проведении экспертизы. В этих целях, в соответствии с ч. 1 ст. 198, он знакомит подозреваемого, обвиняемого, его защитника с постановлением о назначении экспертизы и разъясняет представленные им права. Комплекс этих прав обеспечивает указанным лицам возможность предотвращать нарушения их законных интересов и добиваться объективного заключения эксперта.

Комплекс охватывает следующие права: а) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы; б) заявлять отвод эксперту по основаниям, предусмотренным ст. 70 УПК; в) ходатайствовать о производстве экспертизы в другом экспертном учреждении, в том числе и в негосударственном; г) ходатайствовать о включении в число экспертов указанных ими лиц (как работающих, так и неработающих в экспертных учреждениях); д) ходатайствовать о включении в постановление о назначении экспертизы дополнительных вопросов экспертам; е) присутствовать с разрешения следователя при производстве экспертизы. Однако, несмотря на широкие возможности влиять с использованием этих прав на направление и результаты экспертизы, упомянутые участники не вправе вмешиваться в ход исследований, но могут давать объяснения и задавать вопросы эксперту, относящиеся к предмету экспертизы (ч. 2 ст. 24 ФЗ от 31.05.01 г.). Поскольку защитник вправе участвовать в следственных действиях, в которых участвует подзащитный (п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК), он может присутствовать при судебно-медицинской, судебно-психиатрической и иной экспертизе, проведение которой невозможно без участия подзащитного; ж) знакомиться с заключением эксперта, протоколом его допроса (или с сообщением о невозможности дать заключение).

Свидетель и потерпевший также наделены определенными правами при проведении экспертизы, но их объем существенно меньше. Они знакомятся с заключением эксперта

лишь тогда, когда сами подвергались экспертизе. Потерпевший вправе, кроме того, знакомиться с постановлением о назначении экспертизы и заявлять отвод эксперту. Остальными правами они не наделены, что вряд ли правильно, особенно в отношении потерпевшего, интересы которого часто непосредственно затрагиваются экспертизой. В то же время закон (ч. 4 ст. 195) ограничивает возможность подвергнуть экспертизе потерпевшего и свидетеля. Свидетель может быть подвергнут экспертизе только с его согласия или согласия его законного представителя, которое дается ими в письменном виде. Это же относится и к потерпевшему. Но в случае, когда надо выяснить характер и степень вреда, причиненного здоровью потерпевшего, определить способность его давать показания или когда надо установить его возраст (п. 2,4,5 ст. 196), согласия потерпевшего или его законного представителя на проведение экспертизы не требуется.

5. Обеспечение нравственных требований. При проведении экспертизы живых лиц (в первую очередь, судебно-медицинской) перед экспертом в ряде случаев возникает необходимость обнажения тела лица, подвергнутого экспертизе. Применяя эту меру, эксперт должен учитывать требования ст. 9 УПК, закрепляющей недопустимость унижения чести и достоинства участника процесса, и ч. 2 ст. 202 УПК, содержащей запрет подобных действий при получении образцов. Более конкретно означенная проблема получает разрешение в ч. 2 ст. 36 ФЗ от 31.05.01 г.: «При проведении исследований, сопровождающихся обнажением лица, в отношении которого проводится судебная экспертиза, могут присутствовать только лица того же пола». Но это ограничение не касается врачей и других медицинских работников, участвующих в исследованиях.

О разъяснении этим лицам их прав, о заявленных ими при этом ходатайствах и отводах составляется протокол, а хода-

тайства рассматриваются и разрешаются. В случае удовлетворения ходатайства следователь может внести соответствующие изменения в постановление о назначении экспертизы.

В практике нередко возникает вопрос, как следует поступить, если экспертиза была проведена до появления в деле подозреваемого и обвиняемого? Представляется, что и в таких случаях эти участники не могут лишаться принадлежащих им прав. Поэтому они должны быть ознакомлены с постановлением о назначении экспертизы (хотя она уже проведена) и с правами, предусмотренными ст. 198 УПК. При этом заявление подозреваемым и обвиняемым ходатайств может привести к изменению объема экспертного задания и проведению дополнительной или повторной экспертизы.

6. В УПК достаточно детально регламентирован порядок привлечения эксперта или экспертного учреждения к выполнению экспертного задания:

а) если экспертиза проводится в государственном или негосударственном экспертном учреждении, следователь направляет туда свое постановление и материалы, необходимые для производства экспертизы (ч. 1 ст. 199). Руководитель экспертного учреждения поручает производство экспертизы одному из экспертов или нескольким экспертам, уведомляя об этом следователя. Руководитель негосударственного экспертного учреждения разъясняет эксперту права и ответственность за дачу заведомо ложного заключения и разглашение данных предварительного расследования, предупреждает его об ответственности, отбирая об этом подписку. Как уже отмечалось, в государственном экспертном учреждении, где работают профессионалы, знакомые со своими правами и ответственностью, такая процедура является излишней;

б) если экспертиза проводится вне экспертного учреждения, то в соответствии с ч. 4. ст. 199 следователь вызывает

будущего эксперта, удостоверяется в его личности, специальности и компетентности, устанавливает его отношения с участниками процесса и проверяет, нет ли оснований для отвода, а при их отсутствии вручает эксперту постановление, разъясняет права, обязанности и ответственность.

Все эти действия следователя фиксируются в постановлении о назначении экспертизы. Если при этом эксперт делает какие-либо заявления или заявляет ходатайства, об этом составляется особый протокол.

