

ВКЛАД ПРОФЕССОРА С.А. ШЕЙФЕРА В РАЗВИТИЕ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

Среди множества научных трудов Семена Абрамовича хочется выделить одну из последних его работ — монографию «Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования», в которой автор проанализировал новые тенденции в уголовном судопроизводстве России, спрогнозировал дальнейшие пути его развития.

В монографии исследуются актуальные проблемы теории доказательств, которые до сих пор остаются предметом научных дискуссий. В частности, Семен Абрамович отстаивает позицию, согласно которой доказывание в уголовном процессе — это не только логическое обоснование выдвинутого тезиса, но и собирание доказательств, позволяющих аргументировать этот тезис. Мысль о том, что собираемые следователем данные являются не доказательствами, а лишь материалами, которые станут доказательствами после их представления суду, а сам процесс их собирания не является доказыванием, в последнее время все чаще высказывается в юридической литературе. Более того, в одном из проектов Уголовного процессуального кодекса Украины, разработанного и представленного для обсуждения юридической общественности в октябре минувшего года, возобладал именно такой подход. Поэтому окончательное и однозначное решение вопроса о моменте появления доказательств и процессе их собирания для украинской процессуальной науки является не просто абстрактным научным спором.

Предметом исследования в монографии стали также актуальные для современной правоприменительной практики вопросы об использовании в доказывании данных оперативно-розыскной деятельности (далее — ОРД), частных детективов, актов применения административного права. Следует поддержать категорический вывод Семена Абрамовича о том, что все эти данные и акты могут быть использованы в уголовном судопроизводстве при условии, что они прошли процессуальную легитимацию, т. е. были исследованы и проверены в процессуальном порядке.

* © Грошевой Ю.М., Каплина О.В., 2010

Грошевой Юрий Михайлович — академик Академии правовых наук Украины, профессор кафедры уголовного процесса Национальной юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого

Каплина Оксана Владимировна — доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой уголовного процесса Национальной юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого

Автор верно обращает внимание, что оперативные службы в последнее время претендуют на то, чтобы получаемые ими негласно данные считались судебными доказательствами, поскольку они добыты при соблюдении законодательства об оперативно-розыскной деятельности. Актуальными являются рассматриваемые проблемы и в уголовном судопроизводстве Украины. В частности, в ходе так называемой «малой судебно-правовой реформы» ст. 65 УПК Украины «Доказательства» была дополнена новым видом доказательств — «протоколы с соответствующими дополнениями, составленными уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий».

После такой новеллизации статьи уголовно-процессуального закона правоприменители столкнулись с проблемой ее толкования и последующего законного применения. Дело в том, что в действующем законодательстве Украины об ОРД отсутствует отдельная норма, которая бы устанавливала исчерпывающий перечень оперативно-розыскных мероприятий и закрепляла бы порядок их проведения. Оперативно-розыскные мероприятия лишь в общем виде перечислены в ст. 8 Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности», которая устанавливает права подразделений, осуществляющих ОРД. Согласно указанной статье, ряд оперативно-розыскных мероприятий проводится по решению суда, которое может быть постановлено на основе представления, внесенного в суд руководителем соответствующего оперативного подразделения или его заместителем. К таким проводимым с разрешения суда действиям, в частности, относятся: 1) негласное проникновение в жилище или иное владение лица; 2) снятие информации с каналов связи; 3) контроль за перепиской, телефонными разговорами, телеграфной и иной корреспонденцией; 4) применение иных технических средств получения информации (ч. 2 ст. 8 Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Кроме того, процедура получения разрешения суда на осуществление указанных мероприятий закрепляется в Порядке получения разрешения суда на осуществление мероприятий, временно ограничивающих права человека, и использование добытой информации, утвержденном Постановлением кабинета министров Украины от 26 сентября 2007 г. № 1169.

По результатам проведения указанных выше оперативно-розыскных мероприятий составляется протокол с соответствующими дополнениями, который и подлежит использованию как источник доказательств в уголовном судопроизводстве.

В таком протоколе должны быть указаны: дата его составления; должность, фамилия и инициалы лица, в производстве которого находится дело; номер уголовного дела, в ходе расследования которого осуществлялось

мероприятие; номер постановления, дата его принятия и наименование суда, выдавшего разрешение на осуществление оперативно-розыскного мероприятия; вид мероприятия и сроки его осуществления; наименование подразделения, сотрудники которого привлекались к осуществлению мероприятия; данные о лице, в отношении которого осуществлялось мероприятие; результаты мероприятия; сведения о материальных носителях информации (материалы аудио- или видеозаписи, фото- и киносъемки, магнитные накопители и тому подобное) и место их хранения. Протокол подписывается работником оперативного подразделения, в производстве которого находится оперативное дело, и приобщается к материалам уголовного дела.

