

О. Я. Баев

ЗАЩИТА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

МОНОГРАФИЯ

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

СПЕЦИАЛЬНАЯ ПРЕВЕНЦИЯ ПРИНУЖДЕНИЯ К ДАЧЕ ПОКАЗАНИЙ

ПРЕДВОСХИЩАЮЩАЯ ПРОВЕРКА АЛИБИ

ЗАЩИТА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В СУДЕ

ОБЕСПЕЧЕНИЕ СЛЕДСТВЕННОЙ ТАЙНЫ

И ДР.



ПРОСПЕКТ

Олег Яковлевич Баев
Защита доказательств в
уголовном судопроизводстве.
Монография

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21535466

ООО «Проспект»; 2015

ISBN 9785392189731

Аннотация

В монографии на основе уголовного и уголовно-процессуального законодательства РФ, широкого использования материалов опубликованной и неопубликованной правоприменительной практики, решений ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ подвергнуты углубленному изучению сущность категории «доказательств», основные виды и формы посягательств на доказательственную информацию и доказательства со стороны профессиональных и непрофессиональных участников производства по уголовным делам. Проведенный анализ позволил разработать систему правовых, организационных и криминалистических средств защиты доказательств на отдельных стадиях уголовного судопроизводства, обосновать необходимость внесения ряда изменений в соответствующие отраслевые законодательства.

Существенное внимание уделено структурированию отдельных тактических операций, направленных на предупреждение посягательств на доказательственную информацию и доказательства и нейтрализацию последствий таковых посягательств, прикладным рекомендациям по их планированию и осуществлению. Издание рассчитано на сотрудников правоохранительных органов, суда, адвокатов, ученых в области уголовного права, процесса и криминалистики, студентов-юристов всех уровней обучения.

Содержание

Введение	6
Глава 1. Доказательственная информация и доказательства как объект защиты в уголовном судопроизводстве	13
§ 1. От уголовно-релевантной информации к доказательствам (сущность и атрибутивные признаки уголовно-процессуального доказательства)	13
§ 2. Общая характеристика посягательств на доказательственную информацию и доказательства как «соучастия после факта»	56
Глава 2. Уголовно-правовые средства защиты доказательств и проблемных совершенствований	70
§ 1. Уголовно-правовой анализ отдельных видов противоправных посягательств на доказательственную информацию и доказательства	70
Конец ознакомительного фрагмента.	122

О. Я. Баев
Защита доказательств
в уголовном
судопроизводстве
Монография



ebooks@prospekt.org

Введение

Очевидно не соответствующее ожиданиям общества и государства качество раскрытия и расследования преступлений, судебного по ним производства, увы, есть реалья современной правоохранительной практики.

Данное утверждение основано не только на мнениях лиц, в том или ином качестве вовлекаемых в этот процесс, – свидетелей, пострадавших от преступных посягательств, и в отношении которых осуществляется уголовное преследование, и т. д. О том же неопровержимо свидетельствуют и обобщенные результаты анкетирования экспертов – самих профессиональных участников уголовного судопроизводства¹.

В частности, их оценка качества структурообразующего звена всего уголовного судопроизводства – уголовного преследования, иными словами, деятельности следователей, прокуроров, возбуждающих государственное обвинение и поддерживающих его в суде, наглядно отражена в следующей таблице.

Ваше мнение о качестве уголовного преследования	Следователи	Про
— Выявление и обнаружение преступлений	4,55	5,14
— Раскрытие преступлений	3,55	4,57
— Предварительное расследование преступлений	5,65	5,71
— Возбуждение государственного	4,45	6,29

Вряд ли эти результаты требуют дополнительных комментариев.

Тут же, однако, «утешим»: подобная оценка обществом и экспертами качества досудебного (да и судебного) производства по уголовным делам (и это социально и психологически во многом объяснимо) практически постоянна. А потому углубленное изучение феномена качества уголовного судопроизводства есть также постоянная – и не только профессиональная, но и социальная – потребность².

Данная проблема, несомненно, носит методологический характер, что в первую очередь требует определения гносеологической специфики следственной деятельности как «сердцевины», основы всего осуществляемого по уголовным делам уголовного преследования (именно в этой связи речь в настоящей работе будет идти преимущественно о деятельности по раскрытию и расследованию преступлений). Лишь с учетом таковых особенностей возможна выработка обоснованных рекомендаций по повышению качества уголовного преследования в целом.

1. Составляющее ядро этой деятельности – доказывание осуществляется лишь уполномоченными на то субъектами – следователем, прокурором (другими должностными лицами, круг которых четко определен уголовно-процессуальным законом) и в строго определенные данным законом сроки.

2. Доказывание осуществляется посредством формирования следователем допустимых и относимых доказательств,

их проверки и оценки; проверка доказательств производится путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ; далее везде для краткости – УПК). Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела (ст. 88 УПК).

Говоря об этом, нельзя не обратить внимания на то, что в ряде ситуаций рациональная деятельность следователя по доказыванию существенно затрудняется в силу организационно-технических (назовем их так) условий ее осуществления.

К примеру, следователь, поделившийся в 2008 г. опытом расследования одного убийства, пишет, что в том в районе Хабаровского края, в котором он работает, на площади в 96 тыс. кв. км проживают 2,5 тыс. человек; в районном центре нет судебно-медицинского эксперта, эксперта-криминалиста, экспертных учреждений, адвокатов. Отсутствует также врач соответствующей квалификации, которого можно было бы привлечь в качестве специалиста для первоначального исследования трупа.

«Для судебно-медицинского исследования вызывается эксперт из краевого центра, и прибывает он, – меланхолич-

но уточняет следователь, – как правило, через месяц после обнаружения трупа»³.

3. Вся следственная деятельность, и в первую очередь доказывание в ней, как правило и чаще всего, осуществляется в условиях скрытого и открытого, опосредованного и непосредственного противодействия со стороны субъектов (лиц, сообществ, организаций и т. д.), имеющих иные, чем у следователя, интересы в досудебном производстве по уголовному делу.

В подтверждение этого достаточно сослаться лишь на то, что «каждый год, по данным ВНИИ МВД, в России свидетелями тяжких преступлений становятся более 11 миллионов человек. Из них около 2,5 миллиона (каждый четвертый! – *Авт.*) в ходе судебных заседаний из-за боязни мести со стороны обвиняемых резко меняют свои показания. По официальной статистике, ежегодно в России гибнут или исчезают от пяти до восьми свидетелей преступлений»⁴.

Более того, в судопроизводстве о преступлениях некоторых отдельных видов эти показатели еще более впечатляющие. Так, обобщенные мнения прокуроров, поддерживающих государственное обвинение по делам об изнасилованиях, свидетельствуют, что в суде показаний, данных на предварительном следствии, придерживаются только 4 % подсудимых, 18 % потерпевших и 14 % свидетелей, меняют частично – 56 %, 73 % и 74 %, отказываются от ранее данных

показаний 40 %, 9 % и 12 % соответственно⁵.

Все эти негативные «трансформации» есть результаты, как правило, противоправного воздействия на уголовно-релевантную информацию и на доказательства, на их источники со стороны лиц и сообществ, имеющих свои, противоположные, чем у следователя, интересы в уголовном деле, в осуществляемом им уголовном преследовании.

Это внешние угрозы для доказательств.

Нельзя также не учитывать, что далеко не исключением являются факты, когда сами сотрудники правоохранительных органов либо используют противоправные способы при работе с уголовно-релевантной информацией, либо не соблюдают при ее извлечении процессуальный порядок производства соответствующих следственных действий. И в том и другом случае сформированные на этой основе доказательства теряют свое значение и априори являются недопустимыми для использования в доказывании. Увы, также не единичны случаи, когда следователями доказательства фальсифицируются в прямом значении этого понятия.

Это угрозы для доказательств (по нашей классификации) внутренние.

Все это – реальное существование таких угроз, их, к сожалению, закономерный характер для практики уголовного судопроизводства⁶, с логической на то неизбежностью определяют необходимость защиты формируемых и уже сформированных доказательств от внутренних и внешних на

них посягательств не только на стадии расследования преступлений, но и на протяжении всего уголовного судопроизводства⁷.

Исследованию этих проблем, обоснованию и формулированию законодательных предложений, организационных и собственно тактических рекомендаций по защите доказательственной информации и доказательств в уголовном судопроизводстве и посвящена настоящая работа.

Глава 1. Доказательственная информация и доказательства как объект защиты в уголовном судопроизводстве

§ 1. От уголовно-релевантной информации к доказательствам (сущность и атрибутивные признаки уголовно-процессуального доказательства)

Доказывание есть центральная системообразующая часть судопроизводства любого вида – административного, гражданского, уголовного и т. д. Это правовая аксиома, нашедшая свое выражение, в частности, в широко известном высказывании И. Бентама⁸ о том, что «...искусство судопроизводства, в сущности, есть не что иное, как искусство пользоваться доказательствами»⁹.

Такой же правовой аксиомой является то, что производится доказывание посредством вовлечения в судопроизвод-

ство 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.

В самом общем смысле (а любое исследование 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 (сразу, в контексте нашего последующего исследования, 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 выведения следствия»¹⁰.

Иными словами, лишь на основе аргументов, облеченных в соответствующую, присущую определенному виду судопроизводства форму, осуществляется в нем познание значимых для разрешения дела фактов и обстоятельств.

В то же время процессуальное законодательство в каждой области судопроизводства исходя из приведенного выше общенаучного определения «доказательства» вкладывает в него свое содержание.

К примеру, ст. 55 ГПК РФ устанавливает, что доказательствами в гражданском процессе «являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела».

Статья 64 Арбитражного процессуального кодекса РФ гласит: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном настоящим Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела».

Практически так же определяется сущность доказательств в административном судопроизводстве. В нем доказательствами признаются «полученные в предусмотренном настоящим Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обос-

новывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения административного дела» (ст. 59 Кодекса административного судопроизводства РФ 2015 г.).

УПК, регламентирующий порядок уголовного судопроизводства (а именно оно является объектом нашего исследования), презумирует, что доказательствами в нем являются любые сведения, полученные субъектами доказывания из установленных данным законом источников (ст. 74 УПК)¹¹.

Сразу оговоримся: проблемы доказательств в уголовном судопроизводстве, судебно-уголовных доказательств, как именовал их во второй половине XIX века В. Д. Спасович¹², – одни из «вечных» в науках криминального цикла (в первую очередь, естественно, в уголовном процессе и криминалистике). И потому в этой работе мы даже не рискуем сколь-либо углубленно включаться в непрерывные дискуссии по многим их аспектам. Мы также не будем касаться определенных разночтений в приведенных законах в том, *что* есть доказательства: «сведения о фактах», «фактические данные», «любые сведения». Мы лишь в пределах, обусловливаемых самим контекстом данного исследования, попытаемся обосновать свое видение доказательств и их атрибутивных свойств как предмета защиты в уголовном судопроизводстве.

Начнем с констатации того, что судебно-уголовные дока-

зательства сами по себе не возникают, они «ни в природе, ни в обществе в готовом виде не существуют»¹³.

Как, на первый взгляд, ни парадоксально это звучит, даже следы – не в бытовом, а в криминалистическом значении этого понятия, сами по себе не существуют. В результате совершения преступления – и это убедительно обосновано материалистической гносеологией¹⁴, как взаимодействия объектов (а любое криминальное деяние есть взаимодействие между собой, как минимум, двух 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»¹⁵.

Сразу скажем, эту позицию разделяют и большинство со-

временных криминалистов¹⁶.

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-релевантную¹⁷, ее он вычленяет из последствий и следствий преступления, осознает, что она является следом преступления¹⁸.

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 криминалистики 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 сделать такое отступление:

– со времен Каина и Авеля на местах преступлений всегда оставались отпечатки пальцев рук;

– с момента возникновения огнестрельного оружия на использованных боеприпасах (ядрах, пулях) всегда оставались трасологические отражения особенностей внутреннего ка-

нала ствола;

– всегда микрочастицы с 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 основы дактилоскопии, судебной баллистики, так называемой «экспертизы наложения» (исследования микрочастиц веществ и материалов) и не были созданы соответствующие методики исследования этих результатов отражения, они не представляли интереса для следователей, были «вещью в себе», хотя, естественно, возникали и существовали объективно.

По мере того как криминалистика не только осознает значимость отдельных результатов такого отражения для расследования преступлений, но и создает методики извлечения (обнаружения, фиксации), исследования и использования возникающей информации, эта ее часть осмысливается как следы преступления. Именно их и будет целенаправленно искать, а затем «перерабатывать» (изымать, исследовать и т. д.) следователь.

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 доказы-

вании.

С удовлетворением отмечаем, что эта концепция, ранее сформулированная нами в работе «Основы криминалистики», в настоящее время разделяется и другими авторами. Так, например, на ее основе Н. И. Малыхина пришла к выводу, что следами лица, совершившего преступление, «являются любые материальные изменения и идеальные отображения, возникшие в связи с совершенным преступлением или причинно с ним связанные, содержащие информацию о биологических, психологических и социальных свойствах человека, применительно к которой имеется научно обоснованная методология ее обнаружения, извлечения, исследования, оценки и использования в расследовании преступлений»¹⁹.

Процесс осознания криминалистического значения все большей части объективно возникающей информации перманентно поступателен.

Характерным примером этого 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 ка-

чества следа, осознана в теории и практике как криминалистическая следовая информация.

На этом, в частности, 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 телефона. Созданы оригинальные, повышено практически значимые методические разработки по проведению диагностических и идентификационных исследований текстов переписки по электронной почте и в социальных сетях²⁰. В этой связи заметим, что высказываемая отдельными учеными мысль о целесообразности создания «цифровой» криминалистики, всецело посвященной средствам и методам выявления и исследования следов этого вида, представляется нам весьма перспективной²¹.

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

Но уголовно-релевантная информация, следы преступления еще не являются судебными доказательствами. Это

единственная и непременная основа, генезис того, что ч. 1 ст. 86 УПК именуется «собираем доказательств», которое «осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Учитывая эту 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)»²².

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»²³.

В этой связи скажем: нам представляется далеко не точным, если не сказать более, методологически ущербным, некорректным определение сущности основного операционного понятия, с которым действующий уголовно-процессу-

альный закон связывает процесс доказывания по уголовному делу: «Доказывание состоит в *собрании*, 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»²⁴.

В современном русском языке синонимами к понятию «собирать» признаются слова «сосредотачивать, концентрировать, нагонять, стягивать»²⁵.

Следовательно, собирать можно 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.

Нам представляется в высшей степени неубедительным следующее мнение Е. А. Зайцевой и А. И Садовского. Соглашаясь с тем, «доказательства в принципе не собираются, так как в природе они сами по себе не существуют, а приобретают статус благодаря познавательного-удостоверительным актам следователя, дознавателя, суда», они 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 «фабрикованию» доказательств. [...]. Именно данный аспект объясняет устойчивое и последовательное использование законодателем термина «собрание» применительно к доказательствам, несмотря на его неточность и определенную некорректность»²⁶.

Вряд ли верно считать правоприменителей, имеющих соответствующее юридическое образование (а именно на них в первую очередь рассчитан уголовно-процессуальный закон как минимум в части, устанавливающей порядок доказывания) его «неискушенными пользователями». Да и «фабрикование доказательств» (а такие факты, действительно, имеют место в следственной практике) объясняется причинами, в принципе не обусловливаемыми используемой законом терминологией.

Более того, использование законодателем понятия «формирование доказательств», думается нам, повысило бы для следователя осознанную необходимость неукоснительного соблюдения процессуальной формы этой деятельности.

Доказательственная информация, не облеченная в соответствующую уголовно-процессуальную форму, предназначенную для ее извлечения, – «вещь в себе», и какой бы значимой сама по себе она ни была, непосредственно для дока-

звания по уголовному делу использоваться не может, она недопустима для использования в этом процессе.