Руководитель экспертного учреждения вправе возвратить постановление без исполнения, если в учреждении нет эксперта конкретной специальности либо специальных условий для проведения исследований, указав мотивы, по которым производится возврат (ч. 3 ст. 199).

Но в то же время и сам эксперт может возвратить постановление без исполнения, если представленных материалов недостаточно для производства экспертизы или он считает, что не обладает достаточными знаниями для ее производства.

7. Важным элементом процедуры является обеспечение следователем необходимых условий для экспертного исследования.

Для этого следователь производит ряд действий:

а) в целях проверки предположения, не оставлены ли подозреваемым, обвиняемым, а также потерпевшим и свидетелем следы в определенном месте или на вещественных доказательствах, получает необходимые образцы для сравнительного исследования (ч. 1 ст. 202 УПК). Согласно ст. 9 ФЗ от 31.05.01 г. образцы – это объекты, отображающие свойства или особенности человека, животного, трупа, предмета, материала или вещества, а также другие образцы, необходимые эксперту для проведения исследований и дачи заключения. Обычно их подразделяют на естественные - про-

дукты физиологической деятельности организма (кровь, волосы, слюна и др.), экспериментальные – специально полученные для экспертизы (идентификация почерка, пальцевых отпечатков, отстреленных гильз) и свободные – любые образцы, возникшие за границами процессуальной деятельности. Получение образцов крови, волос, почерка, пальцевых отпечатков можно считать, как отмечалось ранее, самостоятельным следственным действием, проводимым хотя и в связи с экспертизой, но по определенной процедуре, предусмотренной ч. 1 и 3 ст. 202 УПК (вынесение постановления, составление протокола, привлечение специалиста), и без понятых. В то же время некоторые образцы в ходе экспертизы может изготавливать сам эксперт (а такие образцы, как продукты физиологической деятельности, получает только эксперт - судебный медик). В этом случае получение образцов – уже не следственное действие, а часть экспертизы. Но ни следователь, ни эксперт, получая образцы для сравнительного исследования, не вправе применять методы, опасные для жизни и здоровья человека (ч. 2 ст. 202). Конкретизируя это предписание, ФЗ от 31.05.01 г. в ст. 35 запрещает применять в отношении живых лиц методы исследования, сопряженные с сильными болевыми ощущениями или способные отрицательно повлиять на здоровье лица, методы оперативного вмешательства, а также методы, запрещенные к применению в практике здравоохранения законодательством Российской Федерации;

б) разрешая ходатайства эксперта о представлении ему дополнительных материалов для дачи заключения (п. 2 ч. 3 ст. 57), производит необходимые следственные действия с участием эксперта (таковыми могут быть допрос, осмотр, следственный эксперимент) и истребует нужные эксперту документы.

8. Осуществление следователем личного контроля за ходом экспертизы. Согласно ст. 197 УПК, следователь вправе

присутствовать при экспертизе и получать разъяснения эксперта по поводу проводимых им действий. Он при этом, как отмечалось ранее, не должен оказывать давления на эксперта.

9. Разъяснение либо дополнение заключения путем допроса эксперта (ст. 205 УПК). Представляется, что допрос эксперта – не самостоятельное следственное действие, а элемент проведения экспертизы. Показания эксперта (ч. 2 ст. 80) – это часть его заключения. Они могут касаться только предмета экспертизы и не должны выходить за ее пределы.

10. Заключительным элементом процедуры проведения экспертизы является ознакомление с заключением заинтересованных участников. Согласно ст. 206 УПК, заключение эксперта или его сообщение о невозможности дать заключение, а также протокол допроса эксперта предъявляются следователем подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, которым разъясняется право ходатайствовать о назначении дополнительной или повторной экспертизы. Об этом делается отметка в протоколе допроса обвиняемого. Заключение предъявляется также потерпевшему или свидетелю, если они сами подвергались экспертизе или если экспертиза проводилась по ходатайству потерпевшего.

В следственной практике возник вопрос: в какой момент расследования заключение предъявляется участникам – сразу же после его составления экспертом или в момент ознакомления подозреваемого со всеми материалами дела. Представляется, что это должно происходить сразу же по получению заключения следователем и не откладываться на завершающий этап предварительного следствия. В противном случае подозреваемому и обвиняемому в условиях истечения срока следствия будет гораздо трудней добиться назначения дополнительной или повторной экспертизы.

§5. ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ НАЗНАЧЕНИЯ И ПРОВЕДЕНИЯ ЭКСПЕРТИЗЫ. ОЦЕНКА И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СЛЕДОВАТЕЛЕМ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЭКСПЕРТА

Доказательственная ценность рассматриваемого следственного действия определяется его целью – получением заключения эксперта. Согласно ч. 1 ст. 80 УПК, заключение эксперта – это представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом, лицом, ведущим расследования по уголовному делу, или сторонами. Не вдаваясь в детальный анализ особенностей этого доказательства, отметим его специфическое отличие от других доказательств, важное для его оценки и использования следователем. Заключение эксперта – это логический вывод из конкретных фактов, установленных им же в ходе исследования представленных объектов. Соответственно и структура заключения эксперта, как это вытекает из ст. 204 УПК, охватывает вводную часть (сведения, кто, когда, на каком основании, в чьем присутствии, по каким вопросам производил экспертизу), исследовательскую часть, в которой отражаются проведенные экспертом исследования и установленные факты, и собственно выводы. Обоснованность заключения эксперта определяется соответствием между исследовательской и заключительной частями заключения.