В ходе проведения ОРД, несомненно, могут проводиться и иные оперативно-розыскные мероприятия: контрольная и оперативная закупка товаров, предметов и вещей, в том числе и запрещенных к обращению, у физических и юридических лиц независимо от формы собственности с целью выявления и документирования фактов противоправных деяний; осуществление визуального наблюдения в общественных местах с применением фото-, кино- и видеосъемки, оптических и радиоприборов, других технических средств и т. д.

Однако такие мероприятия проводятся по решению руководителя оперативно-розыскного органа. Закон Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» не требует, чтобы об их результатах составлялся протокол. В оперативно-розыскной практике чаще всего такие действия оформляются рапортом, справкой и другими документами, в том числе и протоколом, но такие протоколы не могут быть использованы в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве, поскольку на это нет указания в законе. Результаты таких мероприятий могут быть использованы лишь для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, проведения неотложных следственных действий, для выдвижения версий, получения фактических данных, которые могут стать доказательствами по уголовному делу в соответствии с требованиями, установленными УПК, то есть если они прошли легитимацию процессуальным путем, проверены в процессуальном порядке.

К протоколам с соответствующими дополнениями, которые составлены уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий, предъявляются такие же требования, как и ко всем видам уголовно-процессуальных доказательств, то есть они должны быть относимыми, допустимыми, достоверными. Невозможность установления лица, которое составило протокол оперативно-розыскного мероприятия (например, его законспирированность), условий и обстоятельств проведения оперативно-розыскного мероприятия, неизвестность применяемого

Научно-технического средства нарушают право на защиту подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, поскольку лишают возможности опровергнуть полученные фактические данные. Именно поэтому, несмотря на такие новеллы украинского уголовно-процессуального законодательства, судьи настороженно относятся к подробного рода протоколам и редко на практике признают их в качестве доказательства по уголовному делу, кладут в основу обвинительного приговора суда, предпочитая проверять выводы следствия традиционным процессуальным путем.

Много интересных суждений изложил автор монографии, рассматривая проблемы, связанные с определением роли защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу. Подобные проблемы актуальны и для украинских ученых-процессуалистов и практиков. В последнее время так же, как и в Российской Федерации, в Украине появляются публикации, в которых затрагиваются вопросы «противодействия» расследованию со стороны защитников. Более того, в ст. 61 Уголовно-процессуального кодекса Украины в июне 2001 г. были внесены изменения, согласно которым не может быть защитником лицо, злоупотребляющее своими правами, препятствующее установлению истины по делу, затягивающее расследование или судебное рассмотрение дела, а также лицо, нарушающее порядок в судебном разбирательстве или не выполняющее распоряжений председательствующего во время судебного разбирательства (ч. 4 ст. 61 КПК Украины).

Сразу же после появления в законе указанная норма стала предметом самых оживленных научных дискуссий. Она содержит целый ряд оценочных понятий, которые можно истолковать в ущерб стороне защиты и, обвинив защитника в том, что он является «профессиональным врагом расследования», устранить из процесса.

Однако следует поддержать высказанную С.А. Шейфером в рассматриваемой монографии мысль о том, что причиной такого однобокого подхода является неправильная трактовка одного из основоположных принципов уголовного процесса – принципа состязательности (ст. 15 УПК РФ). Смысл его в том, что участники процесса, разведенные законодателем «по разные стороны баррикад» (сторона обвинения и сторона защиты), противоборствуют между собой, ведут спор, стремясь обосновать правильность своей позиции и ослабить либо опровергнуть позицию противоположной стороны. Выработанное многовековой практикой судопроизводства начало состязательности – это ценнейшее достижение правовой культуры, создающее возможность справедливого разрешения правового спора и принятия правильного решения, игнорировать которое, не вступая в противоречие с законом, нельзя.

Адвокат может вести принципиальную, бескомпромиссную защи-

ту, разрушая искусственно созданное обвинение. Юридические советы подзащитному в рамках выработанной позиции по делу могут быть расценены как злоупотребление своими правами. Стремление защитить «честь мундира», нежелание признавать свои ошибки при несостоявшемся обвинении, тенденциозность способны породить у дознавателя, следователя, прокурора идею о препятствовании адвоката установлению истины по делу.

Как подчеркивает С.А. Шейфер, пресекать, устранять или нейтрализовать «противодействие следствию защитника» можно только в случае, когда защитник совершает противозаконные действия, например, при прямой подсказке защитником допрашиваемому желаемого ответа, при постановке перед ним вопросов, не относящихся к делу либо содержащих информацию, которую защитник раскрывать не вправе.

Актуальным в этой связи, на наш взгляд, представляется проблема разработки более четких критериев, которые могут лечь в основу вывода о том, что защитник действительно злоупотребляет своими правами, и возможного отстранения защитника от участия в деле, как это предусмотрено в ст. 61 КПК Украины. Определение таких критериев представляется достаточно сложным. Отправными моментами могут стать ст. 21 и ч. 1 ст. 48 УПК Украины, ч. 1 ст. 7 Закона Украины «Об адвокатуре» (и аналогичные статьи УПК РФ, а также Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), предписывающие, что защищаться от обвинения можно лишь установленными в законе средствами. А также ч. 6 ст. 48 УПК Украины, которая запрещает защитнику препятствовать установлению истины по делу путем совершения действий, направленных на то, чтобы склонить свидетеля или потерпевшего к отказу от показаний или к даче заведомо ложных показаний, склонить эксперта к отказу от дачи заключения или даче заведомо ложного заключения, иным образом сфальсифицировать доказательства по делу либо затянуть расследование или судебное рассмотрение дела. Как видим, эти действия содержат и признаки целого ряда составов преступлений против правосудия. Поэтому, констатируя незаконность действий защитника, следователь должен в ряде случаев параллельно решить вопрос о возбуждении уголовного дела.

