

О. Я. Баев



СЛЕДОВАТЕЛЬ

(основы теории и практики деятельности)

УГОЛОВНОЕ
ДЕЛО № _____

Прометей

Олег Баев

**Следователь (основы теории
и практики деятельности)**

«Прометей»

2017

УДК 343
ББК 67.411

Баев О. Я.

Следователь (основы теории и практики деятельности) /
О. Я. Баев — «Прометей», 2017

ISBN 978-5-906879-30-1

На основе понимания процессуальной функции следователя как уголовного преследования в досудебном производстве, использования уголовно-процессуального законодательства России и ряда других государств, обусловленной этим спецификой правоприменительной деятельности в работе углубленно исследуются теоретические основы и проблемы теории его деятельности. В частности, рассмотрены вопросы о сущности уголовного преследования, следах – единственном «материале» его осуществления, формирования доказательств, пределах допустимого усмотрения следователя, соотношении обвинительной позиции и обвинительного уклона при осуществлении им уголовного преследования и ряд других актуальных, соответствующих теме работы проблем и дилемм. С обоснованных по этим вопросам позиций с активным привлечением материалов опубликованной и неопубликованной следственной и судебной практики также углубленно исследуются прагматические основы деятельности следователя в досудебном производстве по уголовному делу: использования специальных познаний, производства следственных действий и методики расследования преступлений отдельных видов и категорий. Издание рассчитано на теоретиков и практиков уголовного судопроизводства, аспирантов и студентов вузов всех уровней высшего юридического образования. В формате a4.pdf сохранен издательский макет.

УДК 343
ББК 67.411

ISBN 978-5-906879-30-1

© Баев О. Я., 2017

© Прометей, 2017

Содержание

Введение	7
Раздел 1	10
§ 1. Уголовное преследование: сущность, понятие, виды, субъекты деятельности	10
§ 2. Следователь как субъект уголовного преследования	20
§ 3. Доказательства и доказывание – «инструменты» и процесс осуществления уголовного преследования (на примере следственного уголовного преследования)	34
Конец ознакомительного фрагмента.	40

Олег Яковлевич Баев
Следователь
(основы теории и практики деятельности)

© Баев О. Я., 2017.

© Издательство «Прометей», 2017.

* * *

Введение

Основы деятельности по расследованию преступлений таятся в глубокой древности, в той, где таится первое из наиболее известных, «знаковых» преступлений на земле – убийство Авеля.

Вот как это произошло и «расследовалось»:

«И призрел Господь на Авеля и на дар его, а на Каина и на дар его не призрел. Каин сильно огорчился, и поникло лицо его. И... восстал Каин на Авеля, брата своего, и убил его...

И сказал Господь (Бог) Каину: где Авель, брат твой? Он сказал: не знаю; разве я сторож брату моему? И сказал [Господь]: что ты сделал? Голос крови брата твоего вопиет ко Мне от земли...» (Быт. 4).

Классическая до сегодняшнего дня схема: убийство, как сейчас было бы сформулировано, совершенное на почве личных неприязненных отношений (ибо «призрел Господь на Авеля и на дар его, а на Каина и на дар его не призрел»). Попытка уйти от ответственности, извернуться («разве я сторож...»); его изобличение («кровь брата твоего...»).

Менялись эпохи, менялись и методы изобличения правонарушителей, методы расследования преступлений. Несколько тысяч лет тому назад древние китайцы создали способы расследования, учитывающие психофизиологию человека: заподозренным в совершении преступления людям на кончики языка клали щепотки риса; у кого он оставался сухим, тот и объявлялся преступником. Исходили китайские расследователи из посылки, что у виновного от волнения не выделяется слюна.

Уже в Законе XII Таблиц (первом своде законов Древнего Рима, 451–450 гг. до н. э.) содержались предписания по, пользуясь современной криминалистической терминологией, тактике обыска. В частности, указывалось: «Закон XII Таблиц предписывает, чтобы при производстве обыска обыскивающий не имел никакой одежды, кроме полотняной повязки, и держал в руках чашу»¹.

Практический смысл этой рекомендации ясен и, увы, актуален и для наших дней: чтобы не возникали сомнения в том, что обыскивающий что-то значимое в доказательственном отношении подкинул в обыскиваемое помещение.

Суровое время Средневековья явило обществу инквизиционный процесс с клещами, дыбой, другими пытками, четко регламентированными по ступеням и степеням, с огнем и водой как методами изобличения преступников.

Достойные святые отцы, монахи-инквизиторы XV в. Генрих Инститорис и Яков Шпренгер в одной из, пожалуй, самых страшных книг в истории человечества, «Молоте ведьм», подробно расписали, как расследовать преступления еретиков. Например, вот как звучит наименование одного из параграфов этого сугубо «научно обоснованного, учебно-методического пособия»: «Пятнадцатый вопрос о том, как продолжается пытка, о признаках, по которым судья узнает ведьму, как должен он защищать себя от околдования и как они остригаются и где прячут свои орудия околдования. К сему добавляются разные объяснения о том, как надлежит сломить их заpiresательство»².

Все эти века средства и методы расследования преступлений изучались и обобщались в рамках науки уголовного процесса.

И это далеко не случайно; дело в том, что любое государство сразу же после своего возникновения – и это его «святая обязанность» – устанавливает «правила игры» в нем, в том числе и законы о преступлении и наказании, об осуществлении уголовного судопроизводства.

¹ Цит. по: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под. ред. З. М. Чернилового. М., 1984. С. 50.

² Молот ведьм. М., 1990. С. 299.

А эти правила нужно создавать, теоретически обосновывать и совершенствовать по мере развития государства и общества, чем по большому счету и в настоящее время занимается наука уголовного процесса.

И так продолжалось до начала XIX в., когда практически во всех сколь-либо цивилизованных государствах появляются первые профессионалы «уголовного сыска», первые органы, занимающиеся исключительно расследованием преступлений, после чего, в последней четверти этого же века, возникла изучающая это деятельность и обслуживающая ее наука – криминалистика.

Было осознано, что изучать основы деятельности следователя исключительно с точки зрения уголовно-процессуального закона малопродуктивно: доказывание, составляющее ядро уголовного судопроизводства, невозможно без применения в нем всех – технических, тактических, методических – возможностей и достижений криминалистики; в противном случае оно превращается лишь в соблюдение некоей процессуальной обрядности. В свою очередь, все криминалистические возможности и достижения направлены на единственную цель – оптимизацию доказывания в рамках уголовно-процессуального закона.

И потому исследование теоретических и практических основ деятельности следователя может осуществляться и в настоящее время осуществляется лишь системно, в теснейшей связи и взаимопереплетении уголовно-процессуальных и криминалистических составляющие их элементов.

Этими посылками объясняется и архитектоника, и само содержание данной работы.

При ее написании автор активно использовал и анализировал материалы опубликованной и неопубликованной следственной и судебной практики по уголовным делам, уголовно-процессуальное законодательство и основанную на нем правоприменительную деятельность ряда зарубежных стран, полагая, что содержащиеся в них положения и рекомендации могут быть учтены при дальнейшем совершенствовании отечественного законодательства; другие – в качестве рациональных приемов рационализации деятельности следователя при осуществлении им уголовного преследования в досудебных стадиях уголовного судопроизводства в наших уголовно-процессуальных реалиях (если, конечно, они не противоречат действующему в настоящее время законодательству).

Обучающийся должен:

знать

- уголовно-процессуальную функцию и правовой статус следователя в уголовном судопроизводстве;
- сущность уголовно-процессуального доказывания;
- суть основных понятийных категорий уголовного процесса и криминалистики;
- технико-криминалистические средства, приемы и методы обнаружения, фиксации, изъятия и исследования следов преступления и иных объектов, имеющих значение для дела, в целях раскрытия, расследования и предупреждения преступлений и иных правонарушений; тактику производства следственных действий; формы и методы организации раскрытия и расследования преступлений; методики раскрытия и расследования преступлений отдельных видов и групп.

уметь

- формировать, исследовать, использовать и оценивать уголовно-процессуальные доказательства;
- составлять процессуальные и иные юридические документы;
- применять технико-криминалистические средства, приемы и методы обнаружения, фиксации, изъятия и исследования следов преступления и иных объектов, имеющих значение для дела;

- правильно выбирать род (класс) и вид судебной экспертизы (предварительного исследования); определять предмет и объект исследования; юридически грамотно формулировать вопросы, подлежащие выяснению в ходе экспертизы; анализировать и оценивать содержание заключения эксперта (специалиста);

- использовать тактические приемы при производстве следственных действий и тактических операций в зависимости от складывающихся следственных ситуаций;

- планировать и осуществлять деятельность по предупреждению и профилактике правонарушений;

- выявлять, давать оценку и содействовать пресечению коррупционного поведения.

владеть навыками

- уголовно-процессуального и криминалистического мышления;

- методики квалификации и разграничения различных видов правонарушений и преступлений;

- применения технико-криминалистических средств, приемов и методов обнаружения, фиксации, изъятия и исследования следов преступления и иных объектов, имеющих значение для дела;

- применения специальных познаний при расследовании преступлений;

- тактики производства отдельных следственных действий и криминалистических операций;

- расследования преступлений отдельных видов в зависимости от следственных ситуаций.

Раздел 1

Теоретические основы деятельности следователя в уголовном судопроизводстве

§ 1. Уголовное преследование: сущность, понятие, виды, субъекты деятельности

Нет необходимости в очередной раз доказывать очевидную аксиому, что уголовное преследование есть сердцевина, ядро всего уголовного судопроизводства.

Нет уголовного преследования – нет надобности в защите от него, нет надобности в судебном процессе, в осуществлении правосудия относительно сформулированного в результате этой деятельности обвинения подсудимого в совершении преступления (в том числе в ряде случаев и направленного на его реабилитацию).

И в то же время это основное для уголовного процесса операционное понятие далеко неоднозначно трактуется и в теории, и, что наиболее значимо, в практике уголовно-процессуального правоприменения. И, конечно же, без обоснования авторского видения того, что мы понимаем под уголовным преследованием в целом, дальнейшее настоящее исследование невозможно в принципе.

В первую очередь представляется уместным хотя бы вкратце вспомнить историю данного уголовно-процессуального института в отечественном законодательстве и в уголовно-процессуальной теории.

В Уставе уголовного судопроизводства России 1864 г. с учетом специфики устанавливаемого им уголовного процесса говорилось о «судебном преследовании» как поводе к началу производства по уголовному делу: оно «возбуждается как должностными, так и частными лицами» (ст. 2).

Первый уголовно-процессуальный кодекс РСФСР 1923 г. также достаточно широко пользовался понятием уголовного преследования. Уже в ст. 4 было указано: «Уголовное преследование не может быть возбуждено, а возбужденное не может быть продолжаемо и подлежит прекращению во всякой стадии процесса...»; ст. 9 вменяла в обязанность прокуратуре «возбуждать уголовное преследование перед следственными и судебными органами по всякому совершившемуся и подлежащему наказанию преступлению».

Однако заметим, ни в первом, ни во втором из приведенных законодательных актов сущность самого института «уголовное/ судебное преследование» не раскрывалась.

Затем по причинам, требующим себе отдельного анализа, понятие уголовного преследования из процессуального законодательства (и, соответственно, из комментариев к нему³) исчезло.

УПК РСФСР 1960 г., регламентировавший уголовное судопроизводство страны на протяжении более 40 лет, понятием уголовного преследования не пользовался вплоть до изменений, внесенных в него ст. 47 Федерального закона от 20 марта 2001 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав и основных свобод»⁴.

³ См., напр.: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / под ред. В. А. Болдырева. М., 1963; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / под ред. А. М. Рекункова и А. К. Орлова. М., 1985.

⁴ Достаточно подробный анализ диалектики института уголовного преследования в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве проведен Р. С. Мазюк. – См.: Мазюк Р. С. Возникновение, становление и развитие понятия «уголовное

В этой редакции ст. 47 УПК РСФСР допускала участие в деле защитника во всех случаях, когда к лицу, подозреваемому в совершении преступления, применены меры процессуального принуждения или когда его права и свободы затронуты действиями, *связанными с его уголовным преследованием* (выделено нами – *авт*⁵).

Тем не менее и в интервале между УПК РСФСР 1923 г. и УПК РФ 2001 г., в отечественной уголовно-процессуальной литературе этот правовой институт весьма обстоятельно изучался (ряд суждений о его сущности, сформулированных ведущими отечественными юристами, будет приводиться далее).

Уголовно-процессуальный Кодекс Российской Федерации 2001 г. (далее везде – УПК) в ст. 5 четко определил содержание уголовного преследования (оно будет воспроизведено чуть ниже), что естественным образом инициировало необходимость активного и разнопланового исследования этого института в юридической литературе с учетом необходимости его совершенствования в современных процессуальных реалиях.

Проанализируем лишь два представления о сущности уголовного преследования, сформулированных в уголовно-процессуальной литературе последних лет, предварив их изложение напоминанием нескольких законодательных положений.