И потому *доказательства по уголовному делу не собираются, а формируются надлежащим субъектом доказывания*²⁷.

Также полагают и многие другие специалисты в области уголовного процесса. Подытоживая их мнения, С. Б. Россинский обоснованно считает, что «термин «формирование доказательств» является более логичным, чем используемый в настоящее время законодателем термин «собрание доказательств»»²⁸.

На данную проблему мы обращаем особое внимание; в контексте нашего исследования она носит далеко не «чисто» лингвистический характер. *Защита доказательств начинается со стадии их формирования – облечения уголовно-релевантной информации в соответствующую ей процессуальную форму.*

Таким образом, любое уголовно-процессуальное доказательство есть информация об объекте исследования (в нашем случае, об уголовно-релевантных фактах и обстоятельствах), отвечающая в первую очередь свойству (атрибутивному признаку) допустимости: формой своего облечения, допустимой для использования в этом качестве для доказывания в уголовном процессе.

Иными словами, сколь бы значима и достоверна ни была имеющаяся в распоряжении следователя уголовно-релевант-

ная информация, если она не собрана надлежащим субъектом доказывания и не облечена в строго предписываемую законом процессуальную форму, она не есть доказательство.

В этом, по сути своей, воплощается в судопроизводстве в целом, и в доказывании в нем в частности, диалектическая категория единства содержания и формы. Как известно, не существует содержания без формы; «форма лишена всякой ценности, – писал К. Маркс, – если она не есть форма содержания»²⁹.

Под формой в диалектическом материализме понимаются способы внутренней организации предмета или явления и способы его существования. Таким образом, здесь отражен объективный характер двойственности формы, в которую может облекаться содержание предмета или явления. С одной стороны, любое содержание имеет внутреннюю форму, под которой понимаются способы внутренней организации предмета или явления³⁰. С другой стороны, предмет или явление облекаются во внешнюю форму, выражающую способы их существования. Но эта форма, в свою очередь, имеет свое содержание, она содержательна. «В такое обобщенное понятие внешней формы, – отмечает Е. В. Дмитриев, – до известной степени вводит и понимание формы как «вида», «разновидности» некоторого предмета или процесса»³¹.

Экстраполируя этот методологически важный тезис на предмет нашего исследования, скажем, что форма, в которой

осуществляется формирование доказательств в уголовном деле, безусловно – и без каких-либо сомнений в том, содержательна. Сказанное относится как к установленным законом источникам формирования доказательств, так – и в такой же степени, к общим правилам производства следственных действий, порядку и тактике осуществления отдельных из них, требованиям к протоколам следственных действий³².

Являясь формой, лишь соблюдение которой делает отраженные в ней относимые для доказывания сведения доказательствами, эти предписания отражают содержание воли законодателя, признавшего их оптимальными для уголовно-процессуального исследования преступлений всех видов во всех мыслимых ситуациях его осуществления.

Тут же заметим, что сказанное отнюдь ни в малейшей степени не означает отсутствия необходимости постоянного совершенствования действующего процессуального закона, в том числе и оптимизации формы осуществления доказывания по уголовным делам. Об этом с очевидностью свидетельствуют даже сами наименования ряда монографий, посвященных данным проблемам³³.

В тоже время формы содержания многогранны. По одному и тому же содержанию они определяются, как правило, неоднозначно, оно может существовать в различных формах.

Будем реалистами: необходимость строжайшего соблюдения процессуальной формы при формировании доказа-

тельств в ряде случаев ограничивает возможности вовлечения в уголовный процесс значительной содержательной части уголовно-релевантной информации.

Ярким примером этого является то, что значительную часть информации, имеющейся в распоряжении сотрудников оперативно-разыскных служб, в силу специфики способов и условий ее получения не представляется возможным использовать в уголовно-процессуальном доказывании. Как известно, ст. 89 УПК однозначно запрещает использование в нем результатов оперативно-разыскной деятельности, «если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом».

А потому, формируя доказательства, следователь (другой надлежащий субъект доказывания по уголовному делу) в первую очередь должен быть формалистом в прямом и точном значении этого понятия.

На этой проблеме, в силу ее несомненной и повышенной значимости в контексте нашего исследования, следует остановиться несколько подробнее.

Давно известно, что «формализма оказывается слишком много для стороны, действующей недобросовестно, потому, что он ее стесняет, и наоборот, его слишком мало для честного человека, которого он защищает, его сложность, а также порожденная им медлительность и издержки представляются ценой, которой каждый покупает свою свободу и обеспечивает свое добро»³⁴.

Мы сочли необходимым привести это широко цитируемое в процессуальной литературе высказывание классика философии и социологии лишь потому, что некоторое время тому назад в статье, опубликованной в академическом правовом издании, мы встретились с таким утверждением:

«Уголовное судопроизводство в силу своего консерватизма и уязвимости относится недоверчиво к сведениям, установленным в рамках иной деятельности (в данном случае имеется в виду оперативно-разыскная деятельность. – Авт.). Так происходит потому, что в сознании юриста существует уверенность, что одно лишь соблюдение формы может обеспечить достоверность результата... и потому большинству людей, по слабости духа, необходимо «объективное обоснование», на которое можно опереться. Когда-то это была «воля богов», сейчас – норма (форма) закона»³⁵.

На эти слова, свидетельствующие о вульгарно-нигилистическом отношении их автора к закону, можно было бы не обращать внимания, если бы... не их опасность. Увы, данное мнение может быть расценено как «теоретическое» обоснование соответствующего отношения к закону значительного числа практических работников уголовной юстиции, продолжающих считать право и закон, как писал Ю. О. Домбровский (имевший «счастье» испытать все достоинства «правосудия» советского периода нашей страны на себе), «факультетом ненужных вещей – наукой о формальностях, бумажках и процедурах»³⁶.

«Именно в области уголовного права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан», – писал еще в начале прошлого века И. Я. Фойницкий³⁷.

«История свободы, – спустя столетие совершенно уместно практически повторяет это принципиальное положение А. В. Смирнов, – это история процессуальных гарантий»³⁸.

Человечество за всю свою многовековую и зачастую трагическую «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму: *лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой, минимально необходимой и возможной гарантией защиты человека, его прав и свобод от репрессивного механизма государства.*

Из сказанного выше очевидно, что создание – не соби- рание (!), а формирование уголовно-процессуальных доказа- тельств – «дело рук» лишь следователя (других субъек- тов доказывания в производстве по уголовным делам). Все другие лица, в том или ином качестве вовлекаемые в орби- ту уголовного судопроизводства и в нем участвующие, мо- гут лишь представлять следователю/другому субъекту дока- зывания уголовно-релевантные, по их мнению, имеющиеся в их распоряжении сведения, предметы, документы и дру- гие материальные объекты, но отнюдь не формировать до-

казательства в уголовно-процессуальном значении этого понятия.

Особого рассмотрения для последующего изучения проблемы защиты доказательств требует вопрос о допустимости доказательств, добытых на основании другого доказательства, сформированного, однако, с нарушением закона.

По принятому в уголовно-процессуальной теории метафоричному выражению, такие доказательства являются «плодами отравленного дерева». А потому, по мнению многих специалистов, они не могут использоваться в процессе доказывания³⁹. «“Отравленное дерево”, – разъясняет этот принцип К. И. Сулягин, – дает “отравленные плоды”; получение доказательств на основе информации, почерпнутой из недопустимого доказательства, делает их недопустимыми»⁴⁰.

Нам представляется, что дать однозначный ответ на поставленный выше вопрос о допустимости использования в уголовно-процессуальном доказывании «плодов отравленного дерева» крайне сложно.

С одной стороны, мы убеждены, что результаты вербальных следственных действий, направленных на проверку и исследование сведений, вовлеченных в уголовный процесс в качестве доказательств, сформированных недопустимым для того образом, есть «отравленные плоды». К таковым следует отнести, к примеру, результаты проверки показаний подозреваемого/обвиняемого, полученных в результате при-

нуждения к их даче или с другими нарушениями закона, на месте; результаты очных ставок этого лица с другими фигурантами по делу.

Таковыми же недопустимыми доказательствами являются и результаты экспертных исследований материальных объектов, обнаружение и изъятие которых, особо это подчеркнем, было осуществлено с нарушением требований к тому действующего уголовно-процессуального закона.

Более того, ряд радикальных адептов этой концепции, в частности, П. А. Лупинская, считала (приводится по статье К. И. Сулягина), что «если исходить из того, что показания обвиняемого, данные в отсутствие защитника, недопустимы, так как они ставят под сомнение их добровольность, а следовательно, дают основание считать, что обвиняемый под принуждением давал показания против себя самого, указав место, где спрятаны похищенные вещи, то недопустимым доказательством являются и протокол проверки показаний на месте, и обнаруженные там вещественные доказательства».

Внешняя правовая респектабельность этой теории сомнений вызвать не может.

Однако, с другой стороны, можно ли признавать а priori недопустимыми доказательства, опосредующие в этом качестве материальные объекты, информация о наличии и месте нахождения которых содержалась в ранее сформированном, но недопустимом доказательстве и из него следовала? При чем опосредующие эти объекты в качестве доказательства

исключительно в предусмотренной процессуальной форме, в установленном порядке производства соответствующего следственного действия и надлежащим субъектом доказывания!

Приведем пример из следственной практики (отметим, что он далеко не исключительный).

Будучи доставленным оперативными сотрудниками в РО-ВД для «беседы», З. не только сознался в раскрываемом ими разбойном нападении, но и сообщил о совершенном ранее убийстве незнакомого ему человека, труп которого закопал в лесу, расположенном недалеко от места нападения на потерпевшего от разбойного нападения (написав о том явку с повинной).

Оперативным сотрудником (ненадлежащим субъектом доказывания по делу!) с участием назначенного ему защитника З. тут же был допрошен в качестве подозреваемого, дав детальные показания как об обстоятельствах раскрываемого преступления, так и о совершенном им убийстве, и собственноручно составил схему места сокрытия трупа потерпевшего.

На следующий день – на который следователь запланировал повторный допрос З. и проверку его показаний на месте, подозреваемый в присутствии защитника, с которым его родственниками было заключено соглашение, от своих «признательных» показаний полностью отказался, объяснил, что дал их в результате применения к нему оператив-

ными сотрудниками физического насилия, и совместно с защитником потребовал своего медицинского обследования. Его проведением было установлено наличие на теле З. многочисленных ушибов, других телесных повреждений, в том числе ожогов, возникших (по объяснению З.) от сигарет, которые оперативные сотрудники, добываясь от него признания, тушили на его теле (по данному факту в отношении сотрудников полиции впоследствии было возбуждено самостоятельное уголовное дело).

Тем не менее, используя ранее составленную З. схему места сокрытия им трупа, следователь произвел осмотр места происшествия, в ходе которого труп с очевидными следами насильственной смерти был обнаружен.

Расследование уголовного дела, возбужденного в этой связи по признакам ч. 2 ст. 105 УК (ранее это преступление оставалось латентным), в дальнейшем было приостановлено в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

Нет ни малейших сомнений в том, что в данном случае «признательные» показания З. – доказательство недопустимое, использовать его в доказывании невозможно, как говорят, по определению.

Но, по глубокому нашему убеждению, было бы исключительным ханжеством признавать недопустимым доказательство в виде обнаружения трупа при осмотре следователем места происшествия, произведенного на основе ин-

формации, содержащейся в (вновь подчеркнем, недопустимых) показаниях З., без наличия которой (будем реалистами!) оно установлено не могло быть. Если довести рассматриваемую ситуацию до парадокса, в этой связи можно поставить под сомнение и обоснованность самого возбуждения по данному факту уголовного дела, ибо основания для производства осмотра места происшествия были получены из недопустимого источника.

Показания З. недопустимы, недопустима ссылка на них в каких-либо процессуальных документах, составляемых как в ходе доказывания, так и по его результатам, они поистине «плоды отравленного дерева».

Но, думается нам, «плоды отравленного дерева», как о том писали еще в 1973 г. авторы фундаментальной «Теории доказательств в советском уголовном процессе», «...в некоторых случаях могут использоваться подобно оперативной информации в качестве своего рода «указателя» направления расследования и местонахождения доказательств»⁴¹.

Тут же оговоримся: с учетом направленности всего нашего исследования, рассматривая проблему «плодов отравленного дерева», мы условно абстрагируемся от дискуссии о так называемой «асимметрии доказательств» – возможности использования стороной защиты доказательств, сформированных с нарушением процессуальной формы.

Но, помимо допустимости, есть также еще один обязательный атрибутивный признак доказательства в уголовном

процессе – относимость.

Относимость как атрибутивный признак уголовно-судебного доказательства заключается в том, что содержащаяся в нем информация свидетельствует о наличии объективной связи полученных сведений с обстоятельствами, подлежащими доказыванию (а также иными обстоятельствами, имеющими значение для уголовного дела). По сути, такое понимание данного признака всецело вытекает из приведенной выше самой законодательной конструкции доказательства как сведений, *устанавливающих* наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Доказательство есть не просто любые сведения, облеченные в соответствующую процессуальную форму, но сведения, лишь относящиеся, значимые для установления указанных обстоятельств, сведения, к этому процессу относимые.

Наиболее точное из известных нам определений этого атрибутивного признака доказательства, думается, сформулировано в «Федеральных правилах о доказательствах Соединенных Штатов Америки»: «“Относимым доказательством” признается доказательство, делающее вероятность существования любого факта, являющегося важным для разрешения дела, большей или меньшей, относительно той, которая была бы без этого доказательства»⁴².

Установление того, что выявляемые в ходе следственного

действия сведения являются относимыми, имеющими указанное значение для расследуемого дела, – задача зачастую далеко не легкая. Они в ряде случаев могут быть и умышленно сфальсифицированы (об этом как о виде посягательств на доказательства будет подробнее говориться далее), но иногда могут возникать по совершенно иным причинам.

Так, еще Ганс Гросс вспоминал случаи, «в которых С. С. (судебный следователь. – *Авт.*) описывал с самой педантичной тщательностью положение трупа и приходил к остроумнейшим заключениям, как вдруг при дальнейшем расследовании оказывалось, что труп до прибытия С. С. был перевернут и оставлен в этом положении посторонними любопытными лицами. В одном же деле на предварительном следствии большое значение при осмотре трупа придано было найденному на трупе пиджаку, но затем выяснилось, что пиджак был накинут на труп для того, чтобы избавить прохожих от страшного вида раздробленного черепа»⁴³.

Известный криминалист Н. И. Порубов в книге своих воспоминаний описывает случай, когда при повторном осмотре места убийства была обнаружена страница из журнала «Работница». В результате большой и кропотливой работы по проверке всех подписчиков этого журнала в районе, где было совершено преступление, было установлено, что этот лист вырван из журнала, получаемого в доме участкового уполномоченного милиции. Будучи в определенной степени заподозренным к причастности к совершению данного преступ-

ления, тот при допросе вспомнил, что в день обнаружения трупа перед выездом на место этого убийства он завернул кусок сала в бумагу, для чего вырвал лист из какого-то журнала, находившегося на этажерке. По дороге он съел сало, а когда вытаскивал труп, вытер бумагой руки и бросил под ноги⁴⁴.

Говоря об этом признаке доказательства, следует обратить внимание на определенную его диалектичность. С одной стороны, этот признак объективен. Но с другой, ряд имеющих в распоряжении следователя к началу расследования (и получаемых в ходе расследования) сведений, облеченных им в надлежащую процессуальную форму, в форму доказательств, в дальнейшем вполне, на его взгляд, могут утратить свойство относимости к делу. Особенно это характерно для доказательств, сформированных в ходе проверки следователем версий о причастности к совершению преступления тех или иных лиц, участие которых в преступлении в результате расследования не подтвердилось (или однозначно опровергнуто).