Ни у кого не вызывает сомнения тот факт, что нарушение прямых предписаний закона защитником должно влечь за собой применение санкций со стороны государственных органов, ведущих процесс. Однако между свободой поведения адвоката, свободой формирования его позиции по делу и жесткими требованиями процессуальной дисциплины могут возникнуть серьезные противоречия. Очень важно, чтобы творческий подход адвоката, его инициативность и непримиримость, так-

тика и стратегия, настойчивость и смелость не были восприняты как злоупотребление своими правами. В уголовном процессе сталкиваются полярные интересы, разные взгляды следователя и адвоката на одни и те же факты, происходит «борьба мнений», суждений, представлений. Процессуальный закон при всей его строгости не исключает неоднозначности толкования отдельных норм, содержит оценочные понятия, что обуславливает возможность возникновения конфликтной ситуации между следователем и защитником.

Возвращаясь к вопросу о разработке критериев, которые могли бы быть положены в основу разрешения вопроса об отстранении защитника от участия в деле или которые могут свидетельствовать о «противодействии расследованию» адвоката, отметим следующее. Представляется, что дать какую-то определенную единую для всех без исключения случаев рекомендацию практически невозможно. Свои коррективы внесут обстоятельства конкретного уголовного дела. В своей работе Семен Абрамович предлагает считать такими обстоятельствами сознательное затягивание расследования в расчете на истечение срока давности привлечения в качестве обвиняемого и последующего прекращения уголовного дела, что достигается медлительностью при ознакомлении с материалами уголовного дела, многократным заявлением ходатайств о дополнительном расследовании, об отводах, многократным обжалованием в суд действий органов расследования; оспариванием обвинения путем заявления необоснованных ходатайств о признании доказательств, на которых оно построено, недопустимыми.

Также, на наш взгляд, к таким действиям можно отнести: действия защитника, направленные на то, чтобы склонить свидетеля, потерпевшего, других обвиняемых к отказу от дачи или даче заведомо ложных показаний как по собственной инициативе, так и по просьбе подзащитного, а равно направленные на склонение эксперта к отказу от дачи и даче заведомо ложного заключения; фальсификация доказательств, т. е. умышленное представление ложных доказательств, ложных документов с целью препятствования установлению истины; умышленное нарушение защитником режима мест заключения; противоправное вмешательство в ход проведения следственных действий с участием подзащитного, нарушающее порядок его производства, а также процессуальную самостоятельность следователя; разглашение данных досудебного следствия или дознания, адвокатской тайны; неоднократное грубое нарушение порядка в зале судебного разбирательства, невыполнение распоряжений председательствующего; неоднократная неявка по вызову следователя для участия в производстве следственных и иных процессуальных действий без уважительной причины; умышленное совершение

других действий, нарушающих требования уголовно-процессуального законодательства или иных законодательных актов, регулирующих процессуальное положение защитника в уголовном судопроизводстве.

Объем статьи не позволяет остановиться и на других не менее актуальных проблемах, затронутых в монографии С.А. Шейфера. Однако в целом можно констатировать, что Семен Абрамович Шейфер внес существенный вклад в развитие теории и практики доказательственного права. Его подходы к разрешению очерченных проблем, несомненно, будут способствовать дальнейшему развитию теории доказательств.

*Н.Г. Шурухнов**

КЛАССИФИКАЦИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫМ КОДЕКСОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Следственное действие – это предусмотренная уголовно-процессуальным законом, обеспеченная государственным принуждением деятельность соответствующих должностных лиц, предназначенная для реализации совокупности познавательных приемов (способов), технических средств, направленных на поиск, обнаружение, проверку, изъятие, исследование, фиксацию следов преступления, закрепление доказательств или создание условий для их получения, в процессе предварительного расследования преступлений.

«В соответствии с новым УПК РФ, – пишет профессор С.А. Шейфер, – следователь вправе проводить 11 следственных действий. К их числу закон относит: 1. Допрос (обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего и свидетеля). 2. Очную ставку. 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 отправок). 8. Следственный эксперимент. 9. Предъявление для опознания. 10. Проверку показаний на месте. 11. Контроль и запись переговоров»¹.

Как показывает обобщение практики, в качестве самостоятельных следственных действий проводится порядка 50 разновидностей, разли-

* © Шурухнов Н.Г., 2010

Шурухнов Николай Григорьевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминалистики Тульского филиала Московского университета МВД России