

ЗАКОН, КОТОРЫЙ НЕ РАБОТАЕТ

(размышления по поводу практики применения ст. 75 УПК РФ)

Времени, прошедшего с момента принятия нового Уголовно-процессуального кодекса РФ, более чем достаточно для того, чтобы оценить его эффективность. Наличие определенных положительных сдвигов в практике уголовного судопроизводства отрицать невозможно. Обеспечено участие государственного обвинителя во всех делах публичного и частно-публичного обвинения. Функционируют суды присяжных и мировая юстиция. Судебный порядок рассмотрения жалоб участников уголовного процесса на нарушения их прав в ходе досудебного производства стал вполне обычным явлением практики. Защита почувствовала себя действительно равноправной стороной в состязательном процессе и иногда добивается весьма ощутимых результатов. Все это имеет место, однако ожидаемого коренного изменения процессуального мышления под влиянием новых принципов уголовного судопроизводства пока не произошло. Практика, пребывавшая в состоянии легкой паники на первом этапе процессуальной реформы, удивительно быстро адаптировалась к новым условиям. Однако наблюдаемые тенденции свидетельствуют о том, что это произошло не в результате усвоения новых принципов уголовного судопроизводства, а вследствие выработки к ним своеобразного процессуального иммунитета, позволяющего в новых условиях сохранять прежние стереотипы.

Принципы нового уголовного процесса, задумывавшегося как процесс состязательный, во многом пока сохраняют декларативный характер, играют роль красивой ширмы, скрывающей действительное положение дел. В результате наша практика мало похожа на тот

* © Лазарева В.А., 2008

Лазарева Валентина Александровна — д-р юрид. наук, профессор, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики, Самарский государственный университет

состязательный процесс, который создавался законодателем. Складывается впечатление, что следователи, прокуроры и судьи руководствуются в своей практической деятельности не требованиями УПК, а какими-то своими, только им известными правилами. В связи с этим попытка оценить эту деятельность сквозь призму закона сама по себе неэффективна: практика имеет собственные критерии оценки своей эффективности, чаще всего недостоверные, мифологизирующие реальность.

Одним из таких мифов следует считать положения ст. 75 УПК РФ, согласно которым доказательства, полученные с нарушением требований кодекса, являются недопустимыми, не могут быть положены в основу обвинения и использоваться для доказывания обстоятельств, перечисленных в ст. 73 УПК. Существующая сегодня система контроля качества предварительного расследования не позволяет выявить реальное состояние практики соблюдения требований кодекса. Несмотря на то, что низкое качество предварительного расследования ни для кого не является секретом, многие процессуальные нарушения (так называемое процессуальное упрощенчество) остаются «незамеченными». Не признанные официально, они не влекут предусмотренных законом последствий, то есть как бы и не существуют.

Используем в качестве иллюстрации уголовное дело об умышленном убийстве по предварительному сговору группой лиц и с особой жестокостью¹. В протоколе осмотра места происшествия в качестве одной из понятых указана некто Х. Осмотр производился в январе 2007 г. в 6 часов утра в безлюдном в это время года дачном поселке, расположенном в 3 км от трассы, на значительном удалении от города, не имеющем с поселком транспортного сообщения. Охранники дачного поселка, обнаружившие труп и вызвавшие милицию, показали, что во время осмотра места происшествия они не видели других женщин, кроме фельдшера скорой помощи, одетой в белый халат. Вызванная в связи с этим в суд для допроса в качестве свидетеля Х. не смогла внятно ответить на вопрос, каким образом она оказалась на месте происшествия, а следователь Н. пояснил суду, что якобы случайно встретил ее в городе около здания РОВД, откуда он выезжал около 6 часов утра. Оба – и Х., и Н. – отрицали факт знакомства между собой, однако через несколько дней защи-

той были представлены документы, подтверждающие, что именно в это время Х., являвшаяся студенткой юридического факультета, проходила практику в районной прокуратуре под руководством следователя Н., который подписал ее отчет о практике и положительную характеристику. Уличенные в даче ложных показаний, Х. и Н. признали указанные выше факты, что, однако, не помешало суду не только использовать сомнительный с точки зрения допустимости протокол осмотра места происшествия, но и сослаться в обоснование его допустимости на показания этих лиц.