Используя заключение эксперта для обоснования своих выводов (в обвинительном заключении, постановлении о прекращении дела), следователь не должен допускать его переоценки, помня, что никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК). Однако вряд ли правильно считать, что в условиях непрерывного совершенствования методик экспертных исследований оценка

заключения эксперта следователем практически ограничена лишь определением его полноты и соответствия другим доказательствам, в то время как иные аспекты оценки следователю недоступны[61]. Полагаем, что в таком утверждении верно лишь одно: оценка заключения эксперта – это сложный, многофакторный процесс, требующий от следователя обширных знаний. Во всяком случае трудности оценки не должны служить основанием для реанимации взгляда на эксперта как на научного судью факта, обоснованно отвергнутого современными исследователями. Теория и практика разработали ряд эффективных критериев оценки заключений эксперта, и задача следователя состоит лишь в том, чтобы знать и уметь применять эти критерии, не допуская наблюдающегося в практике некритического принятия любого экспертного заключения.

Такими основными критериями можно считать:

1) сформулированное еще Верховным Судом СССР важное положение о том, что вероятное заключение эксперта не может быть положено в основу обвинительного приговора. В то же время, по мнению многих исследователей, это не означает, что содержащийся в заключении с вероятным выводом, достоверно установленный и отраженный в исследовательской части промежуточный факт не имеет доказательственной ценности: в другой системе доказательств он может играть роль косвенного доказательства;

2) объективность и незаинтересованность эксперта в исходе дела. Выявление следователем обстоятельств, служащих основанием для отвода эксперта (личная, прямая или косвенная заинтересованность в исходе дела, служебная или

[61] Такова позиция Е.Р. Россинской, которая полагает, что следователь не в состоянии оценить научную обоснованность выводов эксперта, правильность выбора и применения методов исследования, соответствие метода современным достижениям науки, т.к. для этого нужны такие познания, какими обладает эксперт. См.: Указ. соч. С. 276.

иная зависимость от сторон или их представителей), означает, что заключение исходит от ненадлежащего лица и поэтому является недопустимым доказательством;

3) наличие у эксперта специальных познаний, необходимых для проведения экспертизы данного вида. Отсутствие данных познаний, т.е. некомпетентность эксперта может быть установлена путем ознакомления с имеющимися у него соответствующими документами и также приведет к признанию заключения недопустимым доказательством;

4) соблюдение процессуального порядка назначения и проведения экспертизы. Обнаружив, что при назначении и проведении экспертизы были допущены существенные и неустранимые отступления от требований уголовно-процессуального закона, следователь приходит к выводу о недопустимости заключения эксперта;

5) полнота экспертного исследования и заключения. Этот критерий требует оценки двух обстоятельств: а) все ли объекты (предметы, документы, живые лица, трупы, обстоятельства, отраженные в материалах дела) подвергнуты экспертом исследованию и не имело ли место неполное исследование отдельных объектов (например, при судебно-медицинской экспертизе трупа не вскрыты все три полости тела); б) на все ли вопросы, поставленные перед экспертом, им были даны ответы. Отрицательное решение этих вопросов указывает на необходимость назначения дополнительной экспертизы;

6) обоснованность заключения. Она может быть проверена следователем установлением наличия либо отсутствия логического соответствия между промежуточными фактами, отраженными в исследовательской части, и выводами, составляющими завершающую часть заключения. Известная трудность, связанная с определением значения промежуточных фактов, может быть преодолена допросом эксперта или обращением к специальным источникам;

7) научность примененной экспертом методики. Конечно, следователь не всегда может уследить за развитием методов экспертных исследований, тем более при множестве родов и видов современных экспертиз, и вряд ли от него следует требовать такого же уровня теоретической подготовки, которым обладает высококвалифицированный эксперт. Но нельзя игнорировать и то, что основы знаний о современных методиках экспертных исследований он получает в высших учебных заведениях и постоянно обновляет их в своей практической деятельности (прямой и косвенный опыт). Практика свидетельствует о том, что критика заключения эксперта с этих позиций - достаточно частое явление;

8) сопоставление заключения эксперта с другими доказательствами. Этот критерий оценки предусмотрен законом и составляет прием проверки любого доказательства (ст. 87 УПК). Несовпадение выводов эксперта с содержанием другого (других) доказательства говорит лишь о том, что одно из них недостоверно, а другое (другие) – достоверно либо что оба доказательства вызывают сомнение. Такая оценка может привести к необходимости назначить дополнительную или повторную экспертизу.

ГЛАВА 8.

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ПРОВЕДЕНИЕМ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

§ 1. НАДЗОР ПРОКУРОРА ЗА ЗАКОННОСТЬЮ И ОБОСНОВАННОСТЬЮ ПРОВЕДЕНИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

Функция прокурора в уголовном судопроизводстве, определяющая его отношения со следователем и формы контроля за законностью и обоснованностью следственных действий, на протяжении длительного времени была предметом острой научной полемики. Не завершилась она и с принятием УПК РФ, уделившего внимание этой проблеме. Согласно ст. 37 УПК, прокурор является должностным лицом, уполномоченным осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия. Уголовное преследование – это, как сказано в п. 55 ст. 5 УПК, процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. Но как оно соотносится с надзором за органами расследования? Позиции исследователей по этому вопросу весьма различны. Некоторые считают, что надзор есть самостоятельная функция прокурора, не совпадающая с функцией уголовного преследования, ибо оба направления его деятельности имеют разные цели: обеспечение законности процессуальной деятельности и изобличение виновных лиц. По мнению других, надзорную деятельность прокурора невозможно оторвать от уголовного преследования, так как оно осуществляется именно путем реализации надзорных полномочий. Используя их, прокурор направляет деятельность органов расследования к изобличению виновных лиц, обеспечивая при этом объективность конечных выводов и предотвращая возможные ошибки и нарушения закона. Не вдаваясь в детальный анализ этих позиций (хотя вторая из них