В этой связи можно согласиться с мнением Р. В. Костенко, что эти доказательства являются относимыми для их использования при принятии процессуальных решений в отношении этих лиц (об отмене избранной меры пресечения, постановления о прекращении уголовного преследования)⁴⁵.

Но однако в дальнейшем ни следователь в обоснование своего итогового решения по делу (в обвинительном заклю-

чении, постановлении о прекращении уголовного дела), ни рассматривающий уголовное дело по существу суд к ним обращаться не будут; эти доказательства утратили для них свойство относимости к делу. И напротив, если принятые этими субъектами доказывания по делу решения будут в надлежащем порядке отменены, то не исключено, что данные доказательства могут вновь приобрести значение относимых доказательств.

Скажем, уголовное преследование в отношении некоего лица прекращено в связи с наличием у него алиби, но после отмены этого решения следователя в ходе дополнительного расследования данное алиби опровергнуто, а потому ранее сформированные доказательства причастности этого лица к преступлению вновь приобретают характер относимости к делу.

Сказанное в очередной раз подтверждает то, что доказательством в уголовном деле являются любые относимые сведения, полученные из предусмотренных УПК источников, отраженные в протоколе следственного действия, зафиксировавшем факт, ход и результаты его производства.

Поэтому некорректным следует признать, когда при анализе доказательств зачастую эти параметры смешиваются, используются далеко не точно.

К примеру, по мнению автора одного обвинительного заключения, «доказательствами, подтверждающими обвинение Е. в совершении инкриминированного ему преступле-

ния, являются: [...]

– протокол осмотра места происшествия от 21.04.2014, согласно которому... (т. 1 л. д. 23–29);

– протокол допроса потерпевшего Р. от 04.06.2014, согласно которому (т. 1 л. д. 195–198);

– протокол предъявления лица для опознания от 09.06.2014, согласно которому Р. опознал мужчину под № 2 — Е. (т. 1 л. д. 199–202)».

Более точно с уголовно-процессуальной точки зрения, было бы сформулировать эти приведенные доказательства таким образом:

– место происшествия, при осмотре которого было установлено... (т. л. д.);

– показания потерпевшего Р. от, в которых допрашиваемый сообщил, что... (т. л. д.);

– опознание потерпевшим Р. среди предъявленных ему лиц подозреваемого Е. (т. л. д.)⁴⁶.

Значительно более сложной представляется проблема включения в атрибуцию уголовно-процессуального доказательства такого имеющего повышенное значение для всей проблемы защиты доказательств признака, как его достоверность.

Видимо, исходя из того, что уголовно-процессуальный закон указывает, что «каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости и достоверности» (ч. 1 ст. 88 УПК), многие процессуалисты в его ат-

рибутивные признаки, помимо вкратце обозначенных выше свойств относимости и допустимости, включают достоверность содержащейся в доказательстве информации.

«Если, – пишет, например, по этому поводу В. В. Трухачев, – доказательственная информация, хотя бы полученная в порядке и из источников, предусмотренных законом, необъективна, т. е. противоречит комплексу информации, достоверность которой по делу установлена, она не может рассматриваться в качестве доказательства»⁴⁷.

Не думаем, что это утверждение обоснованно, хотя бы потому, что оно, в сущности, противоречит законодательному определению доказательств. Вновь напомним, что соответствие со ст. 74 УПК доказательствами являются «любые сведения», которые получены из указанных в этой же статье источников. Таким образом, закон не включает (и, думаем мы, совершенно обоснованно) в это понятие в качестве необходимого (атрибутивного) его признака достоверность заложенной в доказательстве информации.

Скажем, ложные показания свидетеля, которые он дал при допросе, проведенном без каких-либо отступлений от процессуального порядка производства данного следственного действия, есть «полноценное» доказательство, однако требующее от следователя/суда оценки их достоверности.

«Только после того как допустимость отдельного доказательства установлена, – пишет известный израильский правовед А. Барак, – можно определять, насколько оно весо-

мо»⁴⁸.

В следственной и судебной практике известны уголовные дела, по которым многочисленные свидетели дают заведомо ложные показания в интересах, чаще всего, обвиняемого/подсудимого. В то же время достоверными являются показания единственного потерпевшего.

Наиболее яркими примерами, в контексте нашего исследования, могут служить уголовные дела по фактам превышения служебных полномочий сотрудниками правоохранительных органов, когда обвинительным и, подчеркнем, достоверным показаниям потерпевшего противостоят противоположные показания многочисленных коллег обвиняемого.

Не менее, а скорее более распространены факты дачи ложных показаний в результате подкупа и принуждения к тому со стороны заинтересованных в исходе дела лиц (либо по иным личным мотивам)⁴⁹.

Недостоверным может оказаться и доказательство, ранее сформированное в результате проведенной судебной экспертизы – когда, к примеру, повторная экспертиза (назначенная по основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 207 УПК) придет к выводам о необоснованности заключения экспертизы первоначальной, т. е. признает его недостоверным.

Мы уже не говорим об использовании следователями в доказывании сфальсифицированных ими доказательств, иными словами, доказательств a priori недостоверных.

Р. В. Костенко свою позицию в ведущейся по рассматриваемой нами проблеме дискуссии сформулировал следующим образом: «Признание доказательств достоверными не означает их трактовку как фактов реальной действительности, достоверных в силу своей объективной природы и существующих независимо от познавательной человеческой деятельности. Достоверность уголовно-процессуальных доказательств необходимо рассматривать как гносеологическую категорию. Это означает, что вывод кого-либо из субъектов, ведущих процесс, о достоверности определенного доказательства не исключает иной оценки тех же сведений другим субъектом на том же этапе доказательственной деятельности»⁵⁰.

Нет сомнений в научной корректности этих утверждений (так же считают А. Б. Соловьев и ряд других ученых), за исключением одной детали. Что же могут столь различно оценивать (и зачастую оценивают) субъекты, осуществляющие доказывание и участвующие в нем? Столь различно они оценивают не что иное, как *уже существующие*, сформированные надлежащим субъектом в надлежащей для того процессуальной форме *доказательства*.

И потому, считает А. В. Смирнов, «...достоверность указанных сведений не является необходимым признаком доказательства; они еще подлежат проверке и исследованию судом и сторонами и могут быть оценены иначе... Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сде-

лан лишь при окончательной (итоговой) оценке определенной совокупности доказательств»»⁵¹.

Так же полагает и А. В. Победкин: «Признание за сведением о факте наличие свойств относимости и допустимости (т. е. появление доказательства) свидетельствует о возможности оценки этого сведения на его достоверность»⁵².

Этой же точки зрения придерживаются и многие другие специалисты в области судебного доказывания. «Нельзя считать доказательством только достоверные знания о событиях реальной действительности, – пишет, например, А. С. Рубис, – так как достоверность их должна быть предварительно доказана». В то же время, – замечает далее автор, – «средства, с помощью которых она может быть установлена, не могут быть ничем иным, как доказательствами по уголовному делу»⁵³, поэтому «сведения о фактах, полученные в установленном законом порядке и имеющие логическую связь с предметом доказывания, считаются доказательствами независимо от того, достоверны они или нет»⁵⁴.

Мы присоединяемся к приведенным выше мнениям (с полной убежденностью в их правоте) о том, что *достоверность не есть атрибутивное (обязательное) свойство уголовно-процессуального доказательства*.

Нам представляется, что *о достоверности сформированного следователем доказательства (относимых уголовно-релевантных сведений, облеченных в соответствующую*

процессуальную форму) можно вести речь лишь в контексте оценки качества этого доказательства.

По В. И. Далю, «качество» есть «свойство или принадлежность, все, что составляет сущность лица или вещи»⁵⁵.

В современном русском языке это понятие определяется, как:

1) существенный признак, свойство, отличающее один предмет от другого;

2) степень достоинства, ценности, пригодности вещи, действия и т. п., соответствия тому, какими они должны быть⁵⁶.

С позиций гносеологии «качество» – это существенная определенность предмета, явления, процесса, в силу которой он является данным, а не иным предметом, явлением или процессом⁵⁷.

Международная организация по стандартизации (ИСО – ISO) лаконично определила качество (в интерпретации А. Д. Шадрина) как «степень, с которой совокупность собственных отличительных свойств (характеристик) выполняет потребности или ожидания заинтересованных сторон, которые установлены, обычно предполагаются, или являются обязательными»⁵⁸.

В то же время каждый качественно определенный объект, в свою очередь, с логической и психологической неизбежностью оценивается с точки зрения качества его самого каждым потребителем этого объекта – индивидуумом, группой

людей, всем обществом (в зависимости от значимости объекта для них)⁵⁹.

Если прибегнуть к достаточно грубой аналогии, нет сомнений, что «Ока» и «Мерседес» есть по своим атрибутивным признакам автомашины, к тому и другому автомобилю всецело относится это понятие. Отличаются они между собой «лишь» одним – качеством, и с этой позиции они и оцениваются (и оцениваются различно!) как потребителями, так и обществом⁶⁰.

Так же, по сути своей, обстоит дело и с уголовно-процессуальными доказательствами. Достоверность, иными словами, качество сформированного доказательства по конкретному делу исследуется, проверяется, оценивается экспертами – каждым субъектом доказывания, другими лицами, в нем участвующими, как указано в ст. 87 УПК, «путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство». Чем более убедительно доказательство подтверждает (или опровергает) исследуемый по делу факт или обстоятельство, тем лучше, «выше» его качество.

Именно с этих позиций и в теории, и в практике доказывания оценивается, например, значимость прямых, производных, косвенных, вещественных и личных доказательств (к примеру: обоснованное заключение идентификационной су-

дебной экспертизы, очевидно, является более достоверным по своему качеству доказательством, чем противоречащие ее выводам показания свидетелей и т. д.). Заметим тут же, что эта проблема актуальна не только для принятия итоговых процессуальных решений, но и для решений, носящих прогностический характер (таких, например, как об избрании меры пресечения и определения ее вида, отстранения обвиняемого от должности, наличия оснований для производства обыска в жилище или ином помещении и т. п.).

Несколько эпатажный слоган (иначе расценить его вряд ли возможно) А. С. Александрова: «Информация глупа, пока аргументатор не наполнит ее энергией своего дискурса», сопровождается совершенно верным замечанием о том, что сторона обвинения должна предоставлять доказательства в форме, «исключающей разумные, неустранимые сомнения у судьи (присяжного) в достоверности предоставленных доказательств виновности подсудимого»⁶¹.

Особое внимание в контексте этой части данного исследования обратим на следующее.

На протяжении судопроизводства по конкретным уголовным делам качество отдельных доказательств зачастую претерпевает существенные метаморфозы: подозреваемый/обвиняемый по тем или иным причинам отказывается от ранее данных, на взгляд субъекта доказывания – достоверных, «признательных» показаний о совершении инкриминируемого ему преступления; изменяют свои ранее данные «каче-

ственные» показания свидетели, а в ряде случаев и потерпевшие (например, последний впоследствии станет утверждать, что он допустил ошибку при опознании им подозреваемого).

А потому с уверенностью можно утверждать, что качество сформированного следователем допустимого и относимого доказательства нуждается в своей защите, в том числе (и об этом будет говориться подробнее далее) в защите «предвосхищающей» (к примеру, вовлеченное в судопроизводство лицо свои, представляющиеся достоверными, качественными показания еще не изменило, но вероятность этого не исключена).

Существующие правовые механизмы, по верному замечанию С. Б. Россинского (предупреждение свидетеля, потерпевшего или эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний/заклЮчения и т. д.), «лишь частные гарантии достоверности доказательств и не позволяют в полной мере исключить попадание в уголовное дело недостоверных сведений. Поэтому основными гарантиями достоверности доказательств продолжают служить личные качества субъектов доказывания, в частности, профессионализм, мастерство, высокая степень ответственности и правосознания. А современные достижения в области криминалистической науки, (как, на наш взгляд, излишне оптимистично сообщает С. Б. Россинский. – *Авт.*) вооружают дознавателей, следователей, прокуроров и судей таким арсеналом технических средств и тактических рекомендаций, ко-

которые в своей совокупности и при наличии вышеназванных качеств позволяют максимально снизить получение недостоверных доказательств»⁶².

Качество всей системы допустимых и относимых доказательств субъект доказывания оценивает в принимаемом им итоговом процессуальном решении «по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью» (ст. 17 УПК).

В то же время качество каждого доказательства и всей системы допустимых и относимых доказательств может оцениваться представителями участвующих в уголовном процессе сторон различно исходя из своих профессиональных и личных в нем интересов.

К примеру, защитник обвиняемого/подсудимого, не признающего свою причастность к совершению инкриминируемого ему преступления, в силу своей процессуальной функции просто обязан изыскивать основания, ставящие под сомнение достоверность изобличающих его подзащитного доказательств, и достаточность всей их совокупности для вывода о доказанности виновности последнего.

Далеко не исключено и возникновение в этом отношении коллизий между представителями одной стороны. Скажем, прокурор, оценив качество исследованных в суде доказательств, пришел к решению о необходимости полного или частичного отказа от поддержания государственного об-

винения; потерпевший с этой позицией принципиально не согласен. И напротив, потерпевший не убежден в достоверности доказательств, на основании совокупности которых прокурор поддерживает государственное обвинение против подсудимого, и т. п.

Заметим, что самая экстремальная из таковых коллизий между представителями одной стороны в уголовном процессе возникает в случаях, когда прокурор заключает досудебное соглашение с обвиняемым, даже не ставя о том в известность потерпевшего (не говоря уже о выяснении его отношения к возможности заключения с этим лицом такого соглашения)⁶³.

Основываясь на вышеизложенных принципах, в конечном счете, качество каждого доказательства и доказывания в целом оценивается судом в обвинительном приговоре (с возможными изменениями относительно обвинения, по которому подсудимый предан суду) или приговоре оправдательном, вступившим в законную силу. Либо как законный паллиатив – в решении судьи о возвращении уголовного дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом (в том числе, согласно последним изменениям в ст. 237 УПК, и для «поворота к худшему» относительно ранее предъявленного подсудимому обвинения).

Логично возникает вопрос: что доказывают некачественные уголовно-процессуальные доказательства, т. е. полученные из надлежащих источников и облеченные в надлежащую

процессуальную форму относимые к делу, но содержательно недостоверные сведения?

Напрашивающийся в этой связи вывод, что недостоверные доказательства ничего не доказывают, а потому признаваться доказательствами в принципе не могут, не учитывает специфики доказывания именно уголовно-процессуального, а не просто как инструмента познания в других областях знания и практики (в них недостоверные доказательства просто отвергаются, далее не используются). Такие доказательства, вновь повторим, после их допустимого формирования, в материалах уголовного дела существуют уже объективно, желает или не желает того субъект доказывания. Как недостоверные они этим субъектом по указанным выше принципам лишь оцениваются.

Более того, практика доказывания и правоприменения в уголовном судопроизводстве изобилует примерами, когда в итоге достоверными (качественными) доказательствами надлежащими субъектами доказывания признаются те из них, которые ранее, также надлежащими субъектами доказывания, оценивались диаметрально противоположно – как доказательства недостоверные.

В контексте темы нашего исследования наиболее характерными примерами этого могут являться дела, возбуждаемые по заявлениям о принуждении их к даче показаний: многие из них на стадии предварительного расследования прекращаются по причине признания показаний заявителя

недостовверными, не подтвержденными другими доказатель-ствами; по части из таких дел после отмены постановлений об их прекращении в результате проведенных исследований следователи приходят к выводу о том, что показания заявителей являются достоверными, а собранные доказательства в своей совокупности – достаточными для предъявления обвинения лицу, принуждавшему заявителя к даче показаний.

Из всего сказанного выше о сущности уголовно-процессуального доказательства и его обязательных (атрибутивных) признаков (свойств) и качестве самого доказательства в контексте темы нашего исследования следуют такие принципиально важные выводы:

1. Доказательствами в уголовном деле являются полученные из надлежащего источника, облеченные в соответствующую процессуальную форму сведения, устанавливающие наличие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по нему, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

2. Чтобы исключить возможность использования сформированного доказательства в процессе доказывания по уголовному делу, достаточно лишить его одного из указанных выше признаков – относимости или допустимости.