Во время допроса Х. суд решительно пресекал вопросы защиты, направленные на выяснение обстоятельств, связанных с появлением Х. на месте происшествия, предоставил ей возможность ознакомиться с протоколами трех следственных действий, в которых она принимала участие в качестве понятой, настойчиво разъяснял свидетелю «право не помнить» обстоятельства, по поводу которых он дает показания. Поэтому свидетель Х., юрист по образованию, «не помнила» ни названий следственных действий, в которых принимала участие, ни того, что в ходе них производилось и изымалось.

Описанная ситуация — отнюдь не единичное явление в практике. Ни для кого не секрет, что махинации с понятыми приобрели широкомасштабный характер. Институт понятых, призванный гарантировать законность процессуальных действий и достоверность полученных в их ходе результатов, превратился в свою противоположность, но суды, вопреки очевидному, по-прежнему рассматривают понятых как свидетелей соблюдения органами расследования закона, то есть как условие, обеспечивающее допустимость полученных доказательств. В науке обосновываются предложения отказаться от привлечения понятых к производству следственных действий², поскольку практика их участия не только доказала свою неэффективность, но и препятствует реализации принципа свободной оценки доказательств, не связанной с какими-либо формальными требованиями. «Цепляясь» за участие понятых, суд, как в приведенном выше примере, придает свойство допустимости доказательству, полученному с нарушением закона.

Рассмотрим другое, не менее типичное и столь же широко распространенное, но тоже как бы не существующее явление. Согласно требованиям уголовно-процессуального закона, все изымаемые

с места производства следственного действия (осмотра, обыска, выемки) предметы должны быть тщательно упакованы и соответствующим образом опечатаны. Совершение этих действий, по мысли законодателя, призвано обеспечить сохранение на изымаемых предметах следов преступления и возможность их последующей идентификации. Гарантией выполнения органом расследования предписанных ему действий является отражение факта их совершения в протоколе следственного действия. Отсутствие соответствующей записи в протоколе не может быть заменено другим способом удостоверения этого факта (показаниями следователя и(или) понятых) и означает, что изымаемые предметы не были должным образом упакованы и опечатаны, а это, в свою очередь, исключает использование их в дальнейшем доказывании, в том числе исследование в ходе назначенных экспертиз. Сомнения в тождестве объекта и механизме появления на нем следов преступления относятся к числу неустранимых. Тем не менее суды, как правило, не принимают эти доводы во внимание, а опровергая их, ссылаются на показания следователей, которые «забыли» отразить в протоколе совершенные ими действия, но помнят, что сами действия выполнялись, и показания понятых, которые не помнят обстоятельств следственного действия, но с готовностью подтверждают все, что написано в протоколе. Несоответствие закону такой практики очевидно, однако найти судебные решения об исключении доказательств, полученных с подобными нарушениями закона, почти невозможно.

Практика уголовного судопроизводства позволяет утверждать, что институт исключения недопустимых доказательств, задумывавшийся как эффективное средство судебного контроля законности предварительного расследования, как способ устранения процессуальных ошибок, должным образом своей функцией не выполняет.