представляется более логичной, последовательной и соответствующей принципу состязательности), заметим, что при любой трактовке процессуальной функции прокурора она, несомненно, включает в себя в стадии расследования его надзорную деятельность, призванную обеспечить эффективную работу следователей и органов дознания, соблюдение ими и всеми другими участниками предварительного расследования требований закона.

Вряд ли можно согласиться с позицией тех исследователей, которые полагают, что с учреждением судебного контроля на предварительном следствии надзорная деятельность прокурора становится излишней. Представляется, что речь должна идти не о замене прокурорского надзора судебным контролем (в силу принципа состязательности эти два вида деятельности являются проявлением различных, несовпадающих процессуальных функций), а о разграничении предмета контроля и в то же время о взаимодействии различных видов контрольной деятельности.

Сказанное относится и к надзору прокурора за законностью и обоснованностью следственных действий.

Формы прокурорского надзора. Закон устанавливает три формы надзорной деятельности прокурора, связанной с проведением следственных действий: а) при получении разрешения суда на проведение следственных действий, б) при осуществлении последующего судебного контроля за следственными действиями, проведенными ввиду неотложности без получения разрешения суда, в) при производстве следственных действий, не требующих судебного контроля.

Рассмотрим каждую форму отдельно.

1. Установив, что ряд следственных действий может производиться только с предварительным судебным контролем, то есть с разрешения суда, закон (ч. 2 ст. 29, ч 1-4 ст. 165 УПК) не отстранил прокурора от надзора за их законностью и обо-

снованностью. Эту задачу прокурор решает, участвуя в получении согласия суда, а после того, как оно получено, следя за соблюдением закона при реализации разрешения, то есть при непосредственном проведении следственного действия.

При необходимости получить разрешение суда на проведение осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, личного обыска, выемки почтово-телеграфной корреспонденции и некоторых других действий следователь возбуждает перед судом ходатайство, облекая его в форму постановления (ч. 1 ст. 165). Закон не раскрывает содержания этого постановления, ограничиваясь принципиальным общим требованием – любые постановления следователя должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7 УПК). Отметим, что применительно к ходатайству о заключении под стражу подозреваемого, обвиняемого это общее требование конкретизируется: согласно ч. 3 ст. 108 УПК, в постановлении должны быть изложены мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в применении этой меры, а материалы, обосновывающие ходатайство, должны быть приложены к постановлению. Из суммы указанных выше предписаний следует, что и ходатайство о даче разрешения судом на проведение обыска, выемки и т.д. должно быть обоснованным, т.е. в постановлении должны быть изложены фактические данные, указывающие на возможность обнаружить искомые доказательства. Кроме того, четкое требование о необходимости указания оснований проведения следственного действия содержится в нормах, регламентирующих наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемку (п. 2 ч. 3 ст. 185), контроль и запись переговоров (п. 2 ч. 3 ст. 186). Было бы трудно объяснить отказ от этого требования при проведении других процессуальных действий, также сопряженных с ограничением конституционных прав граждан.

Проверяя законность и обоснованность постановления, прокурор либо дает согласие на направление ходатайства в суд, либо отказывает, чем осуществляет надзорную деятельность. Отказ в поддержании ходатайства означает, что прокурор не усмотрел фактических оснований для постановки вопроса об ограничении конституционных требований о неприкосновенности личности, жилища, частной жизни либо пришел к выводу, что у следователя по тем или иным причинам нет формальных оснований на проведение следственного действия. Возвращая постановление следователю без согласия с ходатайством, он вправе дать ему указания о сборе дополнительных материалов для обоснования ходатайства. Это указание следователь обязан выполнить, после чего вправе вновь поставить вопрос перед прокурором о возбуждении ходатайства. Если же дополнительные материалы не получены, намеченные следственные действия следователь произвести не сможет. Закон (п. 5 ч. 3 ст. 38) оставляет, однако, следователю возможность обжаловать отказ прокурора в согласии вышестоящему прокурору, который либо соглашается с отказом и передает дело другому следователю, либо, признав его необоснованным, сам дает согласие на возбуждение ходатайства перед судом («отмена» отказа нижестоящего прокурора в ходатайстве с возвращением ему дела для устранения ошибки в данной ситуации лишена смысла).

Согласованное с прокурором ходатайство направляется для рассмотрения в суд. Согласно ч. 3 ст. 165, в судебном заседании вправе участвовать прокурор и следователь. Эти должностные лица, будучи стороной обвинения, имеют возможность устно поддержать свое ходатайство, представить суду дополнительные материалы, подтверждающие необходимость проведения соответствующего следственного действия. Практика показывает, что в суде чаще всего участвует следователь как лицо, вынесшее постановление. Однако желатель-

но и участие в заседании прокурора как лица, имеющего опыт обвинительной деятельности, каковой фактически в этом случае является его роль в суде. Хотя в разбирательстве не принимает участия сторона защиты (это разрушало бы следственную тайну, чем поставило под сомнение эффективность предстоящего обыска, выемки и др.), активная позиция прокурора способствует принятию судьей правильного решения, а при отказе в даче согласия на проведение следственного действия – обжалованию отказа в кассационном порядке[62].

