Россинский Сергей Борисович. Концептуальные основы формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в доказывании по уголовному делу: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.09 / Россинский Сергей Борисович;[Место защиты: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования "Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)"].- Москва, 2016.- 525 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**ГЛАВА 1. Методологические основы формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий как средств уголовно-процессуального познания 29**

1.1. Генезис и тенденции развития понятия и сущности доказательств в уголовном судопроизводстве 29

1.2. Процессуальное познание как гносеологическая основа доказывания в уголовном судопроизводстве 45

1.3. Вербальный и «невербальный» способы познания в уголовном судо-производстве 74

1.4. Сущность результатов «невербальных» следственных и судебных действий в системе средств процессуального познания 110

**ГЛАВА 2. Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с другими средствами познания в уголовном судопроизводстве .143**

2.1. Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с показаниями 144

2.2. Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с вещественными доказательствами .164

2.3. Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с «иными» документами .193

2.4. Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с результатами «невербальных» оперативно-розыскных и административных мероприятий .218

**ГЛАВА 3. Процессуальный механизм формирования результатов «невербальных» следственных действий 250**

3.1. Следственные действия как средства познания обстоятельств уголовного дела 250

3.2. Понятие и система «невербальных» следственных действий 278

3.3. Проблемы производства отдельных «невербальных» следственных действий 292

3.4. Особенности производства некоторых «невербальных» следственных действий в форме специальной операции 318

3.5. Проблемы судебного контроля за производством «невербальных» следственных действий .336

**ГЛАВА 4. Процессуальный механизм формирования результатов «невербальных» судебных действий 363**

4.1. «Невербальные» судебные действия как средства познания обстоятельств уголовного дела 363

4.2. Судебный осмотр .393

4.3. Судебное освидетельствование, судебный эксперимент, предъявление для опознания в судебном заседании 417

Заключение .441

Библиография

**Введение к работе**

**Актуальность темы диссертационного исследования.** Переход Российской Федерации к новым политическим и социально-экономическим отношениям, признание приоритета прав и свобод личности, ратификация международно-правовых документов в этой области обусловили существенное изменение концептуальных подходов к предварительному расследованию и судебному разбирательству уголовных дел. Уголовно-процессуальный кодекс РФ, построенный на характерных для демократического государства правовых идеях, закрепляя важнейшие гарантии осуществления правосудия, содержит целый ряд принципиально новых положений, коснувшихся практически всех аспектов деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, суда, а также иных участников уголовного судопроизводства. Очевидно, что указанные законодательные новеллы не могли не затронуть механизмов познания и доказывания обстоятельств уголовного дела, осуществляемых в настоящее время в условиях состязательности, свободы оценки доказательств, презумпции невиновности, обеспечения прав и свобод личности и других важнейших принципов уголовно-процессуальной деятельности. Эти вопросы остаются или недостаточно исследованными, или остро дискуссионными.

Различные аспекты теории, нормативного регулирования и практики уголовно-процессуального познания и доказывания, в частности отдельных видов доказательств, традиционно являлись и продолжают оставаться предметом научных дискуссий. Причем в настоящее время, благодаря современным достижениям философии, психологии, психофизиологии и других наук, изучающих сущность и процессы восприятия и осмысления человеком обстоятельств объективной реальности и еще не воспринятых уголовно-процессуальной доктриной, появляются принципиально новые возможности исследования методологических закономерностей уголовно-процессуального познания и доказывания. Они позволят по-иному взглянуть на, казалось бы, достаточно разработанные и устоявшиеся постулаты уголовно-процессуального права. Представляется, что рассмотрение познавательной деятельности суда и органов предварительного расследования не традиционным доктринальным способом, а в контексте гносеологических, психологических и других естественно-научных закономерностей природы человеческого восприятия действительности и создания на этой основе соответствующих мысленных образов дает новый импульс для развития методологических основ и положений теории уголовно-процессуального доказывания и обуславливает актуальность подобных исследований.

Изучение внутренних (методологических) механизмов познания дознавателем, следователем и судом материальных и идеальных фрагментов объективной реальности, лежащих в основе формирования различных видов уголовно-процессуальных доказательств, позволит более четко уяснить их сущность, упорядочить их систему, выявить и заполнить имеющиеся здесь научные и нормативно-правовые пробелы, а также выработать рекомендации практического характера.

В теории уголовного процесса наименее разработанным видом доказательств являются предусмотренные ст. 83 УПК РФ протоколы следственных действий и судебного заседания, связанные с непосредственным восприятием дознавателем, следователем или судом материальных фрагментов окружающего мира, каких-либо элементов вещной обстановки. Несмотря на свою познавательную значимость и гипотетическую равноценность с другими средствами процессуального доказывания, они традиционно не привлекали должного внимания отечественных ученых-процессуалистов. И хотя в современной науке, несомненно, имеется определенная тенденция, направленная на их более детальное изучение, многие связанные с ними вопросы остаются практически не рассмотренными. Так, до настоящего времени мало исследована сама гносеологическая сущность доказательств, предусмотренных ст. 83 УПК РФ, в частности способы восприятия запечатленной в них информации, в контексте общей методологии уголовно-процессуального доказывания. Явно недостаточно научного внимания уделяется проблемам соотношения и разграничения протоколов следственных действий и судебного заседания с другими видами уголовно-процессуальных доказательств: с показаниями, вещественными доказательствами и иными документами; не определено их соотношение с близкими по сути непроцессуальными средствами познания – результатами оперативно-розыскной и административной деятельности правоохранительных органов.