3. Чтобы придать искаженной или полностью вымышленной заинтересованными в исходе уголовного

дела лицами информации значимость уголовно-процессуального доказательства, достаточно обосновать ее относимость к исследуемому факту и облечь ее (обусловить необходимость для субъекта доказывания такового облечения) в форму, предусмотренную уголовно-процессуальным законом для формирования соответствующего доказательства.

4. Качество (достоверность) каждого доказательства оценивается субъектом доказывания по закону, своему внутреннему убеждению и совести в результате сопоставления его с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

По нашему разумению, данные выводы в своей системе не только обуславливают основные направления доказывания по уголовному делу, от стадии формирования доказательств в допустимом для того процессуальном виде, установления относимости содержащейся в них уголовно-релевантной информации к исследуемым по делу фактам и обстоятельствам, до обеспечения самого качества каждого доказательства – его достоверности.

Они определяют как основные направления защиты уголовно-релевантной информации как при формировании доказательств, так и качества уже сформированных доказа-

тельств от возможных (вкратце обозначенных выше) внутренних и внешних посягательств на них, и, как их результата, искажений в процессе уголовного судопроизводства.

При этом (обратим на то особое внимание) посягательства на доказательственную информацию возможны до начала производства по уголовному делу, а в его процессе – заинтересованными в том лицами, не уполномоченными на формирование доказательств; на доказательства – лишь после начала их формирования надлежащим субъектом уголовно-процессуальной деятельности⁶⁴.

Небольшая, но, думается нам, необходимая здесь ремарка: в русском языке термин «посягательство» является синонимом понятия «покушение»⁶⁵. В самом общем уголовно-правовом смысле это понятие означает «совершение действий, способных лишить потерпевшего жизни»⁶⁶.

Уголовный закон использует понятие «посягательство» при конструировании диспозиции трех преступлений: посягательство на жизнь государственного или общественно-го деятеля (ст. 277 УК); посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст. 295 УК); посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа (ст. 317 УК). Как правило, такие посягательства совершаются (субъективная сторона этих преступлений) с целью прекращения или воспрепятствования законной деятельности потерпевшего⁶⁷.

Нам представляется, что понятие «посягательство» более точно, четко и резко отражает сущность покушений на доказательства, их социальную и правоприменительную опасность, чем известные по литературе словосочетания «преступное воздействие», «противоправное воздействие» на эти объекты.

С учетом того, что до настоящего времени мы в литературе не встречали предлагаемого подхода к проблемам манипулирования доказательствами, позволим себе определить посягательство на доказательственную информацию и доказательства в производстве по уголовному делу следующим образом:

Посягательства на доказательственную информацию/доказательства есть воздействия заинтересованных лиц на эти объекты, направленные на их уничтожение, сокрытие или искажение с целью обеспечения необходимости принятия противостоящей стороной (следователем, судом и т. д.) уголовно-процессуальных решений, удовлетворяющих интересам субъектов, таковое воздействие осуществляющих.

§ 2. Общая характеристика посягательств на доказательственную информацию и доказательства как «соучастия после факта»

Из сказанного выше о сущности и атрибутивных признаках уголовно-процессуального доказательства с очевидностью следует, что доказательственная информация и доказательства в гносеологическом отношении соотносятся между собой как общее и частное (особенное).

В основу разграничения между собой различных видов и форм посягательств на доказательственную информацию и доказательства, по нашему убеждению, в первую очередь должна быть положена цель, которую ставят перед собой лица, учиняющие такие деяния. Этот посыл нам представляется аксиоматичным, ибо, как издавна известно, именно она – поставленная перед собой субъектом деятельности цель – как закон предопределяет все возможные виды, формы, средства и способы ее достижения⁶⁸.

Общая цель субъекта, посягающего на доказательственную информацию/доказательства, сформулирована нами в предложенном выше определении этого понятия.

Если говорить об этой проблеме несколько подробнее, а без этого дальнейшее наше исследование становится беспредметным, то, видимо, для того следует основываться на так называемой дихотомии целей.

Дихотомическое деление обозначает деление объема понятия на два класса, исчерпывающих весь объем делимого понятия; оно «исключает ошибки, возможные в политике (деление по видоизменению основания); члены деления в ней исчерпывают объем делимого понятия и всегда исключают друг друга как понятия противоречащие; невозможна здесь и подмена основания деления (поскольку происходит не видоизменение родового признака, а лишь утверждение и отрицание видового)... члены деления остаются на одном уровне общности»⁶⁹.

Использование этого приема классификации объектов позволит упорядочить цели посягательств на доказательства, что, в свою очередь, предопределит возможности углубленного изучения отдельных видов осуществления этой деятельности и средств, для того применяемых. И, как следствие, позволит предложить некие обоснованные рекомендации по противодействию противоправным посягательствам на доказательственную информацию/доказательства и нейтрализации их последствий.

Дихотомическое разделение целей посягательства на доказательственную информацию и доказательства позволяет классифицировать их следующим образом.

1. Соккрытие факта совершения преступления – создание доказательств о факте совершения преступления неизвестным лицом (лицами).

2. Соккрытие факта совершения преступления определенным лицом – создание доказательств о совершении преступления определенным лицом.

3. Соккрытие факта совершения преступления определенным лицом при отягчающих обстоятельствах – создание доказательств о совершении преступления определенным лицом при обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, либо при смягчающих обстоятельствах.

Посягательства на доказательственную информацию и (или) на доказательства как попытки (удавшиеся или неудавшиеся) со стороны заинтересованного лица (группы лиц, организации) достижения той или иной из названных целей могут быть осуществлены в одном из следующих направлений (или в нескольких из них в системе; в данном месте нашей работы эти направления будут прокомментированы исключительно лишь в иллюстративном плане, раскрывающем в самом кратком виде их сущность):

а) уничтожение доказательства (доказательственной информации) в целом. Примерами такого направления посягательств на доказательственную информацию/доказательства являются физическое уничтожение предметов, на которых в результате совершения преступления возникли материальные следы, уничтожение материалов уголовного дела ⁷⁰

и (как самый экстремальный вид посягательства на эти объекты, с которым, увы, сталкивается следственная и судебная практика) ликвидация носителей идеальной информации;

б) сокрытие доказательственной информации/доказательства. Диапазон посягательств на доказательства в этом направлении также весьма обширен: от сокрытия уголовно-релевантных предметов, обнаруженных на месте происшествия, потенциальных свидетелей и потерпевших от возможности их допроса и т. п. до сокрытия адвокатом (с точки зрения закона и адвокатской этики, вполне допустимого) имеющейся у него информации, изобличающей его подзащитного;

в) лишение доказательства свойства относимости или (и) допустимости. Говоря об этом направлении посягательств на доказательства, мы имеем в виду не только вполне правомерную (во всяком случае, ненаказуемую) деятельность подозреваемых, обвиняемых, их адвокатов по «опорочиванию» этих свойств сформированных следователем доказательств, но и самих следователей. Практика показывает, что в ряде случаев, и чаще всего из коррупционных соображений, следователи формируют их так, чтобы в дальнейшем суд был вынужден признать эти доказательства не соответствующими условиям их относимости и/или допустимости;

г) трансформирование доказательства, придание ему значимости, удовлетворяющей указанным выше интересам лица, оказывающего противодействие противостоящей сторо-

не в форме посягательства на доказательства/доказательственную информацию. Это, пожалуй, наиболее распространенное направление посягательств на доказательства. Цель таких посягательств (как, в принципе, и любое другое посягательство на информацию, учиняемое во всех иных областях жизни общества⁷¹) состоит в лишении доказательственной информации свойства целостности – ее существования в неискаженном виде, неизменном по отношению к ранее фиксированному ее состоянию.

В уголовном же судопроизводстве это обозначает, как правило, изменение допрошенными лицами ранее данных ими показаний, и с этими фактами как следственная, так и судебная практика сталкивается все чаще и чаще (статистические данные и результаты опросов в этом отношении приводились нами во введении);

д) прямое или косвенное обозначение доказательственной значимости искусственно сконструированной информации, ее нахождения на определенных, реально не носящих ее материальных/идеальных объектах (что обусловит возможность или необходимость формирования на ее основе соответствующего доказательства).

Примеры таких фальсификаций издавна известны криминалистам: от подбрасывания на место происшествия предметов, носящих следы определенного человека, до принуждения лиц к ложному оговору или самоговору, даче заведомо ложных показаний, в которых подтверждается алиби

подозреваемого/обвиняемого, и/или объясняющих обстоятельства расследуемого события в желаемой заинтересованному лицу интерпретации.

Наиболее сложным для выявления и расследования видам такого рода посягательств на доказательства является, думается, создание заинтересованным лицом (лицами) инсценировок, когда уголовно-релевантная, доказательственная информация искусственно создается заинтересованными в том лицами⁷².

При этом в зависимости от цели, поставленной перед собой «инсценировщиком», это может быть инсценировка как непроступного события (что на практике встречается чаще), так и преступления (от инсценировки изнасилования, разбойного нападения и т. п. преступных насильственных деяний до уголовно наказуемой инсценировки получения должностным лицом взятки или коммерческого подкупа)⁷³.

Мотивация выделенных и всех других форм и видов посягательств на доказательственную информацию достаточно очевидна и, если говорить вкратце, ее можно свести к одному тезису: личная, прямая или опосредованная заинтересованность в исходе судопроизводства по уголовному делу либо в своем в нем участии.

Именно эта причина является генезисом практически всех рассматриваемых ниже деяний. Ясно, что наиболее характерна она для тех из них, которые, если так можно выразиться, наиболее «кровно» в том заинтересованы. Ими же,

что также очевидно, в первую очередь являются лица, в отношении которых осуществляется уголовное преследование, т. е. подозреваемый и/или обвиняемый в совершении преступления, и которые таким образом делают попытки (не скроем, в ряде случаев удачные) скрыть или преуменьшить свою причастность к совершению расследуемого преступления.

Эта же мотивация движет при посягательствах на доказательственную информацию и близких к подозреваемому/обвиняемому лиц, а также в тех случаях, когда эти деяния совершаются по корпоративным и некоторым другим причинам, о которых будет говориться далее.

Нет сомнений и в том, что свои личные, материальные и нематериальные, интересы в уголовном деле имеет и потерпевший, и гражданский истец, разумеется, чаще всего «с противоположным знаком влияния» по отношению к интересам подозреваемого/обвиняемого.

Однако далеко не единичны случаи, когда в результате оказанного на них воздействия со стороны лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, и его представителей и по другим сугубо личным мотивам интересы этих непрофессиональных участников уголовного процесса трансформируются.

В любом случае, с целью удовлетворения своих интересов, они также являются субъектами возможных и самых разнообразных посягательств на доказательственную

информацию.

Сразу оговоримся, что некоторые из далее рассматриваемых видов таких посягательств на доказательственную информацию могут совершаться и по иным причинам. Характерными примерами этого являются случаи отказа от дачи показаний свидетелями или дача ими ложных показаний по мотиву нежелания быть вовлеченными в процесс судопроизводства (эта же причина зачастую лежит в основе недонесения о преступлении, проблема которого будет также рассмотрена нами далее).

И здесь, до начала исследования включаемых в данный параграф нашей работы отдельных видов посягательств на доказательственную информацию, на наш взгляд, уместно следующее, довольно пространное, быть может, несколько еретическое с точки зрения ортодоксального уголовного права отступление.

Нам думается, что все они могут быть расценены как *соучастие после факта преступления*.

Заметим, что возможность рассмотрения таких деяний как вида соучастия в преступлении обсуждалась со времен Римской империи. В римском праве они определялись или как вид соучастия, или как особое преступление, именуемое *crimen extraordinarium*. В уголовном законодательстве дореволюционной России, как об этом писал, например, ординарный профессор Киевского университета св. Владимира Л. С. Белогриц-Котляревский, они выделялись как особый

тип совиновничества, отличный от соучастия в узком смысле этого понятия, но находящийся с ним в органической связи⁷⁴.

В современном уголовном праве зарубежных стран, в частности США, понятие и институт «соучастия после факта» как уголовно-наказуемого соучастия после совершения преступления разработан весьма детально.

Приведем два раскрывающих его сущность положения:

– если лицо оказывало помощь исполнителю или пособнику с целью воспрепятствования его поимке, осуждению или отбытию наказания за совершенную фелонию (в современном англо-американском уголовном праве – всякое тяжкое преступление. – *Авт.*), то оно является пособником после факта совершения преступления;

– соучастием после факта также является «укрывательство лица, совершившего преступление, предупреждение его о возможном обнаружении или аресте, во избежание обнаружения или ареста обеспечение его транспортом, деньгами или другими средствами, *сокрытие, изменение или уничтожение доказательств, которые могут помочь обнаружению, аресту или предъявлению обвинения против него* (выделено нами. – *Авт.*), оказание ему помощи в сохранении добытого в результате преступления или получении выгод от этого, а также другие действия, совершаемые с намерением воспрепятствовать обнаружению, аресту или преданию суду лица, которое, как известно обвиняемому, совершило или

предположительно совершило такое преступление, либо которое в связи с этим разыскивается правоохранительными органами»⁷⁵.

Таким образом, под *соучастием после факта мы предлагаем понимать противоправные умышленные действия лиц, не являющихся соучастниками преступления в смысле, придаваемом этому понятию ст. 33 УК РФ (далее везде – УК), направленные на удовлетворение своих и других лиц интересов в отношении осуществляемого по делу уголовного преследования.*

Так же – как «соучастие после факта» – следует классифицировать и большинство других из числа рассматриваемых далее преступлений, посягающих на доказательственную информацию и/или доказательства (уничтожающих, скрывающих, искажающих ее, придающих искусственно сконструированной информации ложную доказательственную значимость, и т. п.), совершаемых сотрудниками правоохранительных органов.

Нам представляется, что если бы и отечественное законодательство в соответствующем контексте использовало понятие «соучастие после факта совершения преступления», то это не только более точно отражало содержание таких противоправных деяний (сущности различных форм уже опосредованных уголовным законом прикосновенности к преступлению). Оно и подчеркивало бы их повышенную социальную опасность, большинство из которых (повторим)

являются посягательствами на доказательственную информацию и/или доказательства, а потому, возможно, психологически предупреждало бы отдельных лиц от совершения этих преступлений.

Конечно же, каждое уголовное дело, каждое расследование – процесс сугубо индивидуальный, в каждом из них невозможно обойтись без принятия решений на основе субъективного усмотрения соответствующих правоприменителей; к уголовному судопроизводству таблица умножения не применима. Но при этом усмотрение может и должно реализовываться исключительно в рамках закона – закона уголовного и закона уголовно-процессуального⁷⁶.

А потому анализ наиболее распространенных видов «соучастия после факта», предусмотренных действующим уголовным законодательством, следует начать с изучения их правовых проблем, что находится, по нашему разумению, в прямом контексте с темой всего нашего исследования и предопределено необходимостью оптимизации в первую очередь правового механизма защиты доказательств в области уголовного судопроизводства.

Сразу оговоримся: процессуальная составляющая этого правового механизма есть основа собственно тактической деятельности соответствующих субъектов по защите доказательств, реализуемая исключительно в рамках процессуальной компетенции каждого из них путем производства предусмотренных уголовно-процессуальным законом дей-

ствий (с привлечением для этого в случае необходимости в установленном порядке результатов деятельности оперативно-розыскной). В этой связи большинство процессуально-правовых норм, направленных на защиту доказательств, будет нами рассматриваться и анализироваться далее, при освещении проблем тактических операций по защите доказательств.