1. Уголовное преследование – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления (ст. 5 п.55 УПК).

2. Сторона обвинения – прокурор, а также следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, начальник подразделения дознания, начальник органа дознания, орган дознания, частный обвинитель, потерпевший, его законный представитель и представитель, гражданский истец и его представитель (ст. 5 п. 47 УПК).

3. Обязанность осуществления уголовного преследования:

– уголовное преследование от имени государства по уголовным делам публичного и частно-публичного обвинения осуществляют прокурор, а также следователь и дознаватель;

– в каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления (ст. 21 УПК).

Краткое, но необходимое в связи с этими законодательными положениями, отступление.

В современной уголовно-процессуальной литературе высказываются мнения о том, что «ни один участник предварительного производства, включая и причисленных УПК к стороне обвинения, не может иметь осуществление уголовного преследования в качестве своей роли в решении задач данного производства»⁶.

Лишь такой подход, считают придерживающиеся этой позиции ученые (а она и ранее обосновывалась В. Г. Даевым, В. Я. Чекановым и некоторыми другими авторами), «является гарантией всесторонности, полноты и объективности предварительного расследования – обязатель-

преследование» в российском уголовном судопроизводстве. Иркутск, 2007.

⁵ Вообще в современном российском законодательстве термин «уголовное преследование» впервые обрел право на жизнь несколько ранее – в ФЗ «О прокуратуре российской Федерации» 1992 г., ст. 1 которого возлагала на прокурора, наряду с надзором за исполнением законов и осуществление уголовного преследования «в соответствии с полномочиями, установленными уголовно-процессуальным законодательством российской Федерации». – Приводится по: Крюков В. Ф. Прокурорский надзор. Учебник для вузов. М, 2006. С. 439.

⁶ Романов С. В. Понятие, система и взаимодействие процессуальных функций в российском уголовном судопроизводстве. Монография // Труды юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова. Книга 11. М., 2009. С. 106.

ного для несостязательного расследования требования, поскольку уголовное преследование как деятельность односторонняя несовместима с всесторонним расследованием»⁷.

Несомненно, такая точка зрения в научных дискуссиях имеет право на существование.

Нам же она представляется, по крайней мере, весьма сомнительной как не учитывающая ни издавна сложившуюся парадигму отечественного уголовного процесса, ни социально-психологические основы досудебного производства по уголовным делам – самой направленности этой деятельности (о чем более подробно будет говориться в настоящей работе далее).

Развернутые характеристики содержания института уголовного преследования в современной юридической литературе даны З. Ф. Ковригой, А. Б. Соловьевым и некоторыми другими процессуалистами, понимающими его, как уже замечалось, весьма различно.

В частности, А. Б. Соловьев пришел к выводу, что на досудебных стадиях судопроизводства уголовное преследование состоит в деятельности специально уполномоченных на то законом должностных лиц в пределах их компетенции, направленной на обеспечение неотвратимости наказания за совершенное преступление. Реализуется эта деятельность, полагает автор, при расследовании преступлений путем возбуждения уголовного дела против конкретного лица, его задержания, применения меры пресечения до и после предъявления обвинения, привлечения к уголовной ответственности, проведения следственных действий, ограничивающих конституционные права подозреваемых, обвиняемых, составления обвинительного заключения и передачи уголовного дела в суд для осуществления правосудия⁸.

Не менее категорично такая позиция обосновывается и другими специалистами в области уголовного судопроизводства.

Так, по категорическому утверждению В. М. Корнукова, «уголовное преследование может осуществляться только в отношении в отношении определенного лица... При возбуждении уголовного дела против конкретного лица начало уголовного преследования совпадает с началом производства по уголовному делу»⁹.

«В юридической литературе, – поддерживая эту концепцию, уточняют авторы одного из многочисленных учебников по уголовному процессу, – принято определять начало уголовного преследования следующими моментами: 1) возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица; 2) задержание подозреваемого в совершении преступления; 3) применение меры пресечения до предъявления обвинения; 4) привлечение в качестве обвиняемого»¹⁰.

И. И. Григоренко в результате осуществленного ею диссертационного кандидатского исследования вынесла на защиту положение о необходимости «считать уголовное преследование начавшимся лишь после того, как у прокурора, следователя или дознавателя появятся достаточные доказательства, подтверждающие факт совершения преступления конкретным лицом, и когда они воплотятся в конкретное процессуальное решение»¹¹.

Но есть и диаметрально противоположная позиция в дискуссии о сущности уголовного преследования – и она нам представляется гносеологически и процессуально более корректной, чем предыдущие.

⁷ Там же.

⁸ См.: Соловьев А. Б. Функция уголовного преследования в досудебных стадиях процесса // Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы. М., 1997. С. 144.

⁹ Курс уголовного судопроизводства. Учебник в 3 томах / под ред. В. А. Михайлова. Москва – Воронеж, 2006. Этой же позиции придерживаются Б. Х. Толеубекова, К. Ж. Капсалямов и ряд других процессуалистов. См., напр.: Толеубекова Б. Х. Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан. Часть Общая. Алматы, 1998. С. 79; Капсалямов К. Ж. Функция уголовного преследования и реализация мер пресечения // Актуальные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и криминалистики. Ч. 1. М., 2004. С. 79.

¹⁰ Григорьев В. И., Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс. Учебник. М., 2008, С. 91.

¹¹ Григоренко И. И. Механизм реализации уголовного преследования в российском судопроизводстве. Автореф. дисс... к. ю. н. Воронеж, 2006. С. 7.

По мнению З. Ф. Ковриги, под уголовным преследованием следует понимать деятельность, осуществляемую органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором, направленную на обеспечение неотвратимости наказания за совершенное преступление. Эта деятельность «состоит из действий по обнаружению преступлений, возбуждению уголовного дела, собиранию обвинительных доказательств в отношении конкретного лица, формулирования и предъявления обвинения, применения любого вида процессуального принуждения, составления обвинительного заключения и, наконец, поддержания обвинения в судебных инстанциях»¹².

Этой же точки зрения придерживается ряд других ученых. Так, О. Н. Коршунова пишет, что уголовное преследование «есть познавательная деятельность, осуществляемая в рамках, определяемых уголовно-процессуальным законодательством, в целях принятия законного и обоснованного решения по делу, право на которую возникает с момента совершения преступления, а обязанность – с момента получения информации о нем, лицами, уполномоченными на то законом, сущность которой составляют отыскание, собирание и использование информации о преступлении и иных имеющих значение для дела обстоятельствах»¹³.

Как видим, подходы к формулированию понятия и сущности уголовного преследования между собой весьма различаются по наиболее принципиальному вопросу, касающемуся содержательной стороны уголовного преследования: осуществляется ли уголовное преследование лишь в отношении конкретного лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, или оно производится еще до появления этих процессуальных фигур в уголовном деле?

Если сразу обозначить нашу позицию по этой сущностной проблеме, то оно сводится к следующему: мы полагаем, что уголовное преследование существует в двух видах, которые мы обозначаем как уголовное преследование опосредованное и уголовное преследование непосредственное¹⁴.

О. Н. Коршунова, именуя эти виды уголовного преследования соответственно неперсонифицированным и персонифицированным, справедливо замечает, что превращение в персонифицированное уголовное преследование «является одной из основных задач неперсонифицированного уголовного преследования»¹⁵.

Таково мнение и С. Б. Российского: обозначая названные виды уголовного преследования конкретизированным и неконкретизированным, он верно полагает, что последнее «ведется в отношении неустановленного лица (лиц) и в первую очередь направлено на их установление, а уже впоследствии (после того как станет конкретизированным) – на его изобличение в совершении преступления»¹⁶.

Заметим, что у данной концепции есть и значительное число противников (А. Б. Соловьев и др.). «С научной точки зрения, – считает, например, А. Татоян, – невозможно согласиться с высказываниями подобного рода. Уголовное преследование связано с ограничением конституционных прав и применением мер процессуального принуждения, что предполагает наличие конкретного лица, признанного подозреваемым либо обвиняемым и наделенного для

¹² См.: Коврига З. Ф. Процессуальные проблемы уголовного преследования и защиты // Правовая конфликтология. Воронеж, 2000. С. 52.

¹³ Коршунова О. Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы уголовного преследования. Автореф. дисс... доктора юрид. наук. М, 2006. С. 8.

¹⁴ См. об этом подробнее: Баев О. Я. Сущность, формы и дефиниция института уголовного преследования // Вестник Воронежского государственного университета. Серия право. Вып. 1 (4). 2008; он же. Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании. М., 2012.

¹⁵ Коршунова О. Н. Там же. С. 12.

¹⁶ Российский С. Б. Уголовный процесс. Учебник. М, 2009. С. 100.

защиты своих интересов соответствующими процессуальными правами. В этом плане разговоры об опосредованном уголовном преследовании неприемлемы»¹⁷.

Нам представляется это возражение неубедительным: разве при расследовании уголовного дела не приходится производить принудительные следственные действия до появления подозреваемого, а тем более обвиняемого, такие как обыск или выемка, прослушивание и запись телефонных и иных переговоров? Разве действующий УПК не предусматривает возможности применения таких мер принуждения, как обязательство о явке и привод не только к подозреваемому или обвиняемому, но и к потерпевшему и свидетелю (ст. 112, 113 УПК) – вне зависимости от того, есть ли к этому моменту по делу подозреваемый или обвиняемый?

Напомним также, что и на стадии доследственной проверки заявления, сообщения о преступлении лицам, участвующим в производстве процессуальных действий, обеспечивается возможность осуществления их прав «в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы», в том числе права... пользоваться услугами адвоката» (ч. 1.1. ст. 144 УПК). А на этой стадии, что очевидно, процессуальных фигур подозреваемого и тем более обвиняемого нет.

Все уголовное преследование во всех его структурных элементах и звеньях – от возбуждения уголовного дела дознавателем или следователем до возбуждения государственного обвинения прокурором и поддержания его в суде – по своему определению имеет единую *цель* – обвинение, сразу подчеркнем то, что будет неоднократно отмечаться и далее, **обвинение законное и обоснованное.**

Если факт, содержащий достаточные признаки преступления, остался латентным, или сведения, полученные из перечисленных в ст. 140 УПК источников, не содержат основания для возбуждения уголовного дела (ст. 148 УПК), таковое не возбуждается. В таких случаях, ни о каком уголовном преследовании лица, учинившего данный факт, речь вести не приходится в принципе.

Особенно наглядно это положение проявляется относительно деяний, содержащих признаки преступлений, преследуемых в частно-публичном порядке. Даже располагая данными о лице, совершившем преступление из числа таковых, правоохранительные органы при отсутствии заявления потерпевшего лишены права на возбуждение по данному факту уголовного дела, а потому для начала непосредственного уголовного преследования этого лица (за исключением обстоятельств, предусмотренных ч. 4 этой же статьи УПК).

Такая же ситуация складывается и при решении вопроса о возбуждении уголовного дела и осуществлении непосредственного уголовного преследования относительно отдельных категорий лиц, указанных в ст. 447 УПК. Не даст, например, Государственная Дума согласия на возбуждение уголовного дела в отношении своего депутата, таковое возбуждено быть не может.

Нет возбужденного уголовного дела – быть не может уголовного преследования лица в совершении преступления в принципе. Именно (заметим попутно) для обеспечения объективности и обоснованности начала уголовного преследования даже в его опосредованном виде законодатель, с одной стороны, расширил возможности следователя на получение уголовно-релевантной информации и даже формирования доказательств, с другой – возможности привлекаемых к доследственной проверке материалов лиц пользоваться юридической помощью (услугами) адвокатов (ст. 144 УПК).

Не проведены следственные и другие процессуальные действия по возбужденному уголовному делу до появления подозреваемого, обвиняемого в том числе и связанные в ряде слу-

¹⁷ *Татоян А.* Процессуальная функция уголовного преследования и ее соотношение с расследованием дела // Государство и право. Ереван. 2016. Вып. 2 (72). С. 81–82.

чаев с применением мер процессуального принуждения¹⁸, либо связанные с ограничением конституционных прав граждан¹⁹, таковые в принципе зачастую в нем и не появятся.

В этой связи мы принципиально не можем согласиться с Н. П. Кузнецовым, утверждавшим, что «деятельность стороны обвинения, осуществляемая до появления в деле подозреваемого и обвиняемого, уголовным преследованием не является»²⁰. Невольно напрашивается вопрос: чем же в таком случае она является, какую цель она преследует?

Более того, этот же автор, сформулировав данное положение, тут же сделал весьма парадоксальный вывод: «... строго говоря, если в качестве подозреваемого или обвиняемого фигурирует лицо, непричастное к преступлению, то деятельность по его «изобличению» нельзя назвать уголовным преследованием»²¹. Чем же в таком случае такая деятельность является? И как этот вывод соотносится с положениями главы 18 УПК, регламентирующей порядок реабилитации гражданина, возмещения ему имущественного и морального вреда, причиненного именно незаконным уголовным преследованием (ст. 133–139)?