В соответствии со ст. 50 Конституции РФ, приговор суда может быть основан исключительно на доказательствах, полученных законным путем, то есть с соблюдением всех предписанных соответствующей процедуре правил. Поэтому доказательства, полученные с нарушением требований уголовно-процессуального закона, следует исключить из совокупности анализируемых судом в совещательной комнате доказательств и не оценивать с точки зрения достоверности их содержания. Процедура предварительного слушания,

в ходе которого рассматриваются ходатайства сторон об исключении доказательств, также призвана предотвратить влияние этих доказательств на формирование внутреннего убеждения судей и в конечном итоге на приговор. Однако эта цель предварительного слушания достигается лишь тогда, когда уголовное дело из предварительного слушания передается на рассмотрение суда присяжных или коллегии из трех профессиональных судей. Если в судебном разбирательстве уголовное дело рассматривает тот же судья, который проводил предварительное слушание, предложенный законодателем механизм не срабатывает. Судья в этом случае, как правило, оставляет ходатайство об исключении доказательств без рассмотрения, а в постановлении о назначении судебного заседания указывает, что оно заявлено преждевременно. Надо сказать, что для такого решения имеются определенные резоны, поскольку оценить допустимость того или иного доказательства зачастую невозможно без исследования других доказательств. Иногда для оценки допустимости доказательств требуется привлечение новых доказательств, для чего необходим допрос свидетелей, экспертов, понятых, как это имело место в приведенном выше примере, назначение экспертиз, то есть исследование всех обстоятельств уголовного дела, особенно если стороной защиты заявлено ходатайство об исключении не одного, а нескольких или даже многих доказательств³. Предварительное слушание при описанных условиях требует значительных затрат сил и времени, в связи с чем судья переносит вопрос об исключении доказательств на стадию судебного разбирательства. Принимаемые им в ходе судебного следствия решения по ходатайствам участников процесса о признании доказательств недопустимыми в нарушение требований ч. 4 ст. 7 УПК РФ обычно не мотивированны, в связи с чем окончательная оценка всем доказательствам дается в приговоре. Однако совокупность исследованных и проанализированных в суде доказательств, включая полученные с нарушениями закона, к этому времени уже привела суд к выводу о виновности подсудимого, поэтому характер его выводов относительно допустимости доказательств предопределен установкой на обвинительный приговор.

Не менее важной проблемой практики являются соображения прагматического свойства. Стремление суда преодолеть объективные трудности в установлении обстоятельств дела⁴, обусловленные

невысоким профессиональным уровнем работников следствия, большим объемом работы, некоторым несовершенством процессуального законодательства и т.д.⁵, служит основанием для игнорирования нарушений органом следствия порядка получения доказательств. Апологетическая направленность теоретических рассуждений о допустимости использования доказательств, полученных с так называемыми незначительными нарушениями процедуры, при условии нейтрализации последствий нарушения в сторону обвинительной власти противоречит идее состязательности уголовного судопроизводства. Поскольку речь идет о недопустимости, главным образом, обвинительных доказательств, модель «ограничительного толкования» запрета на использование недопустимых доказательств, как отмечает сторонница такого толкования И.Б. Михайловская, «облегчает реализацию обязанности доказывания, которая лежит на стороне обвинения, располагающей на досудебных стадиях процесса полномочиями собирать доказательства»⁶. Однако именно поэтому попытки обосновать правомерность использования в доказывании дефектных с точки зрения процессуальной формы доказательств, как и непринципиальная позиция суда при оценке допустимости таких доказательств, служат оправданием и поощрением процессуальных нарушений органами уголовного преследования. Призыв соблюдать уголовно-процессуальный закон, не подкрепленный практикой решительного отказа от использования дефектных доказательств, не только бессилён, но и лицемерен. В итоге мы имеем закон, соблюдение предписаний которого не является обязательным, закон, который не работает.

Ситуацию усугубляют и процессуальные нарушения, допускаемые судьями как при рассмотрении уголовных дел, так и при разрешении ходатайств органов предварительного расследования и жалоб участников уголовного процесса на действия и решения этих органов в ходе досудебного производства. Достаточно типична ситуация оглашения судом показаний обвиняемых, допрошенных в ходе предварительного расследования в качестве свидетелей, то есть с нарушением права на защиту. Распространена практика оглашения показаний не явившихся в суд свидетелей при наличии возражений одной из сторон. По указанному выше уголовному делу суд, кроме прочего, огласил также полученные в ходе следствия показания под-

судимого, вообще не допрошенного в судебном заседании в связи с его удалением из зала судебного заседания на основании ст. 258 УПК РФ. Ссылка в приговоре на подобные доказательства должна рассматриваться вышестоящим судом как использование при осуществлении правосудия недопустимых доказательств и влечь отмену приговора. Основанный на таких доказательствах приговор суда не может рассматриваться как законный и обоснованный, он не внушает доверия и уважения ни к судебной власти, ни к правосудию.