2. Согласно ч. 5 ст. 165 УПК, следователь в случае, когда проведение осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, а также личного обыска не терпит отлагательства, вправе произвести эти действия на основе своего постановления, без получения судебного решения. Однако контроль суда сохраняется и в этой ситуации в виде проверки судом законности уже проведенного следственного действия, то есть в форме последующего судебного контроля. В связи с этим закон возлагает на следователя обязанность не позднее двадцати четырех часов с момента начала производства следственного действия, то есть практически после его окончания, уведомить о проведении действия судью и прокурора.

Смысл уведомления прокурора не вполне ясен, поскольку он оказывается перед фактом, что следственное действие уже проведено и проверка его законности будет осуществляться в суде. Если следственное действие было проведено незаконно, то прокурор уже не имеет возможности предотвратить нарушение. Какова же цель такого «запоздалого»

[62] Закон не предусматривает такого права прокурора, хотя аналогичное право предоставлено ему при отказе суда в аресте (ч. 11 ст. 108 УПК). Запрет обжалования в кассационном порядке некоторых определений и постановлений суда 1-й инстанции (ч. 5 ст. 355) к рассматриваемой ситуации, полагаем, не относится.

уведомления? Стремясь устранить этот фактор промедления, законодатель представляет все же прокурору возможность проконтролировать законность принятого решения не после проведения следственного действия, а до его начала. Представляется, что именно с этой целью в бланке постановления следователя о проведении без разрешения суда личного обыска, выемки в жилище, осмотра жилища, не терпящих отлагательства (приложения 29, 79, 84 к УПК), предусмотрена обязанность следователя, не упоминаемая в нормах о соответствующих следственных действиях, уведомить **о принятом решении** прокурора и суд. Но наряду с этим необходимость уведомления прокурора и суда о том, что эти действия **уже произведены**, закреплена в другом документе (приложения 35, 38 к УПК). Возникает вопрос: в чем смысл этих двух сходных по содержанию уведомлений. Объяснение, полагаем, состоит в том, что цель этих уведомлений различна. В первом случае прокурор, будучи поставлен в известность о предстоящем проведении следственного действия, изучив постановление, может сразу же проконтролировать его законность и обоснованность. Рассмотрев имеющиеся материалы, он может предложить следователю собрать дополнительные сведения, указывающие на необходимость проведения следственного действия, либо признать решение следователя незаконным и необоснованным и отменить постановление, запретив этим проведение следственного действия. Кроме того, прокурор получает возможность принять участие в предстоящем следственном действии и лично проследить за соблюдением закона при его проведении. Было бы целесообразно закрепить в нормах УПК обязанность следователя уведомлять прокурора о вынесении им постановления о проведении соответствующих следственных действий ввиду неотложности без получения разрешения суда.

Что же касается уведомления о уже состоявшемся следственном действии, то прокурор, если он не участвовал в его

проведении, по протоколу и по личному докладу следователя сможет проконтролировать законность его проведения. Предвидя последующий судебный контроль, он вправе уже в этот момент своим постановлением признать результаты следственного действия недопустимым доказательством. Помимо этого, получив уведомление, прокурор сможет вместе со следователем подготовиться к выступлению перед судьей с тем, чтобы при наличии оснований отстоять законность и обоснованность проведенного следственного действия. Заметим, что хотя ч. 5 ст. 165 УПК и не упоминает об участии следователя и прокурора при рассмотрении этого вопроса в суде, они, как представляется, не могут быть от него отстранены, ибо именно их решение предстоит проконтролировать судье. Подтверждение этой мысли находим в ст. 125 УПК. Согласно этой норме, в случае рассмотрения судьей жалобы участника процесса на незаконность и необоснованность следственного действия (то есть при осуществлении процедуры, близкой по предмету контроля процедуре, предусмотренной ч. 5 ст. 165) в судебном разбирательстве участвует заявитель (его защитник и представитель), а также прокурор. Поэтому вряд ли было бы правильным в сходной ситуации отстранять прокурора от участия в судебном разбирательстве.

3. Согласно закону, ряд следственных действий не требует судебного контроля, то есть при наличии фактических оснований может проводиться без разрешения суда. Таковы допросы, очные ставки, предъявление для опознания, следственный эксперимент, проверка показаний на месте. Но для проведения некоторых, свободных от судебного контроля следственных действий закон требует вынесения постановлений следователя. Таковы эксгумация (в случае, когда против нее возражают родственники покойного, нужно и разрешение суда), освидетельствование, обыск и выемка из нежилых помещений. Эти действия в значительно меньшей степени ограничивают права и свободы граждан и поэтому не нуждаются в таких охранительных мерах, как предварительный и последующий судебный контроль. Но в то же время они не свободны от принудительности, особенно обыск и выемка. Поэтому следователь, принимая решение об их проведении, должен не только иметь убеждение в наличии достаточных фактических данных, но и указать на них в выносимом постановлении. Возникает вопрос: должен ли и в какой мере распространяться на эти решения прокурорский надзор? Ранее УПК РСФСР предусматривал, что обыск и некоторые виды выемки могут проводиться лишь с санкции прокурора. Заменив санкцию прокурора на проведение ряда следственных действий согласием суда, УПК РФ оставляет решение вопроса о проведении других следственных действий целиком в компетенции следователя. И только выемка документов, содержащих государственную или иную, охраняемую федеральным законом тайну, производится следователем с санкции прокурора (ч. 3 ст. 183 УПК).