Мы убеждены, что далеко не случайно в приведенном выше законодательном определении говорится о том, что уголовное преследование осуществляется стороной обвинения не в отношении подозреваемого, обвиняемого, а в целях изобличения его в совершении преступления. Иными словами, до того как будет начато уголовное преследование в отношении подозреваемого, чаще всего и особенно по уголовным делам о так называемых «неочевидных» преступлениях, нужно осуществить множество следственных, оперативно-розыскных и других действий и мероприятий, в результате которых лицо обоснованно приобретет процессуальный статус подозреваемого. А что есть эта «предшествующая» деятельность как, по существу своему, не уголовное преследование?

Кстати сказать, по законодательству США уголовное дело по «тяжкому неочевидному преступлению» возбуждается на специальном заседании суда, перед которым прокурор *выдвигает обвинение* (выделено нами – авт.) в совершении соответствующего преступления «против лица или лиц в настоящее время неизвестных»²².

И в реалиях современного отечественного уголовного судопроизводства, повторим, возбуждение следователем, дознавателем дела по деянию, содержащему признаки преступления, предусмотренного определенной статьей УК, совершенному неустановленным лицом (как выражаются в таких случаях следователи, «по факту»), вполне корректно интерпретировать аналогичным образом – как предположение о совершении преступления «лицом или лицами в настоящее время неизвестными». А это в первую очередь означает начало уголовного преследования, начало деятельности по установлению и изобличению лица, это преступление учинившего.

Более того, не только непосредственное изобличение конкретного лица в совершении преступления является предметом уголовного преследования в широком смысле этого понятия.

В первую очередь в его канву входит установление самого факта события преступления.

¹⁸ Например, получение от свидетеля или потерпевшего обязательства о явке, их приводе.

¹⁹ Характерным примером таковых является контроль и запись телефонных и иных переговоров, осуществляемые в необходимых случаях не только в отношении подозреваемого, обвиняемого, но и иных лиц (ст. 186 УПК).

²⁰ Уголовный процесс России. Учебное пособие / под ред. З. Ф. Ковриги и Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 52. Эту же позицию отстаивает и И. И. Григоренко. – См.: Григоренко И. Указ. соч. С. 12.

²¹ Там же. Позиция Н. П. Кузнецова в рассматриваемом отношении разделяется и рядом других ученых. – См., напр.: О. Д. Жук. О понятии и содержании функции уголовного преследования в уголовном процессе России // Законодательство, № 2, февраль 2004 г. – <http://base.garant.m/3979992/>.

²² См.: Лубенский А. И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств. М., 1977. С. 52.

И потому, думаем мы, совершенно верно этот «основополагающий» момент уголовного преследования отражен в понимании этого процессуального института в УПК многих государств, возникших на постсоветском пространстве.

Так, к примеру, в ст. 7.0.4. УПК Азербайджанской Республики уголовное преследование понимается как «уголовно-процессуальная деятельность, осуществляемая *в целях установления события преступления*, изобличения лица, совершившего деяние, предусмотренное уголовным законом, предъявления ему обвинения, поддержания этого обвинения в суде, назначения наказания, обеспечения при необходимости мер процессуального принуждения» (здесь и далее выделено нами – *авт.*).

Аналогично определяет сущность уголовного преследования и УПК Республики Казахстан: «уголовное преследование (обвинение) – процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения *в целях установления деяния, запрещенного уголовным законом*, и совершившего его лица, виновности последнего в совершении уголовного правонарушения, а также для обеспечения применения к такому лицу наказания или иных мер уголовно-правового воздействия» (ст. 27).

Мы полагаем, что и приведенная выше дефиниция уголовного преследования, сформулированная в п. 55 ст. 5 УПК, нуждается в подобном уточнении, носящим значительный сущностный характер для корректного понимания правоприменителями самого содержания данного института.

Об этой особенности уголовного преследования со всей определенностью, на наш взгляд, свидетельствует приведенная выше ст. 21 УПК, именуемая «Обязанность осуществления уголовного преследования». Ее вторая часть, напомним, гласит: «В каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры *по установлению события преступления*, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления». Тем самым закон однозначно и недвусмысленно подчеркивает единство самой сущности уголовного преследования и выделяет некоторые его структурные элементы.

Иное дело, что, как справедливо заметил В. С. Зеленецкий, «на деятельности, образующей содержание функции уголовного преследования, не может не отражаться специфика той или иной стадии, где эта деятельность осуществляется. Например, в стадии предварительного расследования названная функция реализуется сначала в деятельности следователя по изобличению лица, совершившего преступление, затем приобретает форму следственного обвинения, а после утверждения прокурором обвинительного заключения – форму обвинения государственного»²³.

В настоящее время в литературе все чаще звучат предложения о необходимости трансформации института предъявления следователем обвинения в институт наделения лица, которое по собранным следователем доказательствам причастно к совершению преступления, статусом подозреваемого; обвинение, по мнению авторов, поддерживающих эту концепцию, должно формироваться прокурором по результатам изучения им материалов завершеного предварительного расследования²⁴. Однако – и об этом подробнее будет говориться далее – не думаем мы, что предлагаемые изменения могут сколь-либо серьезно сказаться на изучаемой нами здесь направленности деятельности следователя и прокурора.

Такое виденье сущности института уголовного преследования далеко не оригинально.

²³ Зеленецкий В. С. Функциональная структура прокурорской деятельности. Харьков, 1978. С. 26.

²⁴ См., напр.: Петров И. В. Теоретические и практические аспекты подозрения в уголовном процессе России. Автореф. дисс. к. ю. н. Краснодар, 2012. С. 14.

Еще в первой половине XIX в. Я. И. Баршев, комментируя Свод законов Российской империи 1832 г., подразделял расследование преступлений на два вида: предварительное и формальное.

Предметом предварительного следствия, по его мнению, является: «1) приведение в известность или возможно большую вероятность действительности того обстоятельства, на котором основывается деяние, кажущееся преступлением; 2) раскрытие его вероятно преступного свойства; 3) собрание улик, изобличающих в известном лице виновника его; 4) собрание всех доказательств дела, которые или сами собой представляются на вид, или суть такого свойства, что впоследствии нельзя уже будет получить их, а должно отыскивать их и собирать по горячим следам».

«Цель формального следствия, – писал далее Я. И. Баршев, – состоит в том: 1) чтобы преступление, которое в предварительном следствии доведено только до вероятности, привести в полную известность; 2) чтобы объяснить всю степень вины или невинности того лица, которое признано в нем подозрительным; одним словом, доставить столь подробное и полное исследование дела, чтобы на нем можно было основать впоследствии решительный, обвинительный или оправдывающий приговор».

А потому предварительное следствие – это «объем всех тех действий относительно исследования уголовных дел, которые предпринимаются для уяснения поводов к уголовному суду, для приведения в возможную известность состава преступления и для раскрытия тех причин, которые на какое-либо лицо указывают, как на вероятного виновника преступления»; формальное – «объем всех действий следователя, которые направляются против известного лица, поставленного в состояние обвинения по причине известного преступления, чтобы иметь возможность окончательно решить, действительно ли и в каком виде и степени учинило оно рассматриваемое преступление и достойно ли оно наказания»²⁵.

Иными словами, Я. И. Баршев, прямо указывает на существование двух видов форм уголовного преследования и раскрывает содержание каждой из них; по нашей терминологии – опосредованной («предварительное следствие», в значительной мере именно в нем состоящего) и «формального следствия», суть которого есть непосредственное уголовное преследование.

Такая специфика уголовного преследования в полной мере свойственна и современному российскому уголовному судопроизводству.

Нельзя не согласиться с авторами, которые считают, что «преследование граждан в уголовном порядке представляет собой процессуальную деятельность соответствующих государственных органов по привлечению к уголовной ответственности лиц, совершивших преступления, включающую и возбуждение процесса расследования, и само расследование обстоятельств преступления, и поимку преступника, и доказывание его виновности в судебном заседании»²⁶.

Право на эту деятельность «возникает с момента совершения преступления, а обязанность – с момента получения информации о нем лицами, уполномоченными на то законом, сущность которой составляют отыскание, собрание и использование информации о преступлении и иных имеющих значение для дела обстоятельствах»²⁷.

Говорить об уголовном преследовании, имея в виду его осуществление только в отношении конкретного лица, не включая в него деятельность, приводящую к его, конкретного лица,

²⁵ Баршев Я. И. Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. М., 2001. С. 73, 74, 77, 94, 95.

²⁶ Шалцмов М. С. Уголовное преследование как функция прокуратуры//Правоведение, 1996. Вып. 4. С. 28.

²⁷ Коршунова О. Н. Указ. соч. С. 8.

выявлению и изобличению, – все равно что попытаться одной линией начертить прямоугольник либо без длины, либо без высоты.

И в этой же связи: если позволить себе провести, может быть, несколько вольную аналогию, то правомерен вопрос: чем занимается охотничья собака до того, как обнаружить зайца? Ответ – идет по его следам, *преследует* зайца, оставившего эти следы...

Наше мнение о видах уголовного преследования (оно было ранее сформулировано в ряде опубликованных работах) вызвало достаточно резкое неприятие со стороны отдельных авторов. Так, А. Б. Соловьев считает, что «внешне такой подход соответствует состязательности в досудебных стадиях. Однако нельзя забывать, что на предварительном следствии принцип состязательности действует в ограниченном виде и в случаях, когда между сторонами возникает спор по вопросам правоприменения, разрешаемый судом. О какой состязательности и о каком уголовном преследовании можно серьезно говорить до появления процессуальной фигуры подозреваемого?»²⁸.

Более того, отдельные авторы вчистую, полностью отрицают действие принципа состязательности сторон в досудебном производстве по уголовному делу. «Непременные условия реализации принципа состязательности, – считает, например, В. И. Зажицкий, – наличие предмета судебного спора и нахождение суда и сторон в одно и то же время в зале судебного заседания, где этот спор будет разрешен судом»²⁹.

В одной своей работе, посвященной состязательности в досудебном производстве по уголовному делу, мы уже отвечали на аналогичный вопрос, поставленный в свое время В. П. Божьевым³⁰. А потому лишь вкратце повторим высказанные в ней по этой проблеме аргументы.

Состязаться между собой стороны должны начинать (и в настоящее время уже реально начинают на практике) задолго до суда, зачастую еще до появления процессуальной фигуры подозреваемого. Именно на это, прежде всего, направлена активно проводимая в жизнь законодательная тенденция расширения полномочий адвоката: от упомянутой ранее возможности его участия в досудебном производстве по заявлению, сообщению о преступлении, в допросе свидетеля, права защитника на самостоятельное собирание доказательств до обязанности следователя удовлетворения ряда ходатайств, заявленных стороной защиты³¹.

А затем до суда – в досудебном производстве по делу *стороны состязаются друг перед другом*: каждая из них убеждает другую сторону в обоснованности именно своей позиции, при необходимости – в пределах своей процессуальной компетенции, используя криминалистические (технические, тактические, методические) средства в рамках реализации средств чисто процессуальных.

Состязание друг перед другом, убеждение противника в обоснованности именно своей позиции – обычный и наиболее распространенный метод разрешения любых социальных, научных и межличностных конфликтов. И лишь когда он не приводит к удовлетворительному для обеих сторон (и объективно, и субъективно) разрешению конфликта, они обращаются к посредству арбитра. И то, что по результатам предварительного расследования прекращается более трети уголовных дел (данные В. П. Божьева), как раз и свидетельствует о разрешении конфликтов, лежащих в основе их возбуждения, вследствие состязания сторон в процессе расследования, повторим, зачастую еще до появления процессуальной фигуры подозреваемого, именно таким образом.

²⁸ Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Буланова Н. В. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 11.

²⁹ Зажицкий В. И. О процессуальном положении следователя // Государство и право, 2011. Вып. 6. С. 43.

³⁰ См. Баев О. Я. О состязательности в досудебном производстве по уголовному делу // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 6. Воронеж, 2005.

³¹ О последней проблеме будет говорить далее.

Иными словами, «преследование граждан в уголовном порядке представляет собой процессуальную деятельность соответствующих государственных органов по привлечению к уголовной ответственности лиц, совершивших преступления, включающую и возбуждение процесса расследования, и само расследование обстоятельств преступления, и поимку преступника, и доказывание его виновности в судебном заседании»³².

Тут же заметим, что указания отдельных ученых на предназначение уголовного преследования как деятельности, направленной исключительно на обеспечение неотвратимости наказания, не совсем корректны хотя бы по следующей причине. Далекое не всегда в отношении лица, законно и обоснованно изобличенного в результате уголовного преследования в совершении преступления, составляется обвинительное заключение, а затем это человек подвергается наказанию в соответствии с УК.