Как уже отмечалось ранее, есть в целом две разновидности угроз для доказательственной информации и формируемых на ее основе уголовно-процессуальных доказательств – внутренние и внешние. Тут же обратим внимание на то, что эта классификация достаточно условна: и те и другие угрозы могут исходить как от «частных лиц», заинтересованных в определенном исходе осуществляемого по делу уголовного преследования, так и от должностных лиц, таковое преследование осуществляющих; в то же время одни из рассматриваемых ниже угроз чаще всего – тем более, с учетом очевидных, на наш взгляд, недостатков в редакциях отдельных уголовно-правовых норм – наиболее часто реализуются первыми из названных субъектов, другие – могут быть актуализированы и первыми, и вторыми.

Так, к примеру, фальсификация доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности может быть осуществлена лишь сотрудниками правоохранительных органов. Принуждение к даче ложных показаний – «дело» рук «частных» лиц. Провокация взятки либо коммерческого

подкупа может быть организована и сотрудниками правоохранительных органов, и «частными» лицами (в том числе, и по обоюдному плану) и т. д.

Наиболее распространенными противоправными посягательствами на доказательственную информацию и доказательства (которые в этой связи будут подробно анализироваться далее) являются следующие.

Противоправные виды посягательств на доказательственную информацию и доказательства

Фальсификация
доказательств
и результатов оперативно-
разыскной деятельности
(ст. 303 УК)

Принуждение к даче
показаний (ст. 302/286 УК)

Провокация взятки либо
коммерческого подкупа
(ст. 304 УК)

ДОКАЗАТЕЛЬСТВО
ДОКАЗЫВАЮЩИЙ

Глава 2. Уголовно-правовые средства защиты доказательств и проблемных совершенствования

§ 1. Уголовно-правовой анализ отдельных видов противоправных посягательств на доказательственную информацию и доказательства

1.1. Фальсификация доказательств; проблемы уголовной ответственности за умышленное уничтожение материалов уголовного дела

Из числа внутренних угроз, доказательственная информация и доказательства от которых нуждаются в защите, нам представляется необходимым в первую очередь остановиться на таком их виде, как фальсификация доказательств профессиональными участниками уголовного судопроизводства.

Самостоятельная уголовная ответственность за этот вид посягательств на доказательства была впервые установлена в

УК РФ 1986 г.; ранее лица, учинявшие фальсификацию доказательств, несли ответственность как за злоупотребление служебным положением или за должностной подлог, что, думается, существенно нивелировало повышенную социальную опасность этой разновидности противоправных посягательств на правосудие.

В то же время в своей первоначальной редакции ст. 303 УК не предусматривала ответственности за фальсификацию результатов оперативно – разыскной деятельности.

Это обстоятельство позволило Ю. П. Гармаеву в свое время сформулировать следующее, на наш взгляд, несколько парадоксальное предположение: в соответствии с ч. 2 ст. 50 Конституции РФ не могут быть положены в основу обвинения *доказательства, полученные с нарушением закона*, а в ходе и по результатам ОРД доказательства *не получают* (они формируются только в рамках процессуальных действий по возбужденному уголовному делу). Следовательно, нарушения закона об ОРД не должны с необходимостью повлечь недопустимость использования результатов ОРД в процессе доказывания⁷⁷, а потому, если логически в контексте нашего исследования продолжить мысль данного автора, фальсификация результатов оперативно-разыскных действий как самостоятельное преступление против правосудия не наказуемо.

Так, действительно, в полном соответствии с ранее действующей редакцией ст. 303 УК не были признаны субъ-

ектами фальсификации доказательств сотрудники оперативно-разыскной службы в следующем случае.

При судебном рассмотрении уголовного дела по обвинению главврача одной из больниц г. Воронежа Б. в получении им в мае 2008 г. взятки в размере 1 млн. рублей за оформление документов, дающих Т. право на отчуждение земельного участка, находящегося в бессрочном пользовании больницы, были бесспорно установлены такие факты фальсификаций, сопровождающих производство ОРД:

а) постановление о производстве в отношении Б. оперативного эксперимента было утверждено начальником ГУВД после фактического его проведения; дата его утверждения была впоследствии исправлена на дату проведения эксперимента;

б) подпись взяткодателя Т. в протоколе выдачи им сотрудникам УБОП диктофона с записанной его беседы с Б. выполнена не им;

в) подписи представителей общественности, якобы принимавших участие в проведении отдельных ОРМ, выполнены не этими лицами;

г) протокол о выдаче Т. 1 млн. рублей для передачи им в качестве взятки Б., находящийся в уголовном деле, содержательно отличен от – якобы, его копии, предоставленной в числе других материалов в суд для обоснования необходимости применения к Б. меры пресечения в виде содержания под стражей; в этом документе – в противоречие с докумен-

том, имеющимся в уголовном деле, указано, что деньги для передачи взятки Б. принадлежат не Т., а УБОП;

д) подлинники аудио- и видеозаписей, на которых с помощью технических средств были зафиксированы процесс и результаты отдельных ОРМ, сотрудниками УБОП в суд не предоставлены, по их сообщениям, утеряны⁷⁸.

В связи с установлением этих фактов фальсификаций Воронежский областной суд, рассматривавший уголовное дело по обвинению Б. по существу, совершенно обоснованно признал все результаты ОРД по нему и производные от них доказательства недопустимыми для доказывания вины подсудимого.

В конечном счете, в отношении Б. судом был постановлен оправдательный приговор, обоснованность которого по результатам рассмотрения кассационного представления, внесенного государственным обвинителем, была подтверждена Верховным Судом РФ.

В кассационном определении Верховный Суд, в частности, отметил: «Суд обоснованно указал в приговоре, что из предоставленных оперативных материалов видны нарушения требований ст. 5 Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности». В деле отсутствуют доказательства того, что до обращения Т. у органа, проводившего оперативно-разыскное мероприятие, были основания подозревать Б. в получении взяток. Оперативно-разыскной орган не ограничился пассивным фиксированием предполагаемой

преступной деятельности Б., а инициировал проведение оперативно-разыскного мероприятия с участием Т., хотя ничто не предполагало, что деяние было бы совершено без его вмешательства.

Кроме того, суд установил фальсификацию при составлении процессуальных документов; незаконное решение судьбы вещественных доказательств до вынесения приговора суда, вопреки требованиям ст. 82 УПК РФ»⁷⁹.

Значимость результатов оперативно-разыскной деятельности, которые, как известно, все более широко и активно используются в уголовно-процессуальном доказывании, зачастую определяя его исход (в том числе, увы, и при их фальсификации), повлекла необходимость криминализации фальсификации и этих посягательств на доказательственную информацию (тем самым разрешив дилемму, сформулированную Ю. П. Гармаевым).

В настоящее время диспозиции ст. 303 УК РФ сформулирована следующим образом.

Статья 303. Фальсификация доказательств и результатов оперативно-разыскной деятельности (в ред. Федерально-го закона от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ).

1. Фальсификация доказательств по гражданскому делу лицом, участвующим в деле, или его представителем наказуется...

2. Фальсификация доказательств по уголовному делу лицом, производящим дознание, следователем, прокурором

или защитником наказывается...

3. Фальсификация доказательств по уголовному делу о тяжком или об особо тяжком преступлении, а равно фальсификация доказательств, повлекшая тяжкие последствия, наказывается...

4. Фальсификация результатов оперативно-разыскной деятельности лицом, уполномоченным на проведение оперативно-разыскных мероприятий, в целях уголовного преследования лица, заведомо непричастного к совершению преступления, либо в целях причинения вреда чести, достоинству и деловой репутации наказывается... (Часть 4 введена Федеральным законом от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ.)

При анализе приведенных диспозиций ч. 2 и 3 данной статьи⁸⁰ тут же возникает теоретически и (это главное) практически важный вопрос: не смешиваются ли в них достаточно подробно рассмотренные выше понятия «доказательственная» информация и «доказательства»? Обоснованный ответ на него, заметим это сразу, важен и для последующего анализа диспозиции ч. 3 ст. 306 УК, опосредующей уголовную ответственность за ложный донос, соединенный с искусственным созданием доказательств обвинения.

Как уже неоднократно говорилось, в уголовно-процессуальном праве категория доказательств означает не только любые сведения, на основе которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также имею-

щих для него значение. Они должны быть получены лишь из источников, исчерпывающий перечень которых определен уголовно-процессуальным законом (ст. 74 УПК РФ) и надлежащими субъектами доказывания по уголовному делу. В противном случае эти сведения *a priori* не могут обрести статус доказательств по уголовному делу.

И вот здесь возникает как минимум следующая проблема, связанная с оперированием законодателем в указанной уголовно-правовой норме понятием доказательства, имеющего (вновь обратим на то особое внимание) отчетливый и очевидный уголовно-процессуальный характер.

По нашему убеждению, законодатель при создании рассматриваемой уголовно-правовой нормы категорию «доказательство» интерпретировал не в юридическом, а в сугубо «бытовом» смысле этого слова.

Как защитник, указанный в диспозиции ст. 303 УК в качестве возможного субъекта фальсификации доказательств, но который тем не менее самостоятельным субъектом самого формирования доказательств, как минимум в настоящее время и в реалиях действующего УПК, не является, может сфальсифицировать доказательства?

Здесь логически возникает вопрос о самом понятии фальсификации доказательств.

Сфальсифицировать в узком смысле слова можно уже сформированное, уже существующее доказательство; во всяком случае, такая фальсификация возможна не ранее на-

чала процесса его формирования компетентным на то субъектом доказывания⁸¹.

Именно так понимается фальсификация доказательств и в судебной практике. «По смыслу ст. 303 УК РФ, – разъяснил Верховный Суд РФ в кассационном определении по конкретному уголовному делу, – под фальсификацией доказательств понимается искусственное создание или уничтожение доказательств в пользу обвиняемого или потерпевшего»⁸².

Когда же речь идет о подделывании относимых к уголовному делу объектов до начала формирования на их основе доказательств (в том числе получения и протоколирования показаний свидетелей, потерпевших, подозреваемых и обвиняемых), говорить об этом как о фальсификации самих доказательств в их уголовно-процессуальном значении терминологически неверно.

К примеру, адвокат убедил (не будем здесь касаться, каким образом) знакомого своего подзащитного ложно подтвердить алиби последнего. Объяснение опрошенного лица он предоставил следователю с ходатайством об его допросе в качестве свидетеля.

Очевидно, что, несмотря на все известные и активные дискуссии о праве защитника на собирание доказательств, в реалиях действующего УПК соответствующее доказательство будет сформировано лишь единственным образом: допросом опрошенного адвокатом лица следователем и фик-

сацией его показаний в протоколе допроса.

Аналогично этому только после фиксации показаний допрошенного в суде по ходатайству защитника заявленного им ранее неизвестного свидетеля в протоколе судебного заседания будет сформировано соответствующее доказательство.

Это наше мнение всецело соответствует и позиции Верховного Суда РФ, о чем наглядно свидетельствует приводимое ниже его Кассационное определение по конкретному уголовному делу.

«...Обосновывая вину К. в совершении преступления, предусмотренного ст. 303 ч. 3 УК РФ, суд в приговоре указал, что К., являющийся адвокатом Л., заведомо зная, что последний совершил похищение А., которому удалось убежать, с целью оказания помощи Л. путем фальсификации доказательств по уголовному делу, пришел в дом, где находился потерпевший А. Там, представившись работником прокуратуры, введя в заблуждение А., продиктовал ему заявление в адрес органов правосудия, где искажил обстоятельства совершенного Л. преступления. Затем предоставил следователю Чекалину, расследующему уголовное дело в отношении Л., сделанную лично им ксерокопию заявления А. и заявил ходатайство о приобщении к уголовному делу этого заявления, т. е. сфальсифицированного им доказательства в форме иного документа.

Между тем ксерокопия заявления А., имеющаяся в деле,

которую получил осужденный К., являющийся в то время адвокатом Л., не может быть признана доказательством по делу.

Согласно ст. 84 УПК РФ, к иным документам относятся материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или предоставленные в порядке, установленном ст. 86 УПК РФ.

В соответствии со ст. 86 УПК РФ, защитник вправе собирать доказательства путем [...].

Из смысла ст. 84 и 86 УПК РФ следует, что относимые к делу сведения, полученные защитником в результате опроса частных лиц, изложенные им или опрошенными лицами в письменном виде, нельзя рассматривать в качестве показаний свидетеля или потерпевшего. Они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и поэтому могут рассматриваться в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей, потерпевшего или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу.

Как установлено судом, имеющаяся в деле ксерокопия заявления А. получена К. (являющимся в тот момент защитником Л.) от А. без соблюдения требований уголовно-процессуального закона, необходимых для получения доказательств по делу, и поэтому не может быть признана доказа-

тельством по делу.

Кроме того, следователь Чекалин Т. А., приобщивший ксерокопию заявления к делу, не сверил ее с подлинником заявления и не удостоверил ее подлинность, что также лишило доказательственного значения копию заявления, если бы подлинник и являлся доказательством.

Таким образом, из приведенных данных вытекает, что имеющаяся в деле ксерокопия заявления А., в фальсификации содержания которого признан виновным К., не является доказательством по делу.

Поэтому в действиях К. нет состава преступления.

Поскольку заявление А., полученное К., не является доказательством по делу, каким способом оно было получено и по чьему ходатайству было приобщено к уголовному делу, не имеет никакого значения для решения вопроса о наличии или отсутствии в действиях К. состава преступления»⁸³.

И наконец, приведем выдержку из другого Кассационного определения Верховного Суда РФ, в котором, на наш взгляд, предельно четко сформулирована позиция высшего судебного органа по рассматриваемым здесь проблемам.

«Фальсификация (подделка) означает сознательное искажение предоставляемых доказательств, в данном случае имела место подделка протокола следственных действий. Данное преступление считается оконченным с момента приобщения фальсифицированных доказательств к материалам дела в порядке, установленном процессуальным за-

конодательством»⁸⁴ (выделено нами. – Авт.).

Однако это, без сомнения, не снижает необходимости установления уголовно-правовой ответственности за совершение и таких фальсификаций (в том числе, сокрытия и/или уничтожения уголовно-релевантной, доказательственной информации и ее носителей).

Опосредованным подтверждением обоснованности такого подхода выступает то, что лжесвидетельство, которое, по сути своей, безусловно, есть не что иное, как фальсификация сведений о фактах, не включено в диспозицию ст. 303 УК – это самостоятельный состав преступления.

И это верно, ибо свидетель не является субъектом формирования доказательств. Более того, сказанное относится и к даче ложных показаний экспертом и специалистом, а также к заведомо ложному переводу; эти лица самостоятельно доказательства не формируют, а потому не могут быть признаны субъектами уголовно-наказуемой их фальсификации.

А вот умышленное искажение показаний следователем/дознавателем, зафиксированное в протоколе допроса свидетеля, последним по тем или иным причинам подписанном, так же, как и включение в материалы дела протоколов якобы допрошенных им лиц, есть преступление, именуемое фальсификацией доказательств.

Особую и, по очевидным на то причинам, наиболее опасную разновидность этих посягательств на доказательственную информацию и доказательства представляет собой под-

мена материальных объектов, изымаемых при производстве направленных на их обнаружение следственных действий (осмотра места происшествия, обыска, выемки). Еще более распространены на практике случаи умышленного помещения определенных материальных объектов (боеприпасов, наркотиков и т. д.) на определенное место для их дальнейшего «внезапного обнаружения» в ходе названных следственных действий, также осуществляемые с целью создания доказательств вины определенного лица.

Приведем лишь несколько примеров из правоприменительной практики, достаточно «разведенных» между собой по времени.