Между тем дополнительный контроль за проведением некоторых следственных действий представляется вполне целесообразным и даже необходимым. Так, обыски, производимые в производственных помещениях и офисах различных организаций и предприятий, сопровождаемые порой существенными ограничениями производственной деятельности, изъятием компьютерной и иной информации, равно как и выемки большого количества документации, принадлежащей юридическим лицам и частным предпринимателям, нередко вызывают жалобы и нарекания со стороны лиц, подвергнутых этим мерам. Однако формально прокурор не осуществляет предварительный контроль за принятием решений об их проведении, а лишь рассматривает поступившие после этого жалобы на нарушения закона. По-видимому,

восстановление санкции прокурора на постановление о проведении следственных действий такого рода могло бы способствовать более обоснованному решению об их осуществлении и снижению весьма значительного числа жалоб по этому поводу.

С другой стороны, небезосновательны предложения о некотором ограничении предварительного судебного контроля за счет передачи контрольной функции в сферу деятельности прокурора. Так, не вызывается особой необходимостью истребование разрешения суда на проведение эксгумации в случаях, когда против нее возражают родственники покойного (ч. 3 ст. 178). Вряд ли здесь можно говорить о нарушении конституционных прав, на предотвращение которых направлен судебный контроль. Представляется достаточным санкционирование прокурором постановления следователя об эксгумации.

§ 2. СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ПРОВЕДЕНИЕМ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

Понятие и предмет судебного контроля за предварительным расследованием. Анализируя основания проведения отдельных следственных действий, мы освещали процедуру истребования разрешения суда на проведение следственных действий, сопряженных с ограничением конституционных прав граждан (ст. 23, 25 Конституции РФ). Попытаемся теперь свести воедино соответствующие предписания закона с тем, чтобы углубить представления о назначении судебного контроля как гарантии прав и законных интересов участников следственных действий. Учреждение судебного контроля за досудебным производством – важнейший шаг на пути реализации Концепции судебной реформы в РФ, нацеленной на

укрепление судебной власти в стране. Передача от прокуратуры суду – органу независимой судебной власти – права давать органам расследования разрешение на проведение следственных и иных процессуальных действий, связанных с ограничением конституционных прав и свобод граждан и затрудняющих доступ к правосудию, позволяет устранить субъективизм при принятии соответствующих процессуальных решений, служит эффективной гарантией против неоправданно широкого применения принудительных мер и нарушения процессуальных прав участников процесса.

Действующее законодательство широко определяет предмет судебного контроля, распространяя его на меры принуждения и следственные действия. Так, согласно ч. 2 ст. 29 УПК, без разрешения суда невозможно применение в качестве мер пресечения домашнего ареста, заключения под стражу, продления его срока. Разрешение суда необходимо и для применения таких мер принуждения, как временное отстранение подозреваемого или обвиняемого от должности, наложение ареста на имущество, включая денежные средства, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях. Требует судебного санкционирования проведение таких следственных действий, как осмотр жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, обыск и выемка в жилище, личный обыск, арест, осмотр и выемка корреспонденции, выемка предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банке и иных кредитных организациях, контроль и запись переговоров (п. 4-8, 11 ст. 29 УПК). Закон (п. 3 ч. 2 ст. 29 и ч. 2 ст. 203 УПК) предусматривает также осуществление судом контроля за помещением обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар для проведения экспертизы. Предмет судебного контроля еще более расширен возможностью обжалования в суд постановлений органа расследования и прокурора, их решений и действий (бездействий), которые спо-

собны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников процесса либо затруднить доступ граждан к правосудию (ч. 3 ст. 29, ч. 1 ст. 125 УПК). Предметом жалобы может быть незаконное или необоснованное, по мнению жалобщика, проведение следственного действия. Остановимся на отдельных вопросах осуществления судебного контроля.

Субъекты, виды и инициаторы судебного контроля. Судебный контроль за проведением следственных действий осуществляется единоличным судьей. Как правило, это судья районного суда или военного гарнизонного суда по месту проведения предварительного расследования.

Из закона, как это уже отмечалось, следует, что судебный контроль распадается на два вида: предварительный и последующий. Предварительный судебный контроль состоит в рассмотрении и разрешении судом ходатайства органа расследования и прокурора о получении разрешения на проведение соответствующего следственного действия. Цель контроля – проверка ходатайства, заявленного следователем (прокурором), и принятие по нему решения. Последующий судебный контроль осуществляется, когда процессуальное действие уже проведено. Он охватывает проверку проведенных органом расследования действий, а также действий и решений, обжалованных заинтересованными лицами в связи с возможным нарушением законности этим органом.

Осуществляя предварительный судебный контроль, судья, признав ходатайство законным и обоснованным, дает разрешение на процессуальное действие, в противном случае – отказывает в этом (ч. 2 ст. 165 УПК). При последующем контроле судья, рассмотрев жалобу, либо подтверждает законность и обоснованность принятого решения или проведенного действия, либо, признав их незаконными, необоснованными, обязывает орган расследования устранить допущенное нарушение (ч. 5 ст. 125 УПК). Применительно к таким уже проведенным следственным действиям, как осмотр, обыск и выемка в жилище, личный обыск, вывод судьи о их незаконности влечет за собой признание результатов, т.е. всех полученных доказательств, недопустимыми (ч. 2 ст. 165 УПК).