Мы имеем в виду случаи прекращения уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям и прекращения уголовного преследования в связи с необходимостью применения к лицу, совершившему уголовно-противоправное деяние, принудительных мер медицинского характера, и прекращения уголовного преследования в связи с недостижением лицом возраста, с которого возможна его уголовная ответственность.

Кроме того, мы не считаем необходимым, как это делают отдельные авторы, включать в определение понятия уголовного преследования перечисление тех или иных отдельных действий и процессуальных решений, которые осуществляются в его рамках. Оно всегда будет неполным и не всегда точным. Так, например, как видно из приведенных мнений ряда ученых, А. Б. Соловьев связывает его начало с возбуждением уголовного дела против конкретного лица, З. Ф. Коврига (более, думается, верно) – с действиями по обнаружению преступления и т. д. Очевидно, что и действия следователя, и его процессуальные решения в этих ситуациях различны.

Подытоживая сказанное, нам на сегодняшний день представляется, что **уголовное преследование есть процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения и целенаправленная каждым ее представителем в пределах своей компетенции на обнаружение преступления, выявление и законное и обоснованное изобличение подозреваемого, обвиняемого в его совершении.**

С этих позиций, на наш взгляд, уголовное преследование, в свою очередь, состоит из следующих подсистем, качество которых во взаимосвязи обуславливает качество всего уголовного преследования:

- выявление и обнаружение преступлений;
- предварительное расследование преступлений;
- возбуждение государственного обвинения;
- поддержание государственного обвинения в суде первой инстанции;
- участие прокурора в рассмотрении уголовного дела в апелляционном, кассационном и надзорном порядке³³.

³² Шалунов М. С. Уголовное преследование как функция прокуратуры // Правоведение, 1996. Вып. 4. С. 28.

³³ С учетом направленности данной работы в ней далее будут исследоваться лишь проблемы уголовного преследования, осуществляемого в досудебных стадиях уголовного судопроизводства.

§ 2. Следователь как субъект уголовного преследования

Действующий уголовно-процессуальный закон «развел» между собой стороны, участвующие в уголовном судопроизводстве: «Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо» (ст. 15 УПК).

Сразу скажем: это нам представляется крайне позитивным и цивилизованным, о чем подробно и будет говориться далее.

К стороне обвинения отнесены 13 субъектов уголовного процесса: прокурор, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, начальник подразделения дознания, начальник органа дознания, орган дознания, частный обвинитель, потерпевший, его законный представитель и представитель, гражданский истец и его представитель.

У нас нет никаких сомнений в правомерности отнесения должностных лиц, названных в приведенном перечне (как и органа дознания, сотрудники которого осуществляют оперативно-розыскную деятельность), к стороне обвинения.

Также не менее логично включение в число представителей стороны обвинения частного обвинителя – именно это лицо является инициатором уголовного преследования по делам, рассматриваемым судом в соответствующем порядке, что и отражено в описании его процессуального статуса: «Частным обвинителем является лицо, подавшее заявление в суд по уголовному делу частного обвинения в порядке, установленном статьей 318 настоящего Кодекса, и поддерживающее обвинение в суде» (ч. 1 ст. 43 УПК). Это же относится и к гражданскому истцу, которым признается «физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением» (ч. 1 ст. 44 УПК) (и, соответственно, к его представителю).

В то же время мы не думаем, что законодателю следовало столь однозначно относить к стороне обвинения потерпевшего (его представителей), процессуальным статусом которого пострадавший от преступления в соответствии с действующей редакцией ст. 42 УПК наделяется «незамедлительно с момента возбуждения уголовного дела»³⁴.

Введение в УПК данного положения обусловлено вполне обоснованной необходимостью всемерной защиты прав потерпевшего, ибо до того – что убедительно показывала следственная практика – пострадавший от преступления признавался потерпевшим зачастую на заключительном этапе досудебного производства по уголовному делу, а потому не мог полноценно реализовывать права, предоставленные этому участнику процесса.

Однако практике широко известны ситуации, в которых пострадавший от преступления по тем или иным своим личным причинам и мотивам возражает против проведения в отношении некоего лица уголовного преследования (к примеру, когда последний является близким ему человеком; в практике также далеко не единичны случаи, когда пострадавший от преступления не желает участвовать в деле в качестве потерпевшего, так как это не соответствует придерживаемым этим лицом «понятиям» – правилам «воровского сообщества»). Усугубляется эта проблема и тем, что лицо может быть признано потерпевшим без своего на то желания и о том ходатайства, на нелогичность чего издавна обращалось внимание в литературе (в том числе и автором настоящей работы³⁵).

³⁴ «Если, – уточняется в этой статье, – на момент возбуждения уголовного дела отсутствуют сведения о лице, которому преступлением причинен вред, решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно после получения данных об этом лице».

³⁵ См.: Баев О. Я. Пострадавший от преступления, потерпевший и их представитель в уголовном судопроизводстве. Процессуальный статус и проблемы его совершенствования // Феномен «синдрома бесправия» в современном правовом государстве

К слову сказать, Уголовный процессуальный Кодекс Украины 2012 г. содержит следующее положение: «Если лицо не подало заявление о совершении в отношении него уголовного правонарушения или заявление о привлечении ее к производству как потерпевшего, то следователь, прокурор, суд вправе признать лицо потерпевшим *только с его письменного согласия* (здесь и далее выделено нами – *авт.*). При отсутствии такого согласия лицо в случае необходимости может быть привлечено к уголовному производству в качестве свидетеля» (ч. 7 ст. 55).

По сути, такова же позиция законодателя Республики Молдова: «Потерпевшим признается физическое лицо, которому преступлением причинен моральный, физический или материальный ущерб, признанное в этом качестве в установленном законом порядке *с согласия пострадавшего*» (ч. 1 ст. 59 УПК Молдовы).

Кстати сказать, наши сомнения в правомерности однозначного отнесения потерпевшего к стороне обвинения находят некие себе дополнительные обоснования и в том, что в соответствии с п. 16 ч. 2 ст. 42 УПК он *имеет право* (а следовательно, не обязан во всех случаях! – *авт.*) «поддерживать обвинение».

О «неполноценности» потерпевшего как «однозначного» представителя стороны обвинения со всей определенностью также свидетельствует процессуальный институт досудебных соглашений о сотрудничестве. Заключение такого соглашения закон не только не связывает с волеизъявлением на то данного участника уголовного процесса, но и о факте которого он в процессе предварительного расследования даже не обязан ставиться в известность (глава 40.1 УПК).

Обобщая кратко изложенное, мы полагаем, что *от лица, пострадавшего от совершенного в отношении него преступления, следует получить волеизъявление на наделение его процессуальным статусом потерпевшего* (либо в виде самостоятельного на этот предмет заявления, либо отраженное в протоколе его допроса, в ином процессуальном акте).

Его отсутствие с учетом приведенных положений действующего УПК о механизме признания лица, пострадавшего от преступления, потерпевшим не может явиться основанием для ненаделения данного лица таким статусом, но в то же время сделает более осмысленным для него самого его участие в уголовном процессе в качестве представителя именно стороны обвинения.

Возьмем на себя смелость предположить, что уголовно-процессуальный закон нуждается в корректировке, учитывающей высказанные замечания и приведенный уголовно-процессуальный опыт других государств; более того, нам представляется рациональным введение в УПК отдельной главы, специально посвященной правовым статусам пострадавшего от преступления и потерпевшего в уголовно-процессуальном значении этого понятия.

Но правомерность отнесения следователя и прокурора к стороне обвинения – и мнения по этой актуальнейшей в контексте данной работы проблеме будут подробно анализироваться далее у нас, скажем сразу, сомнений не вызывает.

Тут же оговоримся: здесь и далее под следователем понимаются также следователь-криминалист, дознаватель, начальник органа дознания, руководитель следственного органа, ибо при всем известном различии их процессуальной компетенции каждый из них по большому счету – следователь, осуществляющий уголовное преследование в досудебном производстве по уголовному делу (с учетом, повторим, их полномочий и обязанностей).

Во всех словарях русского языка, юридических справочниках и криминалистических энциклопедиях под следователем понимается должностное лицо, производящее предварительное следствие по уголовному делу, обязанное «всесторонне, полно и объективно в установленный законом срок исследовать все обстоятельства дела, выявить и привлечь к ответственности виновных в совершении преступления, принять меры к возмещению причиненного преступ-

лением ущерба, установить обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, и принять меры к их устранению»³⁶.

И, видимо, потому длительное время в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве понятие «следователь» самостоятельно не определялось; в нем лишь перечислялись органы, в которых они состояли по должности (ст. 23 УПК РСФСР 1923 г.; ст. 34 УПК РСФСР 1960 г.).

«Под словом «следователь», – указывалось, например, в ст. 23 УПК РСФСР 1923 г., – понимаются народные следователи, старшие следователи, состоящие при губернских судах, следователи по важнейшим делам при НКЮ и Верховном суде и следователя военных трибуналов». И, как писали одни из первых комментаторов данного УПК М. С. Строгович и Д. А. Карницкий, этот термин (как и все другие, перечисленные в названной статье – *авт.*) сам «ни в каком разъяснении не нуждается»³⁷.

В действующем же УПК законодатель счел не только необходимым разъяснить, что следователь есть «должностное лицо, уполномоченное осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, а также иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом» (п. 41 ст. 5 УПК), но, как это показано выше, совершенно определенно отнес его к стороне обвинения.

Тут же обратим внимание на то, что если в УПК РСФСР 1923 г. под понятием «сторон» разумелись «прокурор, поддерживающий в процессе обвинение, гражданский истец и представители его интересов, обвиняемый, его законные представители и защитники, потерпевший» (п. 6 ст. 23; как видим, и это немаловажно для нашего дальнейшего исследования, следователь к сторонам не отнесен – *авт.*), то следующий уголовно-процессуальный закон УПК РСФСР 1960 г., понятием стороны вообще не оперировал (причины этого, признаемся, нам неясны).

И вот именно такой концептуальный подход современного отечественного законодателя – четкое указание на то, что следователь в уголовном судопроизводстве – профессиональный представитель стороны обвинения вызывает наиболее острые дискуссии в специальной юридической литературе. Действительно, если его предназначение – обвинение, то такова и его основная уголовно-процессуальная функция.

Можно ли в таком случае возлагать на следователя обязанность установления обстоятельств, исключающих или смягчающих ответственность субъекта, в отношении которого им самим осуществляется уголовное преследование в состязательном судопроизводстве? Иными словами, может ли быть такое уголовное преследование (обвинение) объективным?

По нашему разумению, ответ на этот вопрос следует искать в сущности каждой из приведенной классической триады уголовно-процессуальных функций в целом, носителями и «реализаторами» которых являются различные участники уголовного судопроизводства.

В отечественном судопроизводстве проблемы разделения процессуальных функций возникли, видимо, с тех пор, когда по указанию царя-батюшки Петра Алексеевича, отчаянно прорубавшего окно в Европу, а потому активно использовавшего зарубежный правовой опыт, в «Кратком изображении процессов» 1715 г. было сформулировано следующее положение: «Процесс есть дело судимое, чрез который случающиеся тяжёбые дела основательным представлением, и из обстоятельства дел обретенные доказов, явны сочиняются, и потом от судей по изобретению оных причин решение чинится»³⁸.

³⁶ Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. М., 2000. С. 201.

³⁷ Строгович М. С. и Карницкий Д. А. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Текст и постатейный комментарий / под ред. Н. Я. Нехамкина. М., 1926. С. 36.

³⁸ Краткое изображение процессов при Воинском Уставе 1715 г. // Российское законодательство X–XX веков, в 9 томах, М., 1986. Т. 4. С. 411.

Мы возьмем на себя смелость применительно к уголовному судопроизводству, используя современную юридическую терминологию, интерпретировать (естественно, в высшей степени условно) эту правовую конструкцию следующим образом: в досудебном производстве в ходе расследования («из обстоятельств дел») «обретаются» (формируются) доказательства, которые проверяются и оцениваются в суде (где из них «явны сочиняются»), на основе которых и постановляется приговор («решение чинится»).

И можно с уверенностью предположить, что с тех времен, когда осуществление досудебного производства по уголовным делам стало отдельным видом профессиональной правоохранительной деятельности³⁹, одним из наиболее дискуссионных вопросов теории и практики уголовного судопроизводства как раз и является процессуальная функция следователя как лица, создающего «из обстоятельства дел доказательства» (доказательства), которые затем в соответствующем процессуальном регламенте и предоставляются в суд.

«Определение процессуального статуса и функции следователя в отечественном уголовном процессе, – замечает С. А. Шейфер, – во все времена порождало значительные трудности ввиду того, что его деятельность всегда охватывала два не совпадающих между собой, а порой и антагонистичных направления. С одной стороны, он нес обязанность раскрыть преступление, собрать доказательства, уличающие обвиняемого и необходимые для того, чтобы суд мог обоснованно и по справедливости разрешить уголовное дело. А с другой стороны, при решении этой задачи он должен был сохранять объективность... При производстве следствия, – напоминает он далее ст. 265 Устава уголовного судопроизводства России 1864 г., – судебный следователь обязан с полным беспристрастием приводить в известность как обстоятельства, уличающие обвиняемого, так и обстоятельства, его оправдывающие»⁴⁰.