Вспоминая широко известное в 60–70 гг. прошлого века уголовное дело о преступлениях «витебского» серийного сексуального маньяка Михасевича, Н. И. Порубов упоминает об одном из его эпизодов, по которому «на месте происшествия были сделаны гипсовые слепки со следов сапог. У подозреваемого изъяли сапоги, с них отлили гипсовые слепки, уничтожив те, которые отлили на месте происшествия, и направили сапоги подозреваемого и слепки с этих сапог эксперту с вопросом: “Не этими ли сапогами оставлены следы?” Конечно, эксперт ответил утвердительно. После этого заключения прокурор дал санкцию на арест, следователь получил от загнутого в угол подозреваемого «признательные» показания, а судья вынес неправосудный приговор»⁸⁵.

Другой пример.

В октябре 2012 г. за кражу был осужден И.

Президиумом Московского городского суда установлено, что оперативные сотрудники подбросили на место происшествия полученные от подозреваемого после совершения преступления объекты с отпечатками его пальцев, добившись после того от И. признания в совершении этой кражи⁸⁶.

В августе 2014 г. Майкопский городской суд признал следователя следственного отдела ОМВД России по городу Ч. виновной по ч. 2 ст. 303 УК РФ (фальсификация доказательств по уголовному делу следователем).

Установлено, что Ч. расследовала уголовное дело по обвинению местного жителя в совершении ряда краж. Для окончания предварительного следствия в кратчайшие сроки она изъяла из дела протоколы допроса шести свидетелей, которые опровергали причастность мужчины к совершению преступлений.

Кроме того, следователь сфальсифицировала протокол допроса одного из свидетелей, якобы указавшего на виновность подсудимого. Затем она приобщила его к материалам дела.

Данные обстоятельства были вскрыты при рассмотрении дела в суде. В результате Майкопским городским судом по ходатайству гособвинителя уголовное дело было возвращено на дополнительное расследование и в последующем прекращено⁸⁷.

В январе 2015 г. в Смоленской области завершено рассле-

дование уголовного дела в отношении бывшего начальника отдела дознания МО МВД России «Вяземский», который с февраля по апрель 2014 г., осуществляя дознание по уголовному делу о грабеже, фактически не проводил необходимые следственные и процессуальные действия. Вместо этого он сфальсифицировал материалы дела, внося в них заведомо ложные сведения о том, что грабеж совершил мужчина, который в действительности скончался задолго до преступления, на основании которых затем вынес постановление о прекращении уголовного дела в связи со смертью подозреваемого⁸⁸.

Здесь мы считаем необходимым напомнить совершенно точные слова М. С. Строговича: «...необходима согласованность уголовно-процессуального и уголовного законодательства – согласованность не только формальная, т. е. в виде отсутствия противоречий между текстами уголовных и уголовно-процессуальных законов, но прежде всего согласованность по существу; требуется единство в разрешении связанных юридических вопросов, единство принципиальной, научной, методологической основы»⁸⁹.

Как видим, в данном случае эта согласованность в принципе нарушена, что и обуславливает насущную необходимость внесения предлагаемых изменений в действующий уголовный закон.

Для разрешения этих проблем нам представляется целесообразным в *диспозициях ч. 2 и 3 ст. 303 УК* слово «доказа-

тельства» дополнить следующими словами: «а также объектов, в дальнейшем использованных в процессе формирования доказательств».

В этом случае, к примеру, диспозиция ч. 2 этой статьи могла бы приобрести такой вид: «Фальсификация доказательств, объектов, в дальнейшем использованных для формирования доказательств, а также совершенная в процессе формирования доказательств по уголовному делу лицом, производящим дознание, следователем, прокурором или защитником».

Во-вторых (и на это уже также неоднократно обращалось внимание в литературе⁹⁰), субъектами фальсификации доказательств, помимо перечисленных в данной статье УК должностных лиц, могут являться и такие профессиональные участники уголовного судопроизводства, как председательствующий в судебном процессе судья и секретарь судебного заседания. Этот вывод основан на том, что исследуемая в суде доказательственная информация приобретает статус доказательств лишь после того, как она будет зафиксирована в протоколе судебного заседания, этими должностными лицами подписанном⁹¹.

Нам в этой связи думается, что действия судьи, осужденного за вынесение заведомо неправосудного приговора в ниже приводимом примере из судебной практики, по сути своей, являлись и фальсификацией доказательств.

Гаврюшев А. В. признан виновным в том, что в период

работы судьей Рыбинского городского суда Ярославской области вынес заведомо неправосудный приговор в отношении Хренова В. А.

...Потерпевший Хренов В. А. в судебном заседании показал, что 23 апреля 1998 г. он был вызван в суд, где судья Гаврюшев в служебном кабинете сообщил о назначенном по ст. 145 ч. 2 УК РСФСР наказании в виде 2 лет 6 месяцев лишения свободы условно и посоветовал больше не попадаться. Судебное заседание не проводилось, никого из участников процесса не было.

...Свидетель Киржакова С. В. последовательно показывала, что по данному делу она в качестве секретаря судебного заседания не участвовала, Хренова не видела и не знает вообще. Одновременно пояснила, что по просьбе Гаврюшева А. В. и под его диктовку по этому делу она написала протокол судебного заседания и отдала осужденному, само дело не оформляла.

...Свидетель Довгобородчик В. Б., председатель Рыбинского городского суда, показал, что к нему пришел Хренов В. А. и рассказал, что к 10 часам его вызвал судья Гаврюшев и зачитал ему в служебном кабинете приговор без проведения судебного заседания. Затем секретарь судебного заседания Киржакова С. В., работавшая с осужденным, подтвердила, что в судебном заседании по делу Хренова она участия не принимала, а протокол судебного заседания ей продиктовал Гаврюшев А. В.

... Из показаний свидетеля Рогова С. П. усматривается, что имеющийся в деле адвокатский ордер № 25099 по делу Хренова В. А. он не получал, в корешке ордера не расписывался и не знает, как этот ордер оказался в деле. Он также показал, что в указанный день он участвовал при рассмотрении дела Потанова, по другим делам в этот день не участвовал, Хренова не знает и никогда не видел.

...Из показаний свидетелей Крылова Л. А. и Окишевой Т. М. следует, что они действительно подписали приговор по делу Хренова В. А., проконтролировать судью как народные заседатели они не могли и по его просьбе подписывали любые документы⁹².

В качестве субъектов фальсификации доказательств могут, на наш взгляд, выступать не только лица, непосредственно формирующие уголовно-процессуальные доказательства, но и оперирующие с доказательствами и доказательственной информацией в силу своих профессиональных обязанностей, в частности, специалисты и эксперты.

Возможности фальсификации доказательств экспертами (специалистами) можно проиллюстрировать следующим достаточно ярким примером из неопубликованной судебной практики (автор настоящей работы по описываемому делу участвовал в качестве защитника подсудимого).

При задержании у К. было изъято более 50 так называемых «чеков». Судебная экспертиза подтвердила, что они содержат в себе наркотические вещества, на основании чего К.

был привлечен к уголовной ответственности за незаконное хранение и сбыт наркотиков по ч. 1 ст. 228 и ч. 1 ст. 228.1 УК.

В судебном заседании возникла необходимость в осмотре вещественных доказательств – приобщенных к делу в этом качестве изъятых у К. «чеков». Подсудимый, по предложению суда, «органолептически» изучив содержимое этих пакетиков, заявил, что... наркотиков в них нет. Назначенная в этой связи повторная судебно-химическая экспертиза пришла к выводу, что исследуемое вещество представляет собой смесь растолченного мела с некоторыми иными ненаркотическими минералами.

Суд был вынужден постановить в отношении К. оправдательный приговор; впоследствии служебная проверка установила, что после проведения первоначальной экспертизы содержимое «чеков» было экспертом сфальсифицировано с целью использования первоначально содержащихся в них наркотиков в личных целях.

И наконец, нельзя не сказать о следующем: зачастую фальсификация доказательств совершается группой лиц, причастных к их формированию и использованию, по предварительному между собой сговору.

К примеру, двое оперативных уполномоченных ОРЧ БЭП, «вступив между собой в преступный сговор, вопреки интересам службы, проявляя личную заинтересованность в виде искусственного создания видимости борьбы со взяточ-

ничеством и с целью повышения статистической отчетности, целенаправленно сфальсифицировали результаты якобы проведенных ими оперативно-разыскных мероприятий и протокол осмотра места происшествия»⁹³.

Нет сомнений, что такой сговор должен расцениваться как квалифицирующий признак этого преступления, указание на который действующий уголовный закон в настоящее время, к сожалению, не содержит.

Обобщая наши предложения (и учитывая предложения других авторов) по совершенствованию уголовно-правовой ответственности за данный вид посягательств на доказательственную информацию и доказательства, мы считаем рациональным *диспозиции ч. 2 и 3 ст. 303 УК изложить в следующей редакции.*

2. Фальсификация доказательств, а равно фальсификация информации, которая в дальнейшем может быть использована для формирования доказательств по уголовному делу, совершенная профессиональным участником уголовного судопроизводства либо лицом, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность...

3. Фальсификация доказательств, информации, которая в дальнейшем может быть использована для формирования доказательств по уголовному делу о тяжком или об особо тяжком преступлении, а равно фальсификация доказательств, повлекшая тяжкие последствия...

Дополнить данную статью частью примерно следующего

содержания:

Те же действия, совершенные группой лиц по предварительному сговору.

И здесь в соответствии с логикой предпринимаемого исследования следует несколько отступить от анализа фальсификации с уголовно-правовых позиций и рассмотреть две «чисто» процессуальные проблемы, имеющие, однако, прямое и непосредственное отношение к правовому механизму ее предупреждения и нейтрализации последствий таковых противоправных деяний.

Первая из них следующая.

Части 6 и 7 ст. 166 УПК, регламентирующей требования, предъявляемые к протоколу любого следственного действия, предписывают:

«6. Протокол предъявляется для ознакомления всем лицам, участвовавшим в следственном действии. При этом указанным лицам разъясняется их право делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены и удостоверены подписями этих лиц.

7. Протокол подписывается следователем и лицами, участвовавшими в следственном действии».

Из этих положений следует, что и следователь, и лица, участвующие в следственном действии, удостоверяют адекватность отражения в протоколе хода и результатов его про-

ведения «в целом», что и подтверждают своими подписями на последней странице этого процессуального акта, чем и завершается его составление («протокол нами прочитан, записано верно, замечаний и дополнений не имеем» – этой фразой и следующей за ней подписью следователя традиционно завершается протокол практически любого следственно-го действия по уголовным делам...)

Из приведенных процессуальных правил, касающихся составления протоколов всех следственных действий, есть лишь одно исключение: ч. 7 и 8 ст. 190 УПК гласят:

«7. В протоколе указываются все лица, участвовавшие в допросе. Каждый из них должен подписать протокол, а также все сделанные к нему дополнения и уточнения.

8. Факт ознакомления с показаниями и правильность их записи допрашиваемое лицо удостоверяет своей подписью в конце протокола. *Допрашиваемое лицо подписывает также каждую страницу протокола*» (выделено нами. – Авт.).

И вот то, что все участники следственного действия заверяют адекватность отражения его процесса и результатов своими подписями лишь на последней странице соответствующего протокола, чревато тем, что следователи имеют возможность по тем или иным мотивам фальсифицировать его содержание, оставляя «в сохранности» последнюю страницу протокола, содержащую, как сказано, подписи лиц, это удостоверяющих. Заметим, что использование для составления протоколов средств компьютерной техники (а в настоя-

щее время протоколы в большинстве случаев изготавливаются именно таким образом) в значительной степени облегчает возможность выполнения их фальсификаций. О распространенности фактов таких фальсификаций, к сожалению, убедительно свидетельствует следственная практика, в том числе и результаты проведенного нами по данной проблеме опроса как самих правоприменителей, так и лиц, в том или ином качестве участвовавших в следственных действиях и своими подписями на последней странице протокола его заверявших.

А потому для предупреждения возможности учинения подобных фальсификаций доказательств (учитывая также изложенные выше требования к протоколу допроса) мы предлагаем ч. 7 ст. 166 УПК изложить в следующей редакции: *«Каждая страница протокола подписывается следователем и лицами, участвовавшими в следственном действии»*.

Вторая процессуальная проблема, обусловленная необходимостью предупреждения фальсификации доказательств, состоит, на наш взгляд, в следующем.

Как известно, изменениями, внесенными в УПК ФЗ от 4 марта 2013 г., предусмотрена обязательность привлечения понятых к производству лишь таких следственных действий, как обыск, выемка электронных носителей информации (в случаях, когда она сопровождается ее копированием), личный обыск, предъявление для опознания. Иными словами, к

производству следственных действий, которые в тех же условиях практически не повторяемы и в тоже время чреватые возможностью нарушения прав и законных интересов лиц, в отношении которых они осуществляются.

Действительно, можно, скажем, после осмотра места происшествия повторно осмотреть изъятые при его производстве объекты, приобщаемые к уголовному делу в качестве вещественных доказательств, повторно произвести ряд других следственных действий – объективность следствия от этого только выиграет.

К примеру, при осмотре места происшествия по делу о контрабанде в салоне осматриваемой автомашины были обнаружены четыре пачки долларов. Три из них были запечатаны, причем на упаковке каждой значилось, что ней содержится 100 купюр по 100 долларов; 1 пачка была распечатана, при пересчете ее содержимого в рамках осмотра места происшествия было установлено, что она также содержит 10 000 долларов. Однако при осмотре изъятого при приобщении его в качестве вещественного доказательства по данному делу было установлено, что распечатанная пачка содержала в себе лишь 92 стодолларовые купюры; более того, и содержимое запечатанных пачек было меньше, чем это значилось на их упаковках.

Однако такими же неповторимыми, как обыск/личный обыск и предъявление для опознания, являются и многие другие следственные действия. В первую очередь мы име-

ем в виду осмотр места происшествия, проверку показаний на месте, освидетельствование. Практически невозможно повторно воспроизвести и условия большинства видов ранее проведенного следственного эксперимента. Именно эта неповторимость, реально препятствующая впоследствии проверке и оценке объективности и полноты проведения следователем названных и ряда других следственных действий, по нашему убеждению, делает необходимым присутствие понятых и при их производстве.

Заметим, что еще в Соборном уложении 1649 г. цель института понятых определялась так: «Чтобы проигравшая сторона избежала соблазна подправить руку правосудия». А сами понятые в нем рассматривались как «люди, которым можно верить»⁹⁴.

Обратим внимание также на то, что показания понятых, участвовавших в таких «неповторимых» следственных действиях, могут быть использованы в случае возникновения необходимости восстановления утраченного уголовного дела или его материалов в порядке, предусмотренном ст. 158.1 УПК (уголовно-правовые проблемы, связанные с уничтожением или повреждением материалов уголовных дел, будут рассмотрены чуть ниже).

Подытоживая сказанное, мы полагаем насущно необходимым *указать в ч. 1 ст. 170 УПК на необходимость привлечения понятых к производству осмотра места происшествия, проверке показаний на месте, освидетельствования, след-*

ственного эксперимента (иными словами, в целом восстановить предыдущую редакцию данной правовой нормы⁹⁵).

С проблемой уголовно-правовой защиты доказательств от различного вида их фальсификаций неразрывно, можно сказать, генетически (с учетом приведенного понятия фальсификации) связан вопрос о посягательствах на доказательства, учиняемых путем уничтожения отдельных уголовно-релевантных материальных объектов и материалов уголовных дел (в том числе вещественных доказательств).

Так, в феврале 1998 г. из районного суда г. Ярославля было похищено 78 уголовных дел, назначенных к слушанию, по которым содержались под стражей более 50 подсудимых; через несколько месяцев были похищены дела из другого районного суда»⁹⁶.

По уголовному делу о рейдерском захвате тверского пивоваренного завода, расследование которого продолжается более 7 (!) лет, как сообщали в 2009 г. СМИ, пропало 124 тома (в основном с материалами защиты). По мнению обвиняемого по этому делу М. Ларина, «материалы собирало следствие, однако они попали к рейдерам»⁹⁷.

Такие факты далеко не единичны и в настоящее время. В подтверждение этому приведем лишь несколько примеров из практики уголовного судопроизводства последних лет.