В стадии предварительного расследования судебный контроль не может осуществляться по инициативе самого суда. Инициаторами его выступают либо органы расследования, либо граждане-участники процесса. Как уже отмечалось, предварительный судебный контроль инициируется должностными лицами органов расследования и прокурором, ходатайствующими о получении разрешения на проведение процессуального действия. Последующий судебный контроль распадается на два вида. В первом случае он происходит по инициативе подозреваемого, обвиняемого, их защитника, представителя, законного представителя, иных лиц, чьи интересы затронуты решением или действием органа расследования, в связи с обращением этих лиц в суд с жалобой на незаконность или необоснованность решений о проведении следственных действий и нарушение процедуры их осуществления. В другом случае последующий судебный контроль за законностью обыска, выемки и других упомянутых выше следственных действий осуществляется в связи с обязанностью следователя и дознавателя уведомлять судью о проведении этих действий как не терпящих отлагательства без разрешения суда, т.е. при получении судьей извещения.

Сроки и порядок осуществления судебного контроля. Возбуждение органами расследования ходатайства о получении разрешения суда на проведение следственных действий не ограничено определенным сроком: ходатайства в пределах срока расследования возбуждаются, когда возникает необходимость получить разрешение. Контроль же за уже проведенным действием, принятым решением осуществляется с момента поступления к судье жалобы; а в случае проведения неотложного следственного действия без разрешения суда - с момента уведомления об этом суда. Орган расследо-

вания должен уведомить об этом суд в течение 24 часов с момента начала следственного действия (ч. 5 ст. 165).

В то же время для непосредственного осуществления контроля судьей закон устанавливает четко определенные и достаточно жесткие сроки. Вопрос о даче разрешения на проведение соответствующего следственного действия должен быть решен судьей в течение 24 часов с момента поступления ходатайства органа расследования. В этот же срок судья должен проверить законность следственного действия, проведенного ввиду неотложности без разрешения суда (ч. 1 и 5 ст. 165). Пятидневный срок установлен для разрешения судьей жалоб на действия и решения органа расследования (ч. 3 ст. 125 УПК).

Таким образом, сроки осуществления судебного контроля оказываются различными в зависимости от степени неотложности разрешаемого вопроса, но в целом вследствие их краткости и определенности они не становятся помехой оперативности предварительного расследования. С другой стороны, они позволяют обвиняемому, потерпевшему, другим участникам добиваться разрешения жалобы без ненужного промедления.

Закон определяет порядок инициирования судебного контроля. При обжаловании действий и решений следователя начало контрольной процедуре дает поступившая в суд жалоба лица, которое считает свои интересы нарушенными. Возбуждение же ходатайства о проведении следственного действия должно быть, как отмечалось, облечено в форму мотивированного постановления, выносимого дознавателем или следователем и согласованного с прокурором. Напомним, что требование обоснованности и мотивированности постановлений следователя и дознавателя закреплено в ч. 3 ст. 7 УПК, а ч. 3 ст. 108 специально подчеркивает, что в постановлении, содержащем ходатайство о заключении под стражу, излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в применении этой меры. Аналогичные предписания содержатся в нормах об аресте, осмотре и выемке почтово-телеграфных отправлений (п. 2 ч. 3 ст. 185), контроле и записи переговоров (п. 2 ч. 3 ст. 186). Требование обоснованности постановления о получении разрешения суда на проведение следственных действий, несомненно, должно соблюдаться органами расследования не только для того, чтобы избежать ограничения прав граждан, но и потому, что в противном случае суд будет лишен возможности правильно разрешить их ходатайство.

Непосредственная процедура судебного контроля, хотя и существенно упрощена по сравнению с обычным судебным разбирательством, все же создает возможность инициаторам контроля обосновать перед судьей свою позицию, а противоположной стороне – свои доводы. Так, при рассмотрении судьей жалоб на действия и решения органов расследования в судебном заседании, помимо прокурора, участвуют заявитель, его защитник, представители, иные заинтересованные лица (ч. 3 ст. 125). Эти же лица, как представляется, вправе по своему желанию участвовать в судебном разбирательстве при осуществлении судебного контроля за уже проведенными без разрешения суда ввиду неотложности следственными действиями, хотя закон (ч. 2 ст. 165) об этом умалчивает. В таких случаях судебный контроль осуществляется в условиях состязательности. В то же время особый характер разрешаемых судьей ходатайств органа расследования о производстве обыска, выемки, осмотра в жилище, контроля переговоров и т.д. исключает возможность привлечения к обсуждению ходатайства противоположной стороны, т.к. это повлекло бы за собой преждевременную огласку предстоящей деятельности органов расследования и сделало бы практически невозможным достижение ими намеченных целей. В законе не предусмотрено участие защиты в решении судьей вопроса о помещении подозреваемого

и обвиняемого в стационар для проведения экспертизы (ст. 165 и 203 УПК). Но, как отмечалось, Конституционный Суд признал необходимым представить обвиняемому и защитнику возможность изложить свою позицию по поводу ходатайства следователя.