Какова же в таком случае (и с учетом сказанного выше) содержательная направленность деятельности следователя в целом, иными словами, какова его основная процессуальная функция в уголовном судопроизводстве?

Здесь необходимо сделать краткое отступление на предмет того, что вообще следует понимать под уголовно-процессуальной функцией.

Проведя углубленный анализ высказанных по этой проблеме многочисленных соображений, С.В. Романов пришел к выводу, что «уголовно-процессуальная функция участника процесса представляет собой место и роль участника уголовного процесса в достижении цели и решении задач конкретного этапа уголовного процесса и, соответственно, уголовного процесса в целом»⁴¹.

Это определение представляется вполне корректным и теоретически обоснованным, а потому мы и примем его в качестве соответствующего операционного понятия дальнейшего данного исследования.

В свою очередь, мы не ставим перед собой здесь задачи проводить сколь-либо подробный ретроспективный анализ самого широкого спектра высказанных по проблеме уголовно-процессуальной функции следователя как в зарубежной, так и в отечественной уголовно-процессуальной литературе мнений.

Скажем лишь, что еще в конце XIX в. один из комментаторов принятых незадолго до того Судебных Уставов В. П. Даневский обращал внимание, что в соответствии с ними «следователь

³⁹ В литературе обычно это связывается с именем Эжена Видока, создавшего в начале XIX в. криминальную полицию Франции.

⁴⁰ Шейфер С. А. Досудебное производство в России: этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 111.

⁴¹ Романов С. В. Понятие, система и взаимодействие процессуальных функций в российском уголовном судопроизводстве. Монография // Труды юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова. Книга 11. М., 2009. С. 32.

призван играть роли самые разнохарактерные, или совершенно несовместимые в одном лице, или трудно совместимые, всегда с ущербом для дела...».

«В итоге, – писал он, – получается нарушение двух основных требований судопроизводства: 1) об отделении суда от сторон, 2) о разделении роли сторон, то есть о противопоставлении на началах равенства обвинителя обвиняемому; закон не знает сторон – ему известна, в сущности, только одна сторона (обвинение), представленная прокуратурой (или частным обвинителем) и подкрепляемая обвинительной деятельностью самого следователя. Последний должен быть беспристрастен и не зависим от сторон, но представляет в своем лице и стороны, и судью»⁴².

Однако и спустя многие годы (чуть ли не столетие) выдающийся отечественный процессуалист М. С. Строгович, основываясь на действующем в то время УПК РСФСР 1960 г., также утверждал, что «в деятельности следователя сочетаются все три основные процессуальные функции – уголовное преследование или обвинение, защита и разрешение дела»⁴³.

В то же время, многие авторы в функции следователя осуществление им защиты не включают, что представляется нам совершенно обоснованным.

Как совершенно справедливо некогда заметил А. М. Ларин, «ведь сразу возникает вопрос: от чего или от кого защищает следователь? Ответ же, что следователь защищает обвиняемого от обвинения, следователем же предъявленного и поддерживаемого, вряд ли кого удовлетворит. Но иной ответ в рамках концепции, относящей следователя к субъектам защиты, невозможен»⁴⁴.

Действительно, если обвинение и защита осуществляются различными людьми, выполняющими соответствующие функции в судопроизводстве, – это есть состязательность; если же эти две конкурирующие между собой цели пытается достичь один человек, это есть признаки душевного, мягко скажем, нездоровья...

Видимо, осознавая данную психологическую коллизию, ее неуместность и методологическую ущербность, ряд современных отечественных процессуалистов (если не большинство) исследование следователем обстоятельств дела интерпретирует как функцию расследования преступлений.

Так, Д. М. Берова полагает, что «следователь не обвиняет, он расследует факт, который расценивается (при возбуждении дела и в ходе расследования) как содержащий признаки преступления. [...] Единственной процессуальной функцией следователя является функция расследования уголовного дела»⁴⁵.

И при анализе этого мнения тут же напрашивается вопрос: а какова в таком случае сама конечная цель его деятельности? Скажем, установил следователь наличие преступления в расследуемом факте, изобличил лицо, его учинившее... и что дальше? В чем в таком случае должны состоять его дальнейшие действия?

В. М. Быков, не отрицая в принципе наличия у следователя функции обвинения, считает, что ее он «реально начинает осуществлять только с появлением в уголовном деле фигуры подозреваемого или обвиняемого». А до того – здесь автор присоединяется к позиции в этом отношении В. П. Божьева и некоторых других авторов – «следователь реализует лишь функцию расследования преступлений»⁴⁶.

⁴² Даниевский В. П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. М, 1895. Прив. по изданию: Киев, 2003. С. 26–27.

⁴³ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1, 1968. С. 226. Этой же позиции, по существу, как то будет показано далее, до настоящего времени придерживаются и многие другие исследователи данной проблемы.

⁴⁴ Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: Процессуальные функции. М, 1986. С. 25.

⁴⁵ Берова Д. М. К вопросу о процессуальной функции следователя в уголовном судопроизводстве // Общество и право. 2009. Вып. 3 (25). С. 209.

⁴⁶ Там же. С. 19.

Нам и такая концепция представляется достаточно уязвимой не только в контексте высказанной выше нашей позиции об осуществлении уголовного преследования в опосредованном и непосредственном виде. Представим себе хотя бы, что следователь в результате расследования задержал лицо в качестве подозреваемого, более того – предъявил кому-либо обвинение в совершении расследуемого преступления; иными словами, по мнению указанных авторов, перешел от выполнения функции расследования преступления к осуществлению функцию уголовного преследования.

Затем он убеждается в непричастности данного лица к инкриминированному ему преступлению. Что из этого в таком случае следует? Следователь прекращает выполнять функцию обвинения, и снова возвращается к выполнению функции расследования? Вряд ли это «вписывается» в самую суть содержания процессуальных функций в целом.

Как видим, спектр мнений о процессуальной функции (функциях) следователя и в настоящее время крайне широк и разнообразен⁴⁷.

Наиболее радикальные из них и, по нашему убеждению, сугубо псевдодемократические сводятся к тому, что следователь есть лишь исследователь обстоятельств расследуемого им дела, а потому законодательное отнесение его к стороне обвинения в уголовном процессе в принципе неправомерно.

По мнению авторов, придерживающихся этой концепции, отнесение следователя к стороне обвинения, предполагающее осуществление им уголовного преследования, а, следовательно, в конечном счете, изобличение лица в совершении преступления, вступает в резкое противоречие с принципом всестороннего, полного и объективного установления всех обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. А потому, пишет, например С. А. Шейфер, «процессуальная функция следователя – это не уголовное преследование, а всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела»⁴⁸.

По сути, в таких утверждениях, возьмем на себя смелость предположить (пусть простят нас авторы, придерживающиеся этой позиции), как это ни парадоксально реанимируются давно известные лозунги о сущности советского уголовного процесса.

Так, например, в 1970-х гг. В. Г. Даев утверждал: «В советском уголовном процессе функции обвинения... ни у одного участника процессуальной деятельности нет и быть не может»⁴⁹.

Еще дальше в обосновании этой позиции через десять лет пошел В. Д. Адаменко. Приведя замечание К. Маркса о том, что соединение в одном лице судьи, обвинителя и защитника, противоречит законам психологии, он тут же резюмировал следующее: «...действие социалистического принципа состязательности в уголовном процессе и обязанность суда при вынесении решения оценивать все обстоятельства дела, в том числе обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, позволяют сделать вывод о нераспространении тезиса (указанного замечания К. Маркса – *авт.*) на советскую судебную систему»⁵⁰.

Комментарии по поводу таких утверждений, как говорится, излишни...

И мы бы не стали их воспроизводить, если бы, увы, уже в 2001 г. эти же тезисы, почти дословно повторяя приведенные выше слова В. Г. Даева, не воспроизвел В. С. Джатиев в следующем категорическом заявлении: «На мой взгляд, в уголовном процессе нет и не может быть

⁴⁷ Многие из них подробно и глубоко проанализированы в цитируемой монографии В. М. Быкова, а также в ряде работ других процессуалистов, естественно, с авторских точек зрения.

⁴⁸ Шейфер С. А. Досудебное производство в России: этапы развития следственной судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 132.

⁴⁹ Даев В. Г. Обвинение в советском уголовном процессе // Изв. вузов. Правоведение. 1970. Вып. 1. С. 78.

⁵⁰ Адаменко В. Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск. 1983. С. 50.

функции обвинения, если, конечно, под функцией подразумевать роль и назначение конкретного субъекта в конкретной же системе общественных отношений»⁵¹.

Мы не считаем необходимым сколь-либо подробно останавливаться на этом эпатажном высказывании. И в то же время нам просто интересно было бы знать мнение этого автора, как его позиция соотносится с полномочиями прокурора? С тем (хотя бы), что в соответствии ч. 3 ст. 37 УПК «в ходе судебного производства по уголовному делу *прокурор поддерживает государственное обвинение, обеспечивая его законность и обоснованность*»? (Не менее парадоксальную концепцию Ю. К. Якимовича и ряда других авторов относительно функции прокурора в уголовном судопроизводстве мы рассмотрим позднее).

Мы же никакого противоречия в том, что следователь отнесен к стороне обвинения с необходимостью – и это особо подчеркнем – его осуществления на основе принципа объективного, полного и всестороннего расследования, не усматриваем; аксиоматично для любой сколь-либо цивилизованной правовой системы, что обвинение лица в совершении инкриминируемого ему преступления должно быть законным, основанным на всестороннем, полном и объективном исследовании всех материалов дела, сочетаться при этом с неукоснительным соблюдением прав и свобод этого гражданина, обеспечением их реализации.

«Следователь, – совершенно верно пишет об этом же В. Д. Зеленский, – это прежде всего обвинитель. Но обвинять можно при обязательном исследовании всех сторон события, явления. Это объективная особенность познания, своеобразной формой которого является расследование»⁵².

Мы убеждены: *всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств дела – не процессуальная функция следователя, это основной методологический принцип, на неукоснительном соблюдении которого основано выполнение следователем функции уголовного преследования.*

Будем реалистами: всесторонне, полно и объективно исследовав все материалы уголовного дела, что, заметим, во многих ситуациях сопровождается применением мер процессуального принуждения и проведением следственных действий, очевидно ограничивающих права граждан, сделав на этой основе вывод о совершении расследуемого преступления определенным лицом, следователь предъявляет ему обвинение.

Что все это есть, как не выполнение следователем функции обвинения, которое – в очередной раз обратим на это внимание – должно основываться, обуславливаться материалами проводимого им расследования?

«Можно ли, – задает логично вытекающий из данного постулата вопрос С. А. Шейфер, – представить себе следователя, который решает вопрос об обоснованности выдвинутого (им или обвинительной властью) обвинения, не перебирая, не анализируя всех обстоятельств, на которых оно построено, и не собирая новых доказательств, подкрепляющих (но также и опровергающих) обвинение?». И сам совершенно обоснованно (несколько отступая от своей ранее приведенной позиции о функции следователя) на него отвечает: «Следователь, пассивно, как рефери в спорте, разрешающий вопрос о доказанности обвинения, не пытаясь при этом проверить возникающие в его сознании версии, – не более чем умозрительная фигура!»⁵³.

Нельзя не учитывать, что с прагматических позиций качество функционирования любой правоохранительной системы досудебного производства по уголовным делам (в том числе и отечественной) оценивается и обществом, и специалистами по такому основному системному

⁵¹ Джатиев В. С. О прокуратуре Российской Федерации. Инициативный проект федерального конституционного закона и краткие пояснения к нему. Владикавказ, 2001. С. 48.

⁵² Зеленский В. Д. Судебная реформа 1864 г. и проблемы структуры следственного аппарата // 150 лет судебной реформы в России. Краснодар, 2014. С. 55.

⁵³ Шейфер С. А. Досудебное производство в России: этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013, 56–57.

критерию, как выявление, объективное и полное раскрытие и расследование совершенных преступлений. А достижение этой цели есть, если говорить об этом без лукавства, не что иное, как фактическое выполнение функции обвинения.

Полагая, что законодательное отнесение следователя к стороне обвинения есть «тезис, безграмотно провозглашенный нашим УПК в «наивные» годы постсоветского правового строительства», Л. В. Головки утверждает: «Лицо, осуществляющее правоприменение на любой стадии процесса, принимающее официальные процессуальные решения и определяющее движение дела, не может быть стороной по определению», потому что «У стороны не бывает процессуальной власти, поэтому прокурор в суде – сторона (вся власть там у суда), а следователь в ходе расследования – нет»⁵⁴.

У нас нет сомнений в верности последнего утверждения этого автора. Действительно, в суде «вся власть» у него – у суда.