– 11 марта 2014 г. Петров В. А. был осужден приговором Петрозаводского городского суда за совершение преступле-

ния, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК Российской Федерации (далее по тексту – приговор от 11 марта 2014 г.).

21 марта 2014 г. Петров В. А. обратился в Петрозаводский городской суд Республики Карелия с ходатайством об ознакомлении с материалами уголовного дела, по результатам рассмотрения которого он был осужден.

В период с 14 часов 15 минут до 15 часов 56 минут 31 марта 2014 г. Петров В. А., находясь в следственном кабинете № 2 ФКУ СИЗО-1 УФСИН России по Республике Карелия, расположенном по адресу: Республика Карелия, город Петрозаводск, улица Герцена, дом 47, имея умысел на вмешательство в деятельность суда, в целях воспрепятствования осуществлению правосудия, желая, чтобы приговор от 11 марта 2014 г. в отношении него был отменен и уголовное дело было направлено на новое рассмотрение, получив от секретаря судебного заседания для ознакомления материалы уголовного дела, убедившись, что секретарь судебного заседания не контролирует его процесс ознакомления с материалами уголовного дела и не наблюдает за его действиями, разорвал нить, скреплявшую листы тома № 2 уголовного дела и изъял из него процессуальные документы, а именно: лист № 1 – протокол явки с повинной Петрова В. А. от 14 августа 2013 г.; лист № 2 – схему, являющуюся приложением к протоколу явки с повинной Петрова В. А. В тот же период времени, находясь в указанном месте, Петров В. А., реализуя указанный умысел, внес изменения в содержащийся в

томе № 2 указанного уголовного дела протокол ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела от 11 января 2014 г., а именно, используя шариковую ручку с чернилами синего цвета, зачеркнул в графе: «Содержание ходатайств или иных заявлений» на листе № 157 собственноручно написанный при составлении данного протокола текст: «...особом порядке суде...» и дописал в этой же графе фразу: «В порядке судебного разбирательства, т. к. не согласен с обвинением. Прошу суд рассмотреть с разбирательством дело», в том же протоколе в графе: «Ходатайствую» после собственноручно написанного текста: «Прошу рассмотреть уголовное дело в суде в особом порядке, с судьей единолично» дописал фразу: «Лучше с разбирательством дела», тем самым исказив содержание своего ходатайства о рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, заявленного после ознакомления с материалами уголовного дела 11 января 2014 г.

Изъятые из уголовного дела указанные документы: протокол явки с повинной от 14 августа 2013 г. и приложение к данному протоколу – схему, являющиеся доказательством его вины в совершении преступления, Петров В. А. в период с 16 часов 00 минут до 16 часов 30 минут 31 марта 2014 г., находясь в камере № 11 ФКУ СИЗО-1 УФСИН России по Республике Карелия по указанному адресу, уничтожил неустановленным в ходе следствия способом, тем самым воспрепятствовав осуществлению правосудия⁹⁸.

– 8 октября 2013 г. в период с 11.35 до 12.00 в ходе ознакомления с материалами уголовного дела в <данные изъяты> в <адрес> Тоганов С. С., имея умысел на вмешательство в деятельность следователя в целях воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела, для избежания привлечения к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 111 Уголовного кодекса Российской Федерации, убедившись, что следователь не может контролировать его поведение и не сможет своевременно предотвратить его преступные действия, поскольку <данные изъяты> оборудован ограждающей металлической решеткой, исключающей контакт следователя и подследственного, рассчитывая на то, что повреждение процессуальных документов затруднит предварительное расследование уголовного дела по обвинению его в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 111 Уголовного кодекса Российской Федерации и его направление в суд для рассмотрения по существу, умышленно разорвал процессуальные документы из тома № 1 уголовного дела, а именно листы дела №: 91–95, являющиеся составной частью протокола следственного эксперимента от 5 июля 2013 г. с участием потерпевшего; 96–101 – протокол следственного эксперимента от 5 июля 2013 г. с участием обвиняемого Тоганова С. С.; 102–104 – дополнительное заключение эксперта от 11 июля 2013 г.; 105 – протокол ознакомления потерпевшего с заключением эксперта от 20 июля 2013 г.; 106 – протокол ознакомления обвиняемого Тогано-

ва С. С. и его защитника с заключением эксперта от 24 июля 2013 г.; 107 – справку из республиканской больницы о стоимости лечения; 108 – запрос от 21 августа 2013 г. в Территориальный фонд обязательного медицинского страхования Республики Карелия; 109 – сведения из Территориального фонда обязательного медицинского страхования Республики Карелия от 21 августа 2013 г.; 110–111 – исковое заявление; 112–117 – протокол очной ставки от 10 мая 2013 г. между потерпевшим и обвиняемым Тогановым С. С.; 118–125 – протокол проверки на месте показаний потерпевшего от 10 мая 2013 г.; 126 – постановление о производстве выемки у потерпевшего от 10 июня 2013 г.; 127–129 – протокол выемки у потерпевшего от 10 июня 2013 г.; 130–133 – протокол осмотра предметов от 10 июня 2013 г.; 134 – постановление о признании и приобщении к уголовному делу вещественных доказательств от 10 июня 2013 г.; 135 – постановление о возвращении вещественных доказательств от 10 июня 2013 г.; 136 – постановление о получении образцов для сравнительного исследования от 6 апреля 2013 г.; 137 – протокол получения образцов для сравнительного исследования от 6 апреля 2013 г.; 138–140 – протокол допроса свидетеля от 26 марта 2013 г.; 141–142 – протокол допроса свидетеля от 26 марта 2013 г.; 143 – постановление о производстве выемки от 26 марта 2013 г.; 144–145 – протокол выемки от 26 марта 2013 г.; 146–148 – протокол допроса свидетеля от 29 июля 2013 г., тем самым повредив процессуаль-

ные документы – доказательства своей вины в совершении преступления и воспрепятствовав всестороннему, полному и объективному расследованию уголовного дела⁹⁹.

– 23 июля 2013 г. в период времени с 14 часов 45 минут до 18 часов 30 минут гражданин Лобанов В. В., находясь в своем жилище, расположенном по адресу: <адрес>, присутствовал в качестве участвующего лица при производстве санкционированного судом обыска в данном жилище, проводимом старшим оперуполномоченным ОУР ОМВД России по г. Горячий Ключ, по поручению о производстве отдельных следственных действий по уголовному делу, находившемуся в производстве у следователя СО ОМВД России по г. Горячий Ключ. Осознавая, что сотрудник полиции является должностным лицом органа дознания, уполномоченным в установленном уголовно-процессуальным законодательством РФ порядке на проведение, в рамках предварительного следствия по уголовному делу, обыска в жилище, Лобанов В. В. увидел, что в процессе обыска сотрудником полиции была обнаружена завернутая в газетный сверток растительная масса, находившаяся в одной из комнат квартиры в сумке, принадлежащей гражданке, являющейся его сожительницей и проживающей вместе с ним в указанном жилище.

Полагая, что данная растительная масса является наркотическим средством каннабисом (марихуаной), незаконно хранимым гражданкой, осознавая, что она может быть

привлечена за это к уголовной ответственности, чего он не желал, действуя с целью реализации внезапно возникшего у него преступного умысла, направленного на вмешательство в ведение старшим оперуполномоченным ОУР ОМВД России по г. Горячий Ключ обыска в жилище, в целях воспрепятствования производству предварительного расследования по уголовному делу, находясь в вышеуказанной квартире в обозначенный промежуток времени, исходя из личной заинтересованности в исходе дела, действуя умышленно, осознавая противоправный характер своих действий, наступление в результате них общественно опасных последствий и желая этого, в процессе производства обыска предпринял попытку выбросить обнаруженный сотрудником полиции в сумке гражданки сверток с растительной массой в нем на улицу через окно квартиры, желая таким образом уничтожить следы преступной деятельности гражданки и помешать всестороннему, полному и объективному расследованию¹⁰⁰.

– 29 октября 2014 г. дознаватель одного из районов Кемеровской области проводила очную ставку между обвиняемым в грабеже и свидетелем преступления в специально огороженном помещении комнаты. По завершении очной ставки обвиняемый схватил протокол и разорвал его.

Своими действиями он, как отмечает СУ СКР, хотел помешать расследованию дела по его обвинению¹⁰¹.

Во всех приведенных случаях лица, учинившие описан-

ные посягательства на доказательства, были привлечены к уголовной ответственности за совершение преступлений, предусмотренных ст. 294 УК. Вторая часть этой статьи устанавливает ответственность за «вмешательство в какой бы то ни было форме в деятельность прокурора, следователя или лица, производящего дознание, в целях воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела».

Предусмотренные ее санкции крайне «суровы»: от штрафа в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев, либо обязательных работ на срок до четырехсот восьмидесяти часов, до ареста на срок до шести месяцев.

В то же время в литературе неоднократно высказывалось мнение о некорректности квалификации фактов умышленного уничтожения и/или повреждения уголовных дел, протоколов следственных и судебных действий, вещественных доказательств по ст. 294 УК РФ. «Подобное поведение, – полагает, например, А. И. Скакун, – представляет собой укрывательство преступлений, за исключением случаев (оговаривается тут же автор), когда субъекты – это подозреваемые, обвиняемые или подсудимые по уничтожаемым делам или их близкие родственники»¹⁰².

В рамках настоящего исследования мы не считаем необходимым включаться в ведущуюся по этим вопросам дис-

куссию (в ней, естественно, были высказаны и иные мнения). Однако не можем не обратить внимание на следующий правовой нюанс, связанный с диспозицией ч. 2 ст. 294 УК.

Использование в ней очевидно заимствованного из УПК РСФСР 1960 г. указания на цели вмешательства в деятельность лиц, осуществляющих уголовное преследование как «воспрепятствование всестороннему, полному и объективному расследованию дела», – понятия, которым действующий в настоящее время уголовно-процессуальный закон (заметим, к нашему о том сожалению) не пользуется, является некорректным.

В целом же мы придерживаемся следующей по рассматриваемой проблеме позиции.

Уголовный закон должен содержать самостоятельную норму, опосредующую умышленное уничтожение и/или повреждение протоколов отдельных следственных и судебных действий, материалов уголовного дела в целом, вещественных доказательств по уголовному делу в качестве самостоятельного преступления против правосудия (дифференцировав при этом данные деяния по учиняющим их субъектам). И, что нам представляется несомненным в силу повышенной социальной опасности таких деяний, с более серьезными санкциями, чем те, которые в настоящее время предусмотрены ч. 2 ст. 294 УК.

1.2. Укрывательство преступлений; о необходимости установления уголовной ответственности за недо-

несение о преступлении как средстве защиты доказательств

Еще одним видом наиболее значимых посягательств на доказательственную информацию, несомненно, является укрывательство преступлений: эти действия исключают или как минимум крайне затрудняют возможности следователя по формированию на ее основе уголовно-процессуальных доказательств. А потому уголовная ответственность за укрывательство преступлений (а она предусмотрена уголовными законами большинства государств, и российское уголовное право не представляет в этом отношении исключения) есть действенный правовой механизм защиты доказательств для стадии их формирования.

Не считая здесь необходимым излагать историю того, как опосредовалась ответственность за укрывательство преступлений в истории отечественного уголовного права, приведем лишь одно положение из «Уложения о наказаниях уголовных и исправительных» 1885 г.¹⁰³

Статья 14 «Уложения» 1885 года:

«...из прикосновенных к делу и преступлению признаются: ...укрывателями: те, которые, не имев никакого участия в самом содеянии преступления, только по совершении уже одного заведомо участвовали в сокрытии или истреблении следов его, или же в сокрытии самих преступников, или также заведомо взяли к себе или приняли на сбережение, или же передали или продали другим похищенные или отнятые

у кого-либо, или же иным противозаконным образом добытый вещи».

В действующем уголовном законе ответственность за укрывательство преступления предусмотрена в ст. 316, которая гласит:

Статья 316 УК. Укрывательство преступлений.

Заранее не обещанное укрывательство особо тяжких преступлений...

Примечание. Лицо не подлежит уголовной ответственности за заранее не обещанное укрывательство преступления, совершенного его супругом или близким родственником.

Сразу напомним, что заранее обещанное укрывательство преступлений является соучастием в форме пособничества (п. 5 ст. 33 УК), а потому самостоятельно как укрывательство преступления в смысле ст. 316 УК оно квалифицироваться не может. В правоприменительной практике возникают проблемы и с реализацией совершенно цивилизованного положения об иммунитете от ответственности за данное деяние, если укрываемое преступление совершено супругом или близким родственником укрывателя. Для подтверждения тому приведем (в извлечениях) кассационное определение Верховного Суда РФ по конкретному уголовному делу.

Суд, с учетом мнения государственного обвинителя, оправдал А. по ст. 33, ч. 5 и 105, ч. 2 п. «ж», «з» УК РФ. Одновременно признал его виновным в укрывательстве особо тяжких преступлений, и дело прекратил, в соответствии

с примечанием к ст. 316 УК РФ, так как осужденный за разбойное нападение на потерпевшего и его убийство А. У. является его близким родственником – родным братом А.

В частном протесте прокурор просит определение суда в отношении А. отменить и дело направить на новое судебное рассмотрение. Основанием для протеста явилось то, что, кроме близкого родственника А., за соучастие в разбойном нападении при отягчающих обстоятельствах осужден У., который не является близким родственником А. При таких обстоятельствах, по мнению прокурора, суд необоснованно прекратил дело в отношении А. по ст. 316 УК РФ.

Проверив материалы дела и обсудив доводы протеста, Судебная коллегия находит, что определение суда является законным и обоснованным.

В соответствии с примечанием к ст. 316 УК РФ, лицо не подлежит уголовной ответственности за заранее не обещанное укрывательство преступления, совершенного его близким родственником.

Как установлено приговором суда, в присутствии А. его родной брат совершил разбой и умышленное убийство Н. В укрывательстве этих преступлений принял участие А.

Поэтому суд обоснованно прекратил дело по ст. 316 УК РФ в отношении А., в соответствии с примечанием к данной статье Уголовного кодекса¹⁰⁴.

В то же время указание в законе того, что заранее не обещанное укрывательство влечет уголовную ответственность

лишь в случаях, когда оно касается особо тяжкого преступления, нам представляется принципиально неверным.

В связи с таким ограничением признаются непротивоправными большинство фактов этого вида посягательств на доказательственную информацию, а следовательно, на доказательства, которые могли бы быть сформированы на ее основе (которые, как сказано, в этой связи и нуждаются в защите со стороны уголовного закона). Как известно, значительное число уголовно-правовых норм Особенной части УК содержат санкции, не превышающие 10 лет лишения свободы, а в соответствии со ст. 15 УК, напомним, особо тяжкими преступлениями признаются деяния, за совершение которых предусмотрено наказание в виде лишения свободы свыше этого срока.

Иными словами, законодатель если не поощряет, то дает, по сути дела, индульгенцию на укрывательство, например, умышленного причинения тяжкого вреда здоровью, совершенного в отношении лица в связи с выполнением служебной деятельности, либо по мотивам расовой или национальной ненависти, многих других тяжких преступлений...

Более того, по совершенно обоснованному мнению В. В. Трухачева, отсутствие уголовной ответственности за заранее не обещанное укрывательство преступлений, относящихся не только к тяжким, но и к меньшим степеням тяжести, может вызвать лишь недоумение.

«Мы (цитирует он Н. Косякову), дошли до абсурда –

укрывательство похищенного ядерного, химического и других видов оружия массового поражения оказывается ненаказуемым, ибо преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 226 УК РФ, не относится к категории тяжких»¹⁰⁵.

Более того, при таком подходе законодателя на укрывателя, в сущности, возлагается обязанность знания им уголовного закона: если по закону укрываемое им преступление является особо тяжким, то он подлежит уголовной ответственности; если преступление относится к другим категориям – его можно укрывать, не опасаясь привлечения к уголовной ответственности.