Требует некоторого уточнения **предмет разбирательства**. Как видно из ч. 1 ст. 108 и ч. 1 ст. 115 УПК, судья, давая согласие на заключение лица под стражу и на наложение ареста на имущество, должен указать конкретные фактические обстоятельства, на основании которых он принял такое решение. Это означает, что в этих случаях предметом разбирательства является наличие не только формальных, но и фактических оснований для принятия процессуального решения. Иными словами, контролю подвергается как законность, так и обоснованность решения органа расследования о предстоящем проведении процессуального действия. По логике вещей таким же должен быть предмет разбирательства при разрешении судом ходатайства органа расследования о помещении обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар, аресте, осмотре и выемке почтово-телеграфных отправлений, проведении обыска, выемки и других следственных действий, требующих разрешения суда, а также при судебной проверке уже проведенного следственного действия. Но ч. 4 и 5 ст. 165 УПК не требуют указания в решении суда по этим вопросам фактических обстоятельств, обосновывающих необходимость проведения следственного действия. Однако это, по нашему мнению, не означает, что судья вправе ограничиться лишь констатацией соблюдения требований, формально указывающих на законность предстоящего действия, т.е. на наличие возбужденного уголовного дела, принятие его к производству следователем или дознавателем в рамках срока расследования и т.д. Смысл контроля – в проверке обоснованности ходатайства, ибо только в этом случае можно решить вопрос, насколько

оправданным является вторжение органов государства в сферу охраняемых Конституцией прав личности. Это обязывает судью выяснять наличие (либо отсутствие) фактических оснований проведения следственного действия, т.е. сведений, указывающих на возможность достижения его цели - получения доказательств определенного вида. Повторим, что такими основаниями могут быть доказательства, имеющиеся в распоряжении органа расследования, на которые он должен указать в своем ходатайстве. Отметим также, что ссылка в ходатайстве на одни лишь данные оперативно-розыскного характера не может служить основанием для дачи судьей разрешения на проведение следственного действия.

Целью последующего контроля за уже состоявшимися осмотром, обыском, выемкой в жилище и личным обыском закон (ч. 2 ст. 165 УПК) называет проверку законности постановления органа расследования о их производстве. Она осуществляется путем изучения постановления и протокола следственного действия, представляемых в суд. Однако и в этом случае речь должна идти не только о том, вынес ли следователь такое постановление, являлось ли следственное действие не терпящим отлагательства и т.д., т.е. о соблюдении следователем формальных требований, но и о том, имелись ли достаточные фактические основания для проведения следственного действия. При отсутствии их судья признает следственное действие незаконным, а полученные доказательства – недопустимыми. Иной подход, т.е. признание следственного действия законным только по формальным критериям и с учетом полученного при его проведении положительного результата, может повлечь за собой стремление органов расследования избежать предварительного судебного контроля в расчете на успешное проведение следственного действия под предлогом его неотложности («победителей не судят»), что во многих отношениях весьма нежелательно.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Слово об авторе 4

Предисловие 7

Глава 1. Понятие следственного действия: познавательный и процессуальный аспекты 11
§ 1. Познавательный аспект следственного действия 12
§ 2. Следственное действие как объект правового регулирования 24

Глава 2. Система следственных действий 41
§ 1. Понятие о системе следственных действий. Круг следственных действий 42
§ 2. Классификация следственных действий 48
§ 3. Выбор следственного действия 52

Глава 3. Осмотр и освидетельствование 59
§ 1. Осмотр 60
§ 2. Освидетельствование 75

Глава 4. Обыск, выемка, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и изъятие 83
§ 1. Обыск 84
§ 2. Основания и порядок производства выемки 98
§ 3. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и изъятие 100

Глава 5. Допрос и очная ставка. Контроль и запись переговоров 105
§ 1. Допрос 106
§ 2. Очная ставка 123
§ 3. Контроль и запись переговоров 128

Глава 6. Предъявление для опознания, следственный эксперимент и проверка показаний на месте 135
§ 1. Предъявление для опознания 136
§ 2. Следственный эксперимент 144
§ 3. Проверка показаний на месте 157

Глава 7. Назначение и проведение экспертизы 171
§ 1. Понятие экспертизы и основания ее проведения . . 172
§ 2. Основания назначения и проведения экспертизы . . 178
§ 3. Участники экспертизы. Виды экспертиз 183
§ 4. Процессуальный порядок назначения и проведения экспертизы. Обеспечение прав подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля . . . 196
§ 5. Доказательственное значение назначения и проведения экспертизы. Оценка и использование следователем заключения эксперта 204

Глава 8. Прокурорский надзор и судебный контроль за проведением следственных действий 209
§ 1. Надзор прокурора за законностью и обоснованностью проведения следственных действий . . . 210
§ 2. Судебный контроль за проведением следственных действий 218

Научное издание

Семен Абрамович Шейфер

СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ. ОСНОВАНИЯ, ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК И ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ

Редактор *Н.А.Волынкина*
Художественный редактор *Л.В.Крылова*
Компьютерная верстка, макет *Л.Н.Замамыкиной*

Лицензия ИД № 06178 от 01.11.01.Подписано в печать 15.11.2004.
Формат 60×84/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Усл.-печ. л. 13,2; уч.-изд. л. 14,25.
Гарнитура «NewtonC». Тираж 600 экз. Заказ № 237
Издательство «Самарский университет»,
443011, г.Самара, ул. Акад. Павлова, 1.
Тел. (8462) 34-54-23. E-mail: lizam@ssu.samara.ru
Отпечатано в ООО «Типография «Книга».
г. Самара, ул. Ново-Садовая, 106.
Тел. +78462353526. E-mail: slovo@samaramail.ru