Но позвольте спросить (по сути, воспроизводя давнишнее высказывание М. С. Строговича): от чего или от кого защищается на предварительном следствии сторона защиты – подозреваемый, обвиняемый, его адвокат, либо таковой стороны, как и стороны обвинения, на предварительном расследовании тоже нет?

На эти отнюдь не риторические вопросы ответ может быть единственным: сторона защиты защищается от стороны обвинения, персонифицированной в следователе. От подозрения им некоего лица в совершении преступления, от обвинения следователем, основанном «в результате правоприменения» на всестороннем, полном и объективном исследовании им обстоятельств дела, конкретного лица в совершении преступления.

«Одна из наиболее «вредных» для состязательности идей, – совершенно верно пишет в обсуждаемом контексте В. А. Лазарева, – отрицание роли следователя как субъекта уголовного преследования. Именно она влечет искаженное представление о понятии, цели и субъектах доказывания, формирует гипертрофированную ценность материалов предварительного расследования для суда, чем фактически тормозит развитие состязательных начал уголовного судопроизводства»⁵⁵.

С. А. Шейфер видит основной изъян этой позиции в следующем: «Если следователь ведет предварительное следствие всесторонне, полно и объективно и эти требования – «нормальные условия его эффективности», то ясно, что исследование как «за», так и «против» обвинения может привести к установлению отсутствия оснований для уголовного преследования, и тогда предварительное следствие явно не окажется, вопреки позиции автора, формой уголовного преследования, оставаясь способом объективного исследования обстоятельств дела»⁵⁶.

С этим выводом мы согласиться не можем. Однако позволим себе провести некую аналогию.

Если, скажем, хирург после тщательного осмотра пациента (доставленного к нему машиной скорой помощи, прибывшего по направлению терапевта и т. д.) с использованием всех новейших и доступных ему достижений медицины считает необходимым отказаться от оперативного вмешательства, разве он в таком случае перестает быть хирургом?

Так же, по нашему убеждению, дело обстоит со следователем: объективно оценив результаты проведенного им расследования, он может не найти оснований для уголовного преследования в целом по делу или в отношении определенного лица. А потому и принимает соответствующее процессуальное решение – о прекращении уголовного дела или уголовного

⁵⁴ Головки Л. В. // Закон. ру, № 11, 2015.

⁵⁵ Лазарева В. А. Стереотипы мышления как тормоз становления состязательности в уголовном процессе Российской Федерации // Уголовная юстиция: связь времен. СПб., 2010. С. 112.

⁵⁶ Шейфер С. А. Указ. соч. С. 122.

преследования по нему в отношении лица, в отношении которого такое преследование осуществлялось.

Но и в этом случае функция его – следователя – как субъекта уголовного преследования в судопроизводстве отнюдь не изменилась.

Несомненно, верно по этому поводу замечает В. И. Саньков: «Суть полномочий следователя, независимо от его ведомственной принадлежности, обусловленной конкретной исторической обстановкой, потребностями государственной власти, на протяжении полутора столетий (а мы бы уточнили – на протяжении всего времени существования профессии следователя – *авт.*) оставалась неизменной – обнаружение и сбор доказательств, уличающих преступника, представление их в суд для принятия окончательного решения»⁵⁷.

Если следователь не будет предъявлять изобличенному им лицу обвинение, а будет выносить некое постановление о подозрении (что с учетом опыта ряда зарубежных правовых систем⁵⁸ предлагается и для отечественного уголовного процесса), сущность и характер его обвинительной деятельности, по нашему убеждению, не изменятся.

А потому нам близко замечание пристава следственных дел, расследовавшего «дело Родиона Раскольников», готовящегося стать судебным следователем, Порфирия Петровича из «Преступления и наказания» Ф. М. Достоевского: «Вон реформа идет, и мы хоть в названии будем переименованы»...

В то же время С. А. Шейфер обративший внимание на это высказывание Порфирия Петровича, относится к нему скептически, заметив, что «предстоящая (в то время) реформа предварительного следствия отнюдь не сводилась к переименованию следователей»⁵⁹.

Это действительно так, но положив руку на сердце следует признать, что направленность деятельности следователя на раскрытие преступления, на изобличение лица, его совершившего, не менялась на протяжении всего существования этой профессии – меняются лишь методы (средства, приемы и т. д.) и процессуальные формы осуществления следователем этой своей функции в уголовном судопроизводстве.

М. С. Строгович рассматривал обвинительную деятельность (понимая под ней уголовное преследование) как «совокупность процессуальных действий, направленных на то, чтобы изобличить в совершении преступления привлеченное к уголовной ответственности лицо и обеспечить применение к нему заслуженного наказания». Она, по его мнению, состоит в собирании доказательств, уличающих обвиняемого или устанавливающих отягчающие его вину обстоятельства, применении принудительных мер, обеспечивающих изобличение обвиняемого и наказание его, а также в действиях, направленных на обоснование перед судом обвинения и необходимости заслуженного наказания⁶⁰.

А. М. Ларин полагал, что уголовное преследование есть предшествующая разрешению дела уголовно-процессуальная деятельность, которая состоит в формулировании и обосновании вывода о совершении определенным лицом конкретного преступления⁶¹. Нет, видимо, здесь необходимости приводить мнения и других многих ученых, также трактовавших (и трактующих) содержание института уголовного преследования.

Эти издавна, можно сказать, «вечно» ведиущиеся дискуссии об уголовно-процессуальной функции следователя, направленности его деятельности при раскрытии и расследовании преступлений в отечественной юридической литературе в последнее время значительно степени

⁵⁷ Саньков В. И. В защиту концепции «сильного следователя» // Библиотека криминалиста. Научный журнал. Вып. 3 (26). М., 2016. С. 10.

⁵⁸ К примеру, такой порядок привлечения к уголовной ответственности в настоящее время уже предусмотрен главой 25 Республики Казахстан.

⁵⁹ Шейфер С. А. Указ. соч. С. 44.

⁶⁰ См. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1., М., 1968. С. 190.

⁶¹ См. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М, 1986. С. 25.

актуализировались на фоне широко обсуждаемого законопроекта об установлении объективной истины как принципа и цели современного отечественного уголовного судопроизводства⁶².

Наиболее радикальное мнение в этой дискуссии в контексте исследования освещаемого здесь аспекта данной работы, насколько нам известно, высказано А. М. Багметом.

«На сегодняшний день, – пишет автор, – в уголовном процессе сложилась логичная, выработанная длительной практикой схема осуществления уголовного судопроизводства, когда есть сторона обвинения, сторона защиты и являющийся между ними независимым арбитром – суд. *Следователь, не поддерживающий ни одну из сторон, является в этой схеме установителем истины по уголовному делу*» (здесь и далее выделено нами – *авт.*)⁶³.

Интересно, что дало А. М. Багмету основания для столь парадоксального вывода, с полной очевидностью противоречащего не только действующему уголовно-процессуальному законодательству России, но и самим принципам методологии уголовного судопроизводства в целом?

А потому хотелось бы получить хотя бы сколь-либо обоснованные ответы как минимум на следующие вопросы:

– как этот вывод соотносится с известными всем специалистам в области уголовного судопроизводства (видимо, кроме автора цитированного высказывания) нормами УПК об обязанности следователя осуществлять уголовное преследование?

– разве следователь «в сложившейся логичной... схеме осуществления судопроизводства» не отнесен законодателем однозначно к стороне обвинения?

– разве уголовно-процессуальный закон наделяет следователя предлагаемой А. М. Багметом загадочной не только для отечественной, но и для любой правовой уголовно-процессуальной системы функцией «установителя истины»?..

Здесь необходимо краткое отступление.

Оппонируя этим нашим доводам об упречности концепции, предлагаемой А. М. Багметом, о ее несоответствии действующему уголовно-процессуальному закону, отдельные авторы настойчиво упоминают, что и мы не стесняемся «критиковать те нормы уголовно-процессуального закона, которые не совпадают с его (нашей – *авт.*) позицией»⁶⁴.

Это действительно так. Однако, критикуя действующий закон, предлагая достаточно существенные его изменения, мы всего подчеркивали и вновь на том настаиваем, как осознали еще древнеримские юристы: «*Dura lex, sed lex* (Хоть и строг закон, но соблюдать его надо)»; и еще: «*Dura lex scripta tamen* (Хоть и строг закон, но так он написан)»⁶⁵.

Пока закон не отменен и (или) не изменен (автор просит извинения на некий пафос), *он – Его Величество Закон, которым потому неукоснительно должен руководствоваться следователь, лишь в соответствии с которым теоретикам и надлежит разрабатывать практические рекомендации по оптимизации следственной деятельности.*

Мы уже не говорим о том, что «если, – как обоснованно замечает А. С. Александров, – мы признаем следователя субъектом, удостоверяющим объективную истину, причем в ходе досудебного производства, то делается ненужным ни адвокат, ни собственно суд»⁶⁶. Действи-

⁶² В сущности, такие же вопросы в контексте названного законопроекта возникают и при уяснении места и полномочий прокурора в современном судопроизводстве по уголовным делам (особенно на досудебных его стадиях, о чем более подробно будет говориться далее).

⁶³ *Багмет А. М.* Анализ целесообразности введения института следственного судьи в уголовное судопроизводство // Российский следователь. 2015. Вып. 11. С. 6–7.

⁶⁴ *Толстолуцкий В. Ю.* Гегелевская гносеология как основа понимания места следователя в системе досудебного производства по уголовному делу // Материалы Международной научно-практической конференции «Криминалистическое сопро-вождение расследования преступлений: проблемы и пути их решения». Академия СК РФ, М., 2016. С. 514.

⁶⁵ Латинская юридическая фразеология. Сост. Б. С. Никифоров. М... 1979. С. 68.

⁶⁶ Там же.

тельно, если следователь уже установил по делу объективную истину, то в чем тогда функция суда? Лишь исключительно в назначении подсудимому наказания?..

И, наконец, принципиальное и, с точки зрения правовой методологии, главное: вывод следователя (прокурора) о доказанности совершения преступления конкретным лицом – это еще далеко не истина, обязанность установления которой пытаются возложить на органы уголовного преследования отдельные ученые и законодатели и которую, как полагает А. М. Багмет, в настоящее время уже устанавливает следователь.

Этот вывод – лишь версия обвинения, обоснованность которую должен проверить «на прочность» – поддержать или опровергнуть – суд в состязательном уголовном процессе.

Она, с точки зрения правовой методологии уголовного процесса любого цивилизованного государства, должна быть равновеликой для суда наравне с версией адвоката-защитника о том, что его подзащитный – воспользуемся словами А. Ф. Кони – не виноват вовсе либо виноват вовсе не так и не в том, в чем его обвиняют представители системы уголовного преследования.

По сути, об этом же более века назад писал известный российский процессуалист А. А. Квачевский:

«Предварительное следствие не имеет в виду полного и всестороннего разъяснения истины, оно доставляет только материал, достаточный для достижения этой цели в самом суде, изыскивает данные, на которых основывается вероятность виновности преступника, служит фундаментом, на котором опирается не судебное решение дела, а только обвинение преступника и предание его суду; дальнейшая роль подробного разъяснения преступлений и вины подсудимого принадлежит судебному следствию. Предварительное следствие prepares способы и средства к судебному состязанию сторон, судебное развивает подготовленный первым материал для постановления приговора; первое устанавливает предположения, второе – доказательства»⁶⁷ (здесь и далее выделено нами – авт.).

И в этой же связи следует заметить, что обосновываемый А. М. Багметом статус следователя как некоего уникального «установителя» истины, в сущности, опровергнут не так давно внесенными в ст. 90 УПК изменениями.

В соответствии с ними напомним, приговоры, постановленные судом в соответствии со ст. 226.9, 316 или 317.7 УПК (а, как известно, они основаны лишь на материалах предварительного расследования), лишены преюдициальной значимости, обстоятельства, ими установленные, не могут признаваться по другому делу судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки.

Иными словами, речи об истинности проведенного следователем расследования, результатов такого – без исследования их материалов в условиях состязательного процесса в суде – идти в принципе не может. По сути, эти материалы свидетельствуют лишь об одном – о согласии с ними обвиняемого в виду различных субъективных и (или) объективных обстоятельств.

Мы уже не говорим об особенностях доказывания при производстве дознания в сокращенной форме. В соответствии с ними «доказательства по уголовному делу собираются в объеме, достаточном для установления события преступления, характера и размера причиненного им вреда, а также виновности лица в совершении преступления. При этом дознаватель обязан произвести только те следственные и иные процессуальные действия, производство которых может повлечь за собой невозможную утрату следов преступления или иных доказательств». Более того, «с учетом конкретных обстоятельств уголовного дела дознаватель вправе не проверять доказательства (выделено нами – авт.), если они не были оспорены подозреваемым, его защитником, потерпевшим или его представителем» (ст. 226.5 УПК РФ).