По нашему убеждению, это есть объективное вменение, по сути дела, идущее вразрез с принципами уголовного права, что не может не приводить к крайне сложным для разрешения дилеммам и противоречиям в правоприменительной практике.

С учетом приведенных выше аргументов и в силу повышенной социальной опасности данного вида посягательств на доказательственную информацию и доказательства, на наш взгляд, *указание на категорию преступлений, за укрывательство которых наступает ответственность за заранее не обещанное укрывательство, из ст. 316 УК следует исключить.*

Конечно же, очевидно, что в каждом отдельном случае заранее не обещанного укрывательства следователю и суду следует разумно подходить к решению вопроса о необходи-

мости и целесообразности привлечения данного укрывателя к уголовной ответственности. К примеру, видимо, таковая не должна следовать за укрывательство факта нанесения побоев и т. п. малозначительных, но в настоящее время криминализированных деяний.

Нет сомнений, что при принятии подобных решений свою (и не малую) роль играют и тактические соображения. И далеко не во всех случаях принятое по этому основанию решение об освобождении лица, совершившего заранее не обещанное укрывательство преступления, является обоснованным, в надлежащей мере обеспечивающим необходимость защиты доказательств.

Так, представляется весьма спорной правомерность освобождения от уголовной ответственности укрывателя в следующем случае из следственной практики, решение о котором было принято исключительно по тактическим соображениям (что очевидно из дальнейшего его описания).

Мухин показал, что в помещении кочегарки, куда он пришел с Михайловым и Степашиной, в его присутствии Михайлов вступил в половую связь со Степашиной; когда затем та стала высказывать Михайлову свои претензии по этому поводу и заявила, что сообщит об этом в милицию, Михайлов ее задушил.

После чего, повинувшись Михайлову, он вместе с ним засунул труп потерпевшей в раскаленную печь кочегарки. К утру, когда труп сгорел, он вынес золу из печи на улицу в

кучу, где находился шлак.

Михайлов же утверждал, что со Степашиной вступил в половую связь Мухин, в процессе которой она умерла.

– С учетом того, что Мухин активно способствовал раскрытию преступления и изобличению виновного лица, – пишет следователь, – уголовное преследование в отношении него за заранее не обещанное укрывательство в ходе предварительного расследования было прекращено за деятельным раскаянием. Следователь при этом подчеркивает, что были опасения того, что, что Мухин – единственный свидетель убийства Степашиной – может в любой момент отказаться от своих показаний о причинах смерти потерпевшей (объективно она установлена не была)¹⁰⁶.

Вряд ли, на наш взгляд, подобное процессуально-тактическое решение способствовало объективному установлению лица, действительно совершившего убийство. (Делая такой вывод, мы, однако, отдаем себе отчет в том, что нам неизвестны все обстоятельства данного конкретного дела.)

Этот пример из следственной практики мы привели с целью еще раз подчеркнуть необходимость особой взвешенности при принятии решения об уголовной ответственности укрывателя. Также мы учитываем, что эта проблема в настоящее время по очевидным на то причинам приобретает еще большую актуальность в условиях достаточно в настоящее время активно применяемого в производстве по уголовным делам правового института досудебных соглашений

о сотрудничестве¹⁰⁷.

Говоря об этом виде посягательств на доказательства, нельзя обойти вниманием и следующую проблему.

Практика, к сожалению, убедительно показывает (и на это уже обращалось внимание в литературе), что все чаще в роли укрывателей преступлений выступают сотрудники правоохранительных органов, создавая тем самым еще одну, помимо рассмотренных выше случаев фальсификаций, внутреннюю угрозу для формирования доказательств.

И это касается, увы, не только ситуаций отказа в инициировании уголовного преследования по фактам, лица, учинившие которые, неизвестны.

«Все чаще стали встречаться случаи сокрытия указанными выше лицами особо тяжких преступлений, по которым известны лица, их совершившие. Мотивами укрывателей здесь выступают корыстные побуждения, превалирующие над профессиональной этикой работников правоохранительных органов, нежелание огласки каких-либо фактов преступных связей с криминальным миром и страх мести со стороны преступников»¹⁰⁸.

Кстати сказать, еще ст. 433 «Уложения... 1885 года» предусматривала ответственность чиновников в том случае, «если при следствии или суде по делу уголовному чиновник даст виновному какие-либо недозволяемые законом средства к оправданию, или будет стараться ослабить силу представляющихся против подсудимого улик и доказательств, то

он за сие подвергается...»

И потому мы всецело присоединяемся к мнению автора приведенного положения о том, что *необходимо дополнить диспозицию ст. 316 УК частью, предусматривающей уголовную ответственность судей, прокуроров, следователей и дознавателей за заранее не обещанное сокрытие преступлений с использованием служебных полномочий, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности*¹⁰⁹.

С данным видом посягательств, от которых доказательственная информация и доказательства нуждаются в защите, генетически связано, представляя, по сути своей, его активную разновидность, такое преступление, как *приобретение или сбыт имущества, добытого преступным путем*.

В действующем уголовном законе, относясь к преступлениям, совершаемым в сфере экономической деятельности, эти деяния опосредованы следующим образом.

Статья 175 УК. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем.

1. Заранее не обещанные приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем, наказываются...

2. Те же деяния, совершенные:

а) группой лиц по предварительному сговору;

б) в отношении нефти и продуктов ее переработки, автомобиля или иного имущества в крупном размере (п. «б» в ред. Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 283-ФЗ)

наказываются...

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные организованной группой или лицом с использованием своего служебного положения, наказываются...

«Пользуясь, – как писал еще в последней четверти XIX в. Н. С. Таганцев (достаточно обширная цитата из работы которого будет приведена чуть ниже), – плодами преступления», субъект этих действий тем самым объективно скрывает от правоохранительных органов материальные объекты, значимые для расследования преступления, в результате которого это имущество добыто.

Они же, во-первых, сами по себе в случае их обнаружения подлежат приобщению к уголовному делу в качестве вещественных доказательств; во-вторых, их обнаружение у лица, совершившего преступление (если бы оно не было приобретено или сбыто субъектом рассматриваемого деяния), «напрямую» связало бы его с фактом совершения преступления, выступало бы в качестве весьма серьезного доказательства обвинения; в-третьих, на этих объектах в случае своевременного их обнаружения (если бы они не были приобретены скупщиком такого имущества) могли остаться следы преступника (дактилоскопические, биологические, одорологические и т. п.), что также могло быть успешно использовано для его изобличения.

Иными словами, субъекты рассматриваемого здесь пре-

ступления, действуя по корыстным мотивам, в то же время тем самым объективно скрывают доказательственную информацию о них, посягают на таковую, укрывают ее, что ими не может не осознаваться, от правоохранительных органов, выступают в качестве укрывателей факта преступления, являются «соучастниками после факта».

Укрывателями преступлений, – писал Н. С. Таганцев, – являются те, «которые, не имея никакого участия в самом содеянии преступления, только по совершении оногo заведомо участвовали в сокрытии или истреблении следов его, или же в сокрытии самих преступников, или также заведомо взяли к себе или приняли на сбережение, или же передали или продали другим похищенные или отнятые у кого-либо, или же иным противозаконным образом добытые вещи»¹¹⁰.

Как видим, сущность этого вида посягательств на доказательства не изменилась и к настоящему времени.

А потому криминализацию этих преступлений мы с полным на то основанием также относим к уголовно-правовым средствам защиты доказательств.

И тут, следуя логике архитектоники рассмотрения этих средств защиты доказательств, необходимо коснуться еще одной проблемы, еще одного «острого» вида посягательств на доказательства, защита от которого (по причинам, о которых мы далее выскажем свое предположение) в настоящее время уголовным законом не предусмотрена.

Здесь мы имеем в виду проблему уголовной ответствен-

ности за недонесение о преступлении.

Нет необходимости сколь-либо подробно обосновывать негативные социальные и правоприменительные последствия от сокрытия информации о готовящемся или уже совершенном преступлении (или несвоевременном ее сообщении). И потому далеко не случайно, что уголовное право России практически на протяжении всей своей истории достаточно подробно это деяние опосредовало. В частности,

– **статья 15 Уложения... 1885 года:** прикосновенными к преступлению почитаются и те, которые, зная о умышляемом или уже содеянном преступлении и имея возможность довести о том до сведения правительства, не исполнили сей обязанности;

– **статья 18 УК РСФСР 1922 года:** недонесение о совершенном или готовящемся преступлении влечет за собой применение мер социальной защиты судебно-исправительного характера лишь в случаях, специально указанных в настоящем Кодексе;

– **статья 19 Основ уголовного законодательства СССР:** недонесение о достоверно известном готовящемся или совершенном преступлении влечет уголовную ответственность лишь в случаях, специально предусмотренных уголовным законом;

– **статья 190 УК РСФСР 1960 года:** недонесение об известных готовящихся или совершенных преступлениях, предусмотренных статьями 102, 103, 240, пунктом

«в» (умышленное убийство), 117, частями второй, третьей и четвертой (изнасилование при отягчающих обстоятельствах), 125¹, частями второй и третьей (похищение человека при отягчающих обстоятельствах), 126¹ (захват заложников), 89, частями третьей и четвертой, 144, частями третьей и четвертой (кража при отягчающих обстоятельствах), 90, частями третьей и четвертой и 145, частями третьей и четвертой (грабеж при отягчающих обстоятельствах), 91 и 146 (разбой), 92, частью третьей (хищение государственного или общественного имущества, совершенное путем присвоения или растраты либо путем злоупотребления служебным положением, при отягчающих обстоятельствах), 93, частью третьей и 147, частью третьей (мошенничество при отягчающих обстоятельствах), 93¹ (хищение государственного или общественного имущества в особо крупных размерах), 173, частью второй, 174, частью второй и 174¹, частью второй (получение, дача взятки и посредничество во взяточничестве при отягчающих обстоятельствах), 191² (посягательство на жизнь работника милиции или народного дружинника), 213² (угон воздушного судна), 218¹, частями второй и третьей (хищение огнестрельного оружия, боевых припасов или взрывных веществ), 223², частью второй (незаконное приобретение, хранение, использование, передача или разрушение радиоактивных материалов, если они повлекли

гибель людей или иные тяжкие последствия), 223³ (хищение радиоактивных материалов), 224, частью второй (незаконное изготовление, приобретение, хранение, перевозка или пересылка с целью сбыта, а равно незаконный сбыт наркотических веществ при отягчающих обстоятельствах), 224¹, частью третьей (хищение наркотических веществ, совершенное особо опасным рецидивистом или путем разбойного нападения, а равно хищение наркотических веществ в крупных размерах) настоящего Кодекса, наказывается...

Ответственность за недонесение о преступлении предусмотрена уголовными законами большинства современных государств.

К примеру, в уголовном праве США самостоятельными преступлениями против правосудия считаются невоспрепятствование (недонесение или попустительство) фелонии (тяжкому преступлению. – *Авт.*) и воздержание или отказ от преследования за фелонию.

Первое из них в американской юридической литературе определяется следующим образом: «Лицо, которое видит, как другое лицо совершает фелонию, или же знает о том, что оно ее совершило, и не принимает меры для задержания этого лица или же к предотвращению фелонии, либо к передаче его в руки правосудия, виновно в совершении невоспрепятствования фелонии».

Уголовную ответственность за недонесение несет также «тот, кто, зная о фактически совершенной фелонии, подпа-

дающей под юрисдикцию судов Соединенных Штатов, скрывает это и не сообщает о том, что ему известно, в возможно краткие сроки какому-либо судье или другому лицу из числа гражданских или военных властей»¹¹¹.

Однако, прервав историческую связь между всем ранее существовавшим уголовным законодательством России и проигнорировав при этом и современное законодательство большинства зарубежных демократических государств, действующий УК отказался от установления уголовной ответственности за данный вид посягательств на доказательства.

Естественно, подлинные причины принятия законодателем такого решения нам неизвестны, однако можно предположить, что оно явилось несколько гипертрофированной реакцией на «синдром (назовем его так) Павлика Морозова», которым целенаправленно заражалось наше общество практически на протяжении всей советской истории своего развития...

Детально проанализировав последствия этого для правоприменительной практики, многие специалисты в области уголовного судопроизводства, учитывая современные реалии, убедительно обосновывают необходимость восстановления уголовной ответственности за данный вид посягательств на доказательственную информацию.

В то же время В. В. Трухачев высказал мнение, что т. к. в общественном сознании термин «недонесение» устойчиво ассоциируется с поведением, заслуживающим негативной

оценки, его следует заменить на понятие «несообщение». Нам это предложение представляется спорным; этот термин, на наш взгляд, несколько аморфен, «вял» и потому, как нам это представляется, он несколько «размывает» социальную сущность и опасность рассматриваемого деяния¹¹².

Он же полагает необходимым ограничить установление уголовной ответственности за недонесение лишь о тяжких и особо тяжких преступлениях.

С этим мы также согласиться не можем: данное мнение, по существу, противоречит приведенным выше обоснованным аргументам этого автора, касающимся проблем уголовной ответственности за укрывательство преступлений, которые потому могут быть интерпретированы и для обоснования нашей позиции о необходимости введения уголовной ответственности за недонесение безотносительно к виду преступления¹¹³; недонесение о тяжких и особо тяжких преступлениях, думается, следует рассматривать лишь как квалифицирующий признак данного преступления.

В то же время, мы полагаем, что по очевидным на то причинам совершенно уместным явится исключение ответственности за недоносительство о достоверно известном факте готовящегося или совершенного преступления, не относящегося к тяжким или особо тяжким преступлениям, для супруга или близкого родственника лица, совершившего или подготавливающего совершение преступления. Такой же иммунитет, на наш взгляд, следует установить для лиц,

которым эти сведения стали известны в связи с выполнением ими своих конфессиональных обязанностей или профессиональных обязанностей в уголовном судопроизводстве (в частности, адвокатов).

Однако, по нашему мнению, иммунитет от уголовной ответственности за недонесение *не должен* распространяться на случаи, когда названным лицам достоверно становится известно о фактах подготавливаемого тяжкого или особо тяжкого преступления (*особо подчеркнем: не уже совершенного, а подготавливаемого преступления*).

Мы понимаем всю спорность и проблематичность этого предложения. Однако разве предотвращение террористического акта, захвата заложников, «простого» убийства, другого тяжкого преступления, о подготовке которого достоверно становится известно лицу, обладающему указанным иммунитетом, «не перевешивает» в социальном и, что немало важно, в нравственном отношении ригористическое следование определенным догмам (в принципиальной верности которых мы не сомневаемся; приведем гипотетический экстремальный пример: подзащитный сообщает своему адвокату, что он «заказал» убийство свидетеля, дающего изобличающие его показания, нанял для того киллера)?

Очередное краткое, но нам представляющееся вполне уместным «беллетристическое» отступление.

Дебаты по проблеме недоносительства о преступлении в среде российской интеллигенции традиционно вечны; об их

накале и характере можно судить по следующей беседе из «Бесов» Ф. М. Достоевского:

– Если бы каждый из нас знал о замышленном политическом убийстве, то пошел ли бы он донести, предвидя все последствия, или остался бы дома, ожидая событий? Донесли бы или не донесли? – крикнул Верховенский.

– Разумеется, не донесу! – крикнул вдвое сильнее хромой.

– И никто не донесет, разумеется, не донесет, – слышались многие голоса...

– Ну а если бы вы знали, что кто-нибудь хочет убить и ограбить другого, обыкновенного смертного, ведь вы бы донесли, уведомили?

– Конечно-с, но ведь это гражданский случай, а тут донос политический...¹¹⁴

А потому мы предлагаем дополнить УК следующей статьей, которая, на наш взгляд, должна следовать за нормой, устанавливающей уголовную ответственность за заведомо ложный донос:

Ст. 30.1. Недонесение о преступлении.

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.