Отсутствие надлежащей теоретической базы в этом сегменте доказательственного права обуславливает пробелы в нормативном регулировании и в конечном счете приводит к серьезным затруднениям и ошибкам в повседневной следственной и судебной практике. В этой связи представляются целесообразными дальнейшие научные исследования правовых, гносеологических и иных закономерностей формирования доказательств, предусмотренных ст. 83 УПК РФ, что и определяет актуальность настоящего диссертационного исследования.

**Степень научной разработанности темы диссертационного исследования.** Вопросам доказательственного права, в том числе формированию различных видов доказательств, посвящены работы многих представителей отечественной уголовно-процессуальной науки и смежных областей научного знания. В дореволюционный период значительный вклад в развитие этой проблематики внесли Я.И. Баршев, Л.Е. Владимиров, С.И. Викторский, М.В. Духов-ской, А.А. Квачевский, С.Н. Розин, В.К. Случевский, В.Д. Спасович, Д.Н. Тальберг, Г.С. Фельдштейн, И.Я. Фойницкий. Советская уголовно-процессуальная наука характеризуется многогранностью научных исследований в области доказательственного права, в частности фундаментальными трудами В.Д. Арсеньева, Р.С. Белкина, С.А. Голунского, М.М. Выдри, А.Я. Вышинского, В.М. Галкина, В.Л. Громова, В.Я. Дорохова, Н.В. Жогина, Л.М. Карнеевой, Л.Д. Кокорева, С.В. Курылева, А.М. Ларина, И.М. Лузгина, П.А. Лупинской, П.И. Люблинского, И.Д. Перлова, С.В. Познышева, А.Р. Ратинова, Р.Д. Рахунова, Н.А. Селиванова, М.С. Строговича, А.И. Трусова, Ф.Н. Фаткуллина, М.А. Чельцова, А.А. Эйсмана, П.С. Элькинд и многих других авторов.

Среди современных многочисленных публикаций по вопросам доказывания в уголовном процессе особо следует отметить работы В.А. Азарова, В.С. Балакшина, А.С. Барабаша, В.П. Божьева, Ю.П. Боруленкова, Л.М. Володиной, О.В. Волынской, Л.А. Воскобитовой, Л.В. Головко, А.А. Давлетова, Е.А. Доли, Н.Н. Егорова, В.И. Зажицкого, О.А. Зайцева, Е.А. Карякина, А.В. Кудрявцевой, Н.П. Кузнецова, В.А. Лазаревой, Ю.А. Ляхова, Л.Н. Масленниковой, О.В. Мичуриной, Ю.К. Орлова, А.В. Победкина, А.Д. Прошлякова, А.В. Смирнова, А.А. Хмырова и С.А. Шейфера.

Отдельные проблемы производства следственных и судебных действий в  
контексте их познавательной направленности достаточно подробно освещены в  
публикациях Л.Е. Ароцкера, О.Я. Баева, М.О. Баева, В.М. Бозрова, В.М. Быко  
ва, И.Е. Быховского, Л.В. Виницкого, Г.А. Воробьева, И.Ф. Герасимова, Б.Я.  
Гаврилова, В.Н. Григорьева, Г.И. Загорского, В.В. Кальницкого,

Ю.В. Кореневского, Н.Г. Муратовой, В.А. Семенцова, И.В. Смольковой, А.Б. Соловьева, Л.Г. Татьяниной, О.В. Химичевой, С.П. Щербы и многих других авторов.

Специально тематике протоколов следственных действий и судебного заседания в уголовном судопроизводстве было посвящено несколько кандидатских диссертаций, в частности А.Ф. Соколова (1982 г.), Л.В. Ворониной (1987 г.), Х.А. Сабирова (2000 г.), И.В. Ананенко (2005 г.) и О.В. Савенко (2014 г.). Однако авторы в основном ограничивались исследованием собственно процессуальных вопросов: правилами составления протоколов, проблемами их допустимости, перечнем следственных и судебных действий, обуславливающих появление этих доказательств, и т.д.

Вместе с тем до настоящего времени в уголовно-процессуальной науке не предпринимались комплексные исследования, направленные на рассмотрение методологии формирования содержания протоколов, то есть познавательных результатов следственных и судебных действий, основанных на наглядно-образном восприятии фрагментов объективной реальности (осмотра, освидетельствования, обыска, выемки, эксперимента и т.д.).

**Объектом исследования** являются общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления органами предварительного расследования и судом уголовно-процессуальных действий познавательного характера, основанных на закономерностях наглядно-образного восприятия фрагментов объективной реальности, а также в процессе формирования, проверки и оценки их результатов.