⁶⁷ Прив. по: Смолькова И. В. Великие и выдающиеся, знаменитые и известные личности об уголовном судопроизводстве. М., 2102. С. 363–364.

По нашему глубокому убеждению, следователь есть не некий таинственный «установитель истины» по уголовному делу (как почему-то, не исключаем, что руководствуясь ведомственными соображениями, вдруг решил руководитель Академии следственного комитета РФ А. М. Багмет).

Следователь – субъект, как правило, лично «запускающий» и всегда непосредственно реализующий механизм самой основы уголовного судопроизводства – уголовного преследования. В очередной раз повторим: нет уголовного преследования – нет необходимости в защите от него и тем более нет предмета для какого-либо судебного разбирательства.

Никакого противоречия в том, что следователь отнесен к стороне обвинения с необходимостью – и это особо вновь подчеркнем – его осуществления на основе объективного, полного и всестороннего расследования, мы не усматриваем.

Заметим, что в литературе высказываются и другие, в том числе, в сущности, противоречащие друг другу мнения по рассматриваемой принципиальной проблеме.

Так, В. В. Пушкарев, с одной стороны, полагает, что «отнесение следователя к числу участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения вступает в известное противоречие с назначением уголовного судопроизводства, когда следователю необходимо установить событие преступления, изобличить лицо или лиц, виновных в совершении преступления, обеспечив при этом надлежащую защиту личности, ее прав и законных интересов [...]. На всем протяжении производства по уголовному делу следователь обязан устанавливать все конкретные обстоятельства, как обвиняющие, так и оправдывающие обвиняемого, поскольку они необходимы для вынесения обоснованных решений в ходе досудебного производства».

С другой стороны, он тут же предлагает законодательно определить процессуальный статус следователя следующим образом: «Следователь – должностное лицо Следственного комитета Российской Федерации, органов федеральной службы безопасности, органов внутренних дел, реализующее функцию обвинения (уголовного преследования), уполномоченное в пределах своей компетенции осуществлять предварительное следствие по уголовному делу»⁶⁸.

Если следователь, как считает этот автор, реализует функцию обвинения, уголовного преследования (с чем мы всецело согласны), то отнесение его к стороне обвинения более чем правомерно и логично.

Правовой аксиомой – также повторим в очередной раз – является то, что любое обвинение лица в совершении инкриминируемого ему преступления должно быть законным, основанным на всестороннем, полном и объективном исследовании всех материалов дела, сочетаться при этом с неукоснительным соблюдением прав и свобод этого гражданина, обеспечением их реализации.

Если рассматривать этот постулат исключительно с прагматических позиций, можно сказать, что об обоснованности обвинения конкретного лица в совершении конкретного преступления можно говорить, лишь когда объективно, достоверно в ходе расследования подтвердились все следствия, с необходимостью вытекающие из версии о совершении его именно данным лицом (это же касается и всех иных обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу), о чем достаточно подробно будет говориться в третьей главе следующего раздела нашей работы.

Здесь же скажем лишь, что, по нашему убеждению, не прав Д. В. Бахтеев, когда в своем диссертационном исследовании утверждает, что «логическое следствие – выведенное из следственной версии *предположение* (выделено нами – *авт.*), определяющее дальнейшие фактические действия следователя...»⁶⁹.

⁶⁸ Пушкарев В. В. Соотношение уголовно-процессуальной функции следователя с принципом процессуальной независимости и самостоятельности: направления совершенствования досудебного производства через призму ретроспективного и сравнительно-правового анализа // Библиотека криминалиста. Научный журнал. Вып. 5 (28). М., 2016. С. 311, 312.

⁶⁹ Бахтеев Д. В. Переход от вероятностных знаний к достоверным и достаточным в процессе раскрытия и расследования

Следствия из следственной версии отнюдь не предположения (коиными являются сами версии), а неукоснительные из нее логические выводы. Если предполагаемая причина (версия) – истина, то она должна быть с исчерпывающей полнотой представлена в необходимых следствиях (следах) своего действия.

Иными словами, логика следователя должна быть, если так можно выразиться, линейной: обвинение может считаться обоснованным исключительно тогда, когда доказаны без разумных в том сомнений с исчерпывающей полнотой и достоверностью все необходимые следствия, вытекающие из версии о совершении преступления именно этим лицом.

И это безотносительно к объективно или субъективно сложившимся конфликтным отношениям с подозреваемым, обвиняемым, в ряде случаев усугубляемым возникшей к этому лицу крайней антипатией (в связи с дерзостью и (или) исключительным цинизмом инкриминируемого ему преступления, его личностным качествам, либо в связи с отказом его от дачи показаний).

О неуместности последнего основания для межличностных конфликтов следователя с обвиняемым – а оно, увы, далеко не редко для возникновения таковых конфликтов и в настоящее время – предупреждал еще один из основоположников криминалистики А. Вейнгарт: «На отказ обвиняемого от ответов следователь должен смотреть не как на ослушание его или неуважение и не как на улику против обвиняемого, а как на пользование своим правом...»⁷⁰ (следующая за этим постулатом его рекомендация по тактике допроса будет приведена нами далее – *авт.*).

А также, особо это заметим, такая логика должна соблюдаться независимо от того, что данное лицо в определенный момент (обычно на первоначальном этапе расследования) признавало себя виновным в совершении преступления (от чего, как правило, в дальнейшем отказывалось).

Дело не только в том, что практика изобилует примерами, когда «признательные» показания даются подозреваемыми, обвиняемыми в результате противоправного их принуждения к такому поведению – в этих случаях дальнейший отказ от данных показаний вполне правомерен и психологически обоснован. Зачастую последующий отказ подозреваемого, обвиняемого от своих признательных показаний обуславливается и другими субъективными причинами и мотивами⁷¹.

А потому, возвращаясь к ранее сформулированному тезису об основах проверки версии о совершении преступления именно тем лицом, в отношении которого она сформулирована, если хотя бы одно из необходимых вытекающих из нее следствий достоверно не установлено, то должен быть сделан один из двух с логической неизбежностью вытекающих из этого вывода: лицо в совершении инкриминируемого ему обвинения невиновно (либо обвинение в отношении данного лица не доказано к моменту, когда следователь должен принять соответствующее процессуальное решение). В первом случае следователь продолжает свою версию и практическую деятельность по опосредованному уголовному преследованию и раскрытию преступления, имея в виду совершение его иным лицом.

Во втором – наряду с проверкой вновь сформулированных версий продолжает разработку версии о совершении преступления именно лицом, в отношении которого им ранее осуществлялось уголовное преследование, в частности, путем дополнительной проверки достоверности и достаточности доказательств, опровергающих одно из необходимых следствий, вытекающих из версии о совершении расследуемого преступления именно этим лицом.

преступлений: вопросы теории и практики. Автореф. дисс. к. ю. н. Екатеринбург. 2015. С. 19.

⁷⁰ Вейнгарт А. Уголовная тактика. Руководство к расследованию преступлений. СПб, 1912. С. 1.

⁷¹ Об этой проблеме достаточно подробно будет говориться в следующем разделе данной работы.

Итак, по нашему глубокому убеждению, если мы только не ошибаемся в своих рассуждениях⁷², следователь в пределах своих полномочий и компетенции выполняет единственную процессуальную функцию – функцию уголовного преследования, предопределяемую конечной целью его деятельности в уголовном судопроизводстве.

Она же в настоящее время представляется нам следующей.

Конечная цель деятельности следователя заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешении в пределах своей уголовно-процессуальной функции, предполагающем законное и обоснованное формулирование обвинительного тезиса в отношении конкретного лица либо в констатации факта отсутствия для того оснований или наличия возможности разрешения уголовно-правового конфликта иными законными средствами.

⁷² Данное выражение заимствованно нами из работы: Акофф Р., Эмери Ф. О целеустремленных системах. М., 1974. С. 23.

§ 3. Доказательства и доказывание – «инструменты» и процесс осуществления уголовного преследования (на примере следственного уголовного преследования)

Доказывание в любом виде судопроизводства – в первую очередь (и это совершенно очевидно) доказывание при осуществлении уголовного преследования – производится посредством вовлечения в него доказательств, их исследования, интерпретации и оценки, в результате чего существование исследуемого факта либо подтверждается, либо опровергается. Этим же образом – посредством «работы» с доказательствами – устанавливается виновность и степень ответственности лица, данный факт (при его подтверждении) учинившего, и все другие обстоятельства, необходимые для принятия по делу, ставшему предметом судопроизводства, законного и обоснованного решения.

«Понятие доказательства, – писал И. Я. Фойницкий, – имеет два значения. Оно, во-первых, означает средства, данные нам и служащие для того, чтобы при помощи их сделать заключение о неизвестном, искомом; [...]. Во-вторых, оно имеет значение самого умственного процесса, путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с обстоятельством известным, данным и показывается им»⁷³.

В самом общем смысле, а любое исследование самостоятельной проблемы предполагает первоочередное введение основного операционного понятия, в гносеологии под «доказательством» понимается «прием, к которому прибегают с той целью, чтобы убедить в правильности тезиса, достоверности познания или – в том случае, если данное положение оспаривается, – еще раз его дополнить и подтвердить [...]. Ошибки доказательства (в связи с направленностью последующего изучения обозначенного вопроса сразу обратим на это особое внимание – *авт.*) могут состоять: 1) в неясности тезиса, который должен быть доказан; 2) в неправильности или ненадежности приведенных оснований доказательства; 3) в формальной неправильности вывода следствия»⁷⁴.

Иными словами, лишь на основе аргументов, облеченных в соответствующую, присущую определенному виду судопроизводства форму, осуществляется в нем познание значимых для уголовного преследования – и разрешения дела по существу.

УПК, регламентирующий порядок уголовного судопроизводства, презумирует, что доказательствами в нем являются любые сведения, полученные субъектами доказывания из установленных данным законом источников (ст. 74 УПК)⁷⁵.

Проблемы доказательств в уголовном судопроизводстве, судебно-уголовных доказательств, как именовал их во второй половине XIX в. В. Д. Спасович⁷⁶, – одни из «вечных» в науках криминального цикла (в первую очередь, естественно, в уголовном процессе и криминалистике).

⁷³ Прив. по: Теория судебных доказательств в уголовном процессе: конец XIX – начало XX века. Хрестоматия / Сост. Ю. В. Астафьев, А. Ю. Астафьев. Воронеж, 2016. С. 65.

⁷⁴ Философский энциклопедический словарь. М., 1999. С. 141.

⁷⁵ Анализ действующей законодательной дефиниции понятия уголовно-процессуального доказательства с критическими замечаниями и предложениями, в свою очередь, неоднозначными по ее совершенствованию неоднократно проводится в современной юридической литературе. – См., напр.: *Белкин А. П.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005; *Костенко Р. В.* Понятие и признаки уголовно-процессуальных доказательств. М., 2006; *Победкин А. В.* Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2009; *Российский С. Б.* Результаты «невербальных» следственных действий как вид доказательств по уголовному делу. М., 2014.

⁷⁶ *Спасович В. Д.* О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судостроительством и судопроизводством. М., 2001. С. 4.

И потому в этой работе мы даже не рискуем сколь-либо углубленно включаться в непрерываемые дискуссии по многим их аспектам.

Мы также не будем касаться существующих в уголовно-процессуальной литературе разночтений в том, *что* есть доказательства: «сведения о фактах», «фактические данные», «любые сведения». Однако сразу нельзя не сказать, что у нас вызывает сомнение корректность «линейного» отнесения к доказательствам самих форм, в которых эти сведения включаются в материалы уголовных дел. Здесь мы имеем в виду протоколы следственных и судебных действий (судебного заседания), законодательно (ст. 74 и 83 УПК) отнесенных к доказательствам как таковым (об этом речь подробнее пойдет в соответствующем месте нашей работы).

Мы лишь в пределах, обусловливаемым самим контекстом данной работы, попытаемся обосновать свое виденье доказательств и их атрибутивных свойств как основного гносеологического «инструмента» осуществления целенаправленного законного уголовного преследования в досудебном производстве по уголовным делам.

Начнем с констатации того, что судебно-уголовные доказательства сами по себе не возникают, они «ни в природе, ни в обществе в готовом виде не существуют»⁷⁷.

Как на первый взгляд ни парадоксально это звучит даже следы – не в бытовом, а криминалистическом значении этого понятия – сами по себе не существуют. В результате совершения преступления – и это убедительно обоснованно современной гносеологией⁷⁸ – как взаимодействия объектов (а любое деяние есть взаимодействие между собой как минимум двух объектов; чаще всего – значительно большего числа объектов) происходит процесс отражения одного объекта взаимодействия на другом объекте (и наоборот), происходят соответствующие изменения этих объектов и на этих объектах.

Такие изменения возникают и существуют объективно, вне зависимости от сознания воспринимающих их субъектов (следователя, дознавателя, очевидцев преступления и других свидетелей). Но это – еще не следы.