Несоответствие реальности требованиям уголовно-процессуального закона ставит на повестку дня вопрос о перспективах развития закона и практики, так как сложившаяся ситуация представляется недопустимой. Если органы уголовного преследования и судебной власти не готовы исполнять предписания действующего УПК и не воспринимают их как обязательные, очевидно, следует признать необходимой дальнейшую работу не только по совершенствованию закона, но и по формированию нового процессуального мышления, соответствующего назначению и принципам современного уголовного процесса России. Активным проводником этого нового процессуального мышления должна стать судебная власть, чьи представители в уголовном процессе, единственные из всех его участников, обладают свободой, независимостью и самостоятельностью действий и решений. Судебная власть должна на деле стать олицетворением закона. Это означает, что судья не вправе не только сам нарушать требования УПК, но и оставлять без реагирования любое нарушение закона, допущенное органами уголовного преследования.

Последствия нарушения требований уголовно-процессуального закона при совершении следственных действий могут быть различными в зависимости от характера допущенного нарушения. Если это нарушение касается процедурных правил, направленных на обеспечение достоверности доказательств, а также правил, гарантирующих права и свободы личности, суд обязан исключить такие доказательства из предстоящего судебного разбирательства, поскольку их использование способно вызвать сомнения в законности и обоснованности приговора. Когда допущенные нарушения закона и прав человека лежат за рамками процедуры получения доказательств, суд обязан реагировать на них частными определениями, постановлениями в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ, а если эти нарушения ис-

ключают саму возможность постановления приговора – вернуть уголовное дело прокурору в соответствии со ст. 237 УПК РФ. В любом случае ни одно нарушение закона органами предварительного расследования не должно остаться без внимания суда.

Принципиальная позиция судей, нетерпимость к процессуальным нарушениям способна оказать значительное влияние на уровень законности досудебного производства. Конечно, формирование новой судебной практики – задача не одного дня. Очевидно, она потребует не только смены качественного состава судейского корпуса и значительных изменений в системе профессиональной подготовки судей, но и политической воли, поскольку на первом этапе можно ожидать резкого увеличения числа оправдательных приговоров и прекращенных по окончании расследования уголовных дел, что, возможно, повлечет и некоторый рост количества совершаемых преступлений. Однако сохранение состояния практики в том виде, в котором она сейчас пребывает, может иметь гораздо более тяжкие для общества последствия.

Сказанное не исключает возможности дальнейшего совершенствования Уголовно-процессуального кодекса, однако этот процесс может идти только в направлении создания дополнительных условий, обеспечивающих исполнение его предписаний.

Одним из таких условий, в частности, могло бы служить расширение возможности участия в производстве следственных действий (обыска, выемки, осмотра) подозреваемого (обвиняемого) и его защитника, поскольку их непосредственное присутствие при получении доказательств способно устранить многие проблемы, в том числе и связанные с недоверием к институту понятых и сомнениями в объективности расследования как формы уголовного преследования. Разумеется, это возможно лишь после появления в деле подозреваемого (обвиняемого).