Видимо, нельзя полностью согласиться с Б. И. Шевченко, который около семидесяти лет назад писал: «Для обозначения всех самых разнообразных материальных изменений, которые обязаны своим происхождением тем или иным действиям преступника, связанным с совершением преступления во всех его стадиях, пользуются в криминалистике обобщающим и охватывающим все эти изменения названием – следы преступления»⁷⁹.

Сразу заметим, что, по сути, такое понимание категории «след» разделяет и большинство современных специалистов в области уголовного судопроизводства и криминалистики⁸⁰.

Однако, увы, далеко не все, а лишь некоторые определенные части результатов объективно (это вновь особо подчеркнем) возникшего отражения от преступления следователь воспринимает, осознает – на основе знания им всех достижений современной криминалистики – как информацию уголовно-релевантную⁸¹, ее он *вычленяет* из последствий и следствий преступления, осознает, что она является следом преступления.

⁷⁷ Быков В. М., Березина Л. В. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК РФ. Казань, 2006. С. 23.

⁷⁸ А с позиций гносеологии – и наукой криминалистикой. – См... напр.: Белкин Р. С. Курс криминалистики в 3 т., М., 1997. Т. 1; Дулов А. В., Рубис А. С. Основы формирования криминалистической теории доказывания. Минск, 2004; Колдин В. Я., Полевой Н. С. Информационные процессы и структуры в криминалистике. М., 1985; Усманов Р. А. Информационные основы предварительного расследования. М., 2006. и др.

⁷⁹ Шевченко Б. И. Научные основы современной трасологии. М... 1947. С. 13.

⁸⁰ См., напр.: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. М... 2000. С. 199; Шестыко В. Ю. Криминалистика. Энциклопедический словарь. Харьков, 2001. С. 436.

⁸¹ Под релевантной информацией вообще понимается информация, которая необходима для решения некоей задачи (См.: Поташищев Л. И. Экономико-математический словарь. М., 2003. С. 308). Отсюда под уголовно-релевантной информацией уместно понимать ту, которая необходима для выполнения самого назначения уголовного судопроизводства во всех его структурных элементах.

Следом является не каждое из неисчерпаемого количества «всех самых разнообразных материальных изменений», связанных с преступлениями, а лишь те из них, которые на современном этапе развития наук криминального цикла осознаются в этом качестве. Осознаются как следы, возникшие в результате преступной деятельности либо с ней связанные причинно, и, что главное, которые криминалисты в настоящее время умеют обнаруживать, фиксировать, изымать, исследовать и использовать в целях познания, реконструкции преступных событий.

Здесь уместно еще одно небольшое отступление.

Всегда:

– со времен Каина и Авеля – на местах преступлений оставались отпечатки пальцев рук;
– с момента возникновения огнестрельного оружия на использованных боеприпасах (ядрах, пулях) оставались трасологические отображения особенностей внутреннего канала ствола;

– микрочастицы одежды нападающего переходили на одежду пострадавшего (и наоборот) как следствие контактного взаимодействия между этими лицами (разумеется, если таковое имело место)...

Но, пока не были созданы и разработаны научные основы дактилоскопии, судебной баллистики, исследования микрочастиц веществ и материалов (так называемой экспертизы наложения) и не созданы соответствующие методики исследования этих видов информации, она не представляла интереса для следователей; была «вещью в себе», хотя, конечно же, возникала и существовала объективно.

По мере того как криминалистика не только осознает значимость отдельных результатов такого отражения для расследования преступлений, но и создаст методики извлечения (обнаружения, фиксации), исследования и использования возникающей информации, эта ее часть осмысливается как следы преступления. Именно их и будет целенаправленно искать, а затем – в установленных УПК правовых формах – «перерабатывать» (изымать, исследовать и т. д.) следователь для выполнения своей основной процессуальной функции уголовного преследования в обозначенных выше его видах (опосредованное и непосредственное).

Иными словами, часть объективно возникшей информации осознается следователем как след преступления лишь тогда, когда он воспринимает ее именно в этом качестве, а наука криминалистика имеет методики обнаружения, фиксации, извлечения и использования возникающей информации (части отражения) в уголовно-процессуальном доказывании.

Когда некая часть объективно возникшей в результате совершения преступления информации осознается как след преступления, то методы ее исследования постоянно количественно и качественно развиваются и совершенствуются.

К примеру, вот как – в самом общем виде развивались методы криминалистической серологии (исследования следов крови).

Издавна выявляемые на одежде и теле потерпевшего и лица, совершившего насильственное преступление, пятна и мазки различной формы «бурого» цвета интерпретировались как следы крови; затем появились научно обоснованные методики не только установления того, что на этих объектах действительно есть кровь, но и того, является ли обнаруженная кровь кровью человека или животного (разработки этих методик в литературе связывают с именами французов Флоренса и Фрикона, немецкого судебно-медицинского эксперта Уленгута).

Врач Латтес разработал метод определения группы крови. Он позволял, в частности, исключить конкретное лицо из числа подозреваемых, когда группа его крови не соответствовала групповой принадлежности обнаруженной крови. В 1884 г. россиянин Ф. А. Чистович обосновал способы определения видовой принадлежности крови (произошла ли она в результате носового кровотечения, из других определенных областей человеческого тела и т. д.).

Наконец, во второй половине прошлого века возникли методы идентификации человека по следам крови – в результате проведения так называемых геномных (геономоскопических) экспертиз, которые, как известно, нашли себе самое широкое распространение в современной следственной практике⁸².

И, главное, процесс осознания криминалистического значения все большей части объективно возникающей информации – перманентно-поступателен.

Характерным примером этому служит появление понятия виртуальных следов преступления, основанного на том, что особенности компьютерных технологий, зачастую используемых на различных стадиях преступной деятельности, вне зависимости от желания пользователя влекут возникновение уголовно-релевантной информации. А так как – особо это подчеркнем – в настоящее время имеются научно обоснованные криминалистические методики обнаружения и исследования этой информации, она приобрела все необходимые качества следа, осознана в теории и практике как криминалистическая следовая информация.

Виртуальные следы, пишет В. А. Мещеряков, одним из первых обративший внимание на эти особенности, есть следы, сохраняющиеся «в памяти технических устройств, в электромагнитном поле, на носителях машиночитаемой информации, занимающей промежуточное положение между материальными и идеальными»⁸³.

На этом постулате основаны все чаще используемые при расследовании преступлений особенности мобильной сотовой связи, позволяющие установить как факт связи двух абонентов между собой, так и с высокой степенью точности, местонахождение конкретного мобильного телефона⁸⁴.

Созданы оригинальные – повышено практически значимые – методические разработки по проведению диагностических и идентификационных исследований текстов переписки по электронной почте и социальным сетям⁸⁵.

Заметим в этой связи, что весьма перспективной нам представляется высказываемая отдельными учеными мысль о целесообразности создания «цифровой» криминалистики, всецело посвященной средствам и методам выявления и исследования следов этого вида⁸⁶.

У нас нет сомнений, что дальнейшее развитие естественных, технических, других наук, науки криминалистики позволят со временем извлекать из «остаточных» результатов процесса отражения при совершении преступлений и другую, неизвестную нам в настоящее время уголовно-релевантную информацию, которую потому – уже в качестве следов – будет целенаправленно искать, изымать и исследовать следователь.

Но уголовно-релевантная информация, следы преступления еще не есть судебные доказательства, это есть единственная и непременная основа, генезис того, что ч. 1 ст. 86 УПК именуется «сбором доказательств», которое «осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Краткое, но необходимое в контексте изучаемой проблемы отступление.

⁸² Об этом подробнее см.: *Торвальд Ю.* Криминалистика сегодня. Развитие судебной серологии. М., 1980; *Шамонова Т. Н.* Следы крови человека в криминалистическом учении о следах. – Электронный каталог библиотеки юридического факультета СПбГУ

⁸³ *Мещеряков В. А.* Преступления в сфере компьютерной информации. Воронеж, 2002. С. 102.

⁸⁴ Об этом см.: *Баев О. Я., Мещеряков В. А.* О возможностях использования особенностей сотовой связи для раскрытия и расследования преступлений // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 7. Воронеж, 2006; *Мещеряков В. А., Яковлев А. Н.* «Электронная» составляющая осмотра места происшествия // Библиотека криминалиста. Научный журнал. Вып. 5 (22), М., 2015.

⁸⁵ См., напр.: *Кукаршикова Т. Э., Яковлев А. Н.* О возможности непроцессуального отождествления личности средствами новых информационных технологий // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 16. Воронеж, 2014.

⁸⁶ См.: *Мещеряков В. А.* Цифровая криминалистика // Библиотека криминалиста. Научный журнал, Вып. 4 (15). М., 2014.

Мы сочли необходимым привести полный перечень субъектов собирания доказательств, чтобы сразу констатировать, что к ним не отнесен защитник.

И хотя в ч. 3 ст. 86 УПК утверждается иное, защитник не собирает доказательства в точном смысле этого понятия; он собирает уголовно-релевантную информацию. И лишь после предоставления им этой информации одному из указанных выше субъектов собирания доказательств последний на ее основе в соответствующей процессуальной форме и формирует доказательства в их прямом уголовно-процессуальном значении.

Уголовно-процессуальная корректность такого подхода с полной определенностью отражена в ч. 2 ст. 86 УПК применительно к таким участникам уголовного судопроизводства, как подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители. Они «вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств».

Нисколько не преуменьшая значимость деятельности в уголовно-процессуальном познании и доказывании адвоката-защитника, все же с точки зрения современной отечественной уголовно-процессуальной представляется парадоксальным: подозреваемый и обвиняемый доказательства не собирают, а адвокат, который их защищает, в противоречие к вышеприведенному перечню субъектов доказывания доказательства собирать вправе.

Учитывая приведенную выше, существующую (с теми или иными модификациями) в уголовно-процессуальном законодательстве практически всех правовых государств, конструкцию понятия «судебное доказательство», С. А. Шейфер совершенно верно пишет: «Доказательство представляет собой неразрывное единство содержания (фактические данные, т. е. сведения о фактах, подлежащих установлению) и формы (показания, заключения экспертов, вещественные доказательства и документы)»⁸⁷.

Как показано выше, изначально доказательства не существуют – они формируются путем восприятия следов и преобразования их содержания, облечения в процессуальную форму «надлежащим субъектом доказывания при выполнении требований закона относительно источника, способа, порядка получения, закрепления и приобщения к делу этих сведений»⁸⁸.

И этой связи скажем: нам представляется далеко не точным – если не сказать более методологически ущербным, некорректным – определение сущности основного операционного понятия, с которым действующий уголовно – процессуальный закон связывает процесс доказывания по уголовному делу: «Доказывание состоит в *собирании*, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса» (ст. 85 УПК).

По В. И. Далю, «собирать – сносить, свозить, отыскивать и соединять, совокуплять, приобщать одно к одному»⁸⁹.

В современном русском языке синонимами к понятию «собирать» признаются слова «сосредотачивать, концентрировать, нагонять, стягивать»⁹⁰.

Следовательно, собирать можно в принципе лишь то, что есть. Можно собирать ягоды или грибы, наконец, шкафы из готовых панелей. Ягоды и грибы созрели и выросли к моменту их собирания; панели для шкафа ранее были изготовлены по необходимым параметрам.

⁸⁷ Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти, 1998. С. 37.; он же: Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2008. С. 56. Этой же точки зрения в настоящее время, как уже отмечалось, придерживаются и многие другие процессуалисты.

⁸⁸ Уголовный процесс России / под ред. З. Ф. Ковриги, Н. П. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 122. См. также об этом: Белкин А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005; Дулов А. В., Рубис А. С. Указ. соч.

⁸⁹ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М... 1991. Т 4. С.141.

⁹⁰ Александрова З. Е. Словарь синонимов русского языка. М... 1975. С. 502.

А потому нам представляется в высшей степени неубедительным мнение Е. А. Зайцевой и А. И. Садовского, которые, соглашаясь с тем, что «доказательства в принципе не собираются, так как в природе они сами по себе не существуют, а приобретают статус благодаря познавательно-удостоверительным актам следователя, дознавателя, суда», далее пишут следующее: «... текст уголовно-процессуального закона рассчитан на неопределенно широкий круг «пользователей», что вынуждает законодателя применять упрощенные формулировки, доступные для уяснения и длительное время находящиеся в уголовно-процессуальном обороте. Введение в законодательную лексику вместо слова «собрание» категории «формирование» применительно к доказательствам повлекло бы неадекватное восприятие соответствующей доказательственной деятельности, которую неискушенные «пользователи» могли бы толковать как деятельность по «фабрикации» доказательств. [...] Именно данный аспект объясняет устойчивое и последовательное использование законодателем термина «собрание» применительно к доказательствам, несмотря на его неточность и определенную некорректность»⁹¹

⁹¹ Зайцева Е. А., Садовский А. И. В развитие учения С. А. Шейфера о формировании доказательств // Вестник Самарского государственного университета. Гуманитарная серия, 2014, Вып. 11/2 (122). С. 24.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.