Более четко в законе следует отразить обязанности органа расследования по обеспечению прав участников уголовного процесса. Например, положения ч. 3 ст. 195 УПК РФ, как известно, не обеспечивают реализации стороной защиты прав, предусмотренных ст. 198. Следователи, как правило, не утруждают себя действиями по ознакомлению обвиняемого и его защитника ни с постановлением о назначении экспертизы, ни с заключением эксперта вплоть до

окончания предварительного следствия, в связи с чем Конституционный Суд РФ вынужден был указать, что смысл положений, содержащихся в ч. 3 ст. 195 УПК РФ, в том и заключается, чтобы указанные в ней действия были осуществлены до начала производства экспертизы, иначе названные участники процесса лишаются возможности реализовать связанные с ее назначением и вытекающие из конституционного принципа состязательности и равноправия сторон права, закрепленные ст. 198 УПК Российской Федерации⁷. Однако, хотя по смыслу рассматриваемых положений невыполнение следователем этой обязанности является нарушением одного из основополагающих принципов уголовного процесса, абстрактность формулировки ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ позволяет судам оставлять это процессуальное нарушение без реагирования.

Нуждается в коррективах ст. 75 УПК РФ, поскольку указание на недопустимость иных доказательств, полученных с нарушением требований закона (ч. 1 и п. 3 ч. 2), оставляет слишком многое на судейское усмотрение. Требуют устранения и противоречия между положениями ст. 75 и ст. 88 УПК РФ, затрудняющие единообразное применений правил о недопустимости доказательств. В самом деле, ст. 75 говорит о том, что доказательства, полученные с нарушением закона, уже являются недопустимыми, то есть отсутствие свойства допустимости закон связывает лишь с наличием нарушений в процессе получения доказательств. Однако ст. 88 допускает иную интерпретацию, поскольку, согласно ее ч. 2, прокурор, следователь, дознаватель, а ч. 3 — и суд **вправе признать**, а следовательно, и **не признать** недопустимым доказательство, полученное с нарушением закона. Основываясь на этом, практика толкует недопустимость доказательств именно как оценочную категорию, что в условиях отсутствия четких критериев оценки лишь провоцирует рост нарушений уголовно-процессуального закона. Следует более последовательно решить вопрос о процедуре рассмотрения ходатайств об исключении доказательств с тем, чтобы эта задача решалась именно в предварительном слушании. Имеет смысл обсудить вопрос о целесообразности передачи уголовного дела на рассмотрение другому судье, если в предварительном слушании рассматривался вопрос о недопустимости доказательств, и т.д. Лишь комплексные меры способны обеспечить последовательную реализацию конституционных

положений о недопустимости использования при осуществлении правосудия доказательств, полученных с нарушением закона.

Примечания

¹ Здесь и далее используются примеры из личной практики автора.

² См., например: Михайлов, А. Институт понятых – архаизм российского уголовного судопроизводства / А. Михайлов // Законность. – 2003. – №4. – С. 29; Мосов, Д.О. Участие понятых в производстве следственных действий и допустимость доказательств в современном российском уголовном судопроизводстве / Д.О. Мосов // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2007. – №6. – С. 264-265.

³ В рассмотренном выше в качестве иллюстрации уголовном деле защитой было заявлено ходатайство об исключении более 50 доказательств, при получении которых допущены те или иные – иногда несколько – нарушения требований УПК РФ.

⁴ См., например: Михайловская, И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И.Б. Михайловская. – М.: Проспект, 2006. – С. 113.

⁵ См.: Орлов, Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе / Ю.К. Орлов. – М.: Проспект, 2000. – С. 47.

⁶ Михайловская, И.Б. Указ. соч. – С. 113.

⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 18 июня 2004 г. № 206-О «По жалобе гражданина Корковидова Артура Константиновича на нарушение его конституционных прав статьями 195, 198 и 203 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

*С.А. Шейфер**

РЕФОРМА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ: ВОЗРОЖДАЕТСЯ ЛИ «ПРОКУРОРСКОЕ ДОЗНАНИЕ»?

1. На протяжении веков предварительное досудебное производство в России постоянно меняло свои формы, свое место в системе правоохраны, а следовательно и свою роль в достижении целей судопроизводства.

* © Шейфер С.А., 2008

Шейфер Семен Абрамович – заслуженный юрист Российской Федерации, д-р юрид. наук, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики, Самарский государственный университет