**Предметом исследования** выступают теоретические положения уголовно-процессуального права, связанные с проблемами доказывания, формирования отдельных видов доказательств, производства следственных и судебных действий; система действующего законодательства, определяющего порядок производства по уголовным делам; следственная и судебная практика.

**Целью диссертационного исследования** является разработка научной концепции формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в общей системе средств уголовно-процессуального познания и доказывания, позволяющей на основе единых методологических подходов рас-

крыть их гносеологическую и правовую сущность, соотнести и разграничить с иными видами доказательств и результатами непроцессуальных мероприятий, оптимизировать механизмы их получения в ходе предварительного следствия и судебного разбирательства уголовных дел, выявить существующие законодательные пробелы и практические трудности, на основании чего наметить пути для их устранения.

**Достижение указанной цели определило постановку и решение следующих задач:**

определить современные методологические подходы к пониманию процессуального познания и доказывания в целом и доказательств в частности;

рассмотреть с учетом современных достижений науки основные гносеологические, психологические, психофизиологические и иные закономерности человеческого восприятия объективной реальности в контексте процессуального познания и формирования различных видов доказательств;

сравнить механизмы процессуального познания идеальных объектов, выраженных в условно-знаковой форме и трансформирующихся в мысленные образы посредством рационального мышления, с механизмами процессуального познания, заключающимися в наглядно-образном восприятии материальных объектов объективной реальности;

проанализировать сущность результатов «невербальных» следственных и судебных действий как доказательств, основанных на непосредственном (наглядно-образном) восприятии дознавателем, следователем, судом материальных фрагментов объективной реальности, элементов вещной обстановки;

сравнить сущность результатов «невербальных» следственных и судебных действий с показаниями различных участников уголовного судопроизводства;

рассмотреть теоретические, нормативные и практические проблемы соотношения и разграничения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с вещественными доказательствами;

выявить различия между результатами «невербальных» следственных и судебных действий и иными документами, предусмотренными ст. 84 УПК РФ, а также проанализировать взаимосвязи между ними;

определить место «невербальных» оперативно-розыскных и административных мероприятий в системе средств уголовно-процессуального познания и доказывания и их соотношение с результатами «невербальных» следственных и судебных действий;

раскрыть сущность и признаки следственных действий как процессуальных механизмов установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела в досудебном производстве; выявить их отличия от иных процессуальных действий, осуществляемых в ходе досудебного и судебного производства;

сформулировать понятие «невербальных» следственных действий и сконструировать их систему;

проанализировать проблемы производства отдельных «невербальных» следственных действий; разграничить их с иными похожими формами процессуальной деятельности;

рассмотреть особенности проведения современных крупномасштабных «невербальных» следственных действий (осмотра, обыска, выемки), характеризующихся большим числом участников и сопряженных с восприятием множества фрагментов объективной реальности, расположенных на значительной по своим размерам территории;

изучить существующие проблемы судебного контроля за законностью производства «невербальных» следственных действий (на примере осмотра, обыска или выемки в жилище);

раскрыть сущность и сформулировать понятие «невербальных» судебных действий как процессуальных механизмов установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела в ходе судебного следствия;

сконструировать систему судебных действий, внести предложения по ее совершенствованию;

проанализировать некоторые вопросы, связанные с производством судебного осмотра, освидетельствования, судебного эксперимента, судебного предъявления для опознания;

выявить, разобрать и оценить наиболее типичные ошибки, допускаемые в современной следственной и судебной практике в части производства «невербальных» следственных и судебных действий, а также формирования и использования их результатов в доказывании;

сформулировать предложения по внесению изменений в действующий уголовно-процессуальный закон, а также по оптимизации и совершенствованию правоприменительной практики расследования и судебного разбирательства уголовных дел.

**Методологическую основу диссертационного исследования** составляет совокупность общенаучных и специальных методов познания. Наряду с диа-лектико-материалистическим методом познания использовались современные гносеологические идеи, разработанные ведущими философами XX века, в частности положения критического рационализма, и т.д. В качестве общенаучных методов использовались: системный анализ, описание эмпирического материала, сравнение, обобщение, а также методы формальной логики - анализ, синтез, дедукция, индукция, аналогия. В работе применялись следующие специальные методы: историко-правовой, социологический, метод сравнительного правоведения, метод обобщения следственной и судебной практики, технико-юридический и другие.

**Нормативная основа диссертационного исследования** - международно-правовые акты в сфере обеспечения прав и свобод личности, Конституция РФ, федеральные конституционные законы, федеральные законы и иные нормативные правовые акты РФ. Автором также изучались проекты отдельных федеральных законов. В работе рассматривается ряд положений Устава уголовного судопроизводства 1864 г., законодательства СССР и союзных республик, а так-

же современных уголовно-процессуальных кодексов государств, возникших на постсоветском пространстве.

Кроме того, при проведении диссертационного исследования и формулировании выводов автор опирался на постановления Пленума Верховного Суда РФ в сфере уголовного судопроизводства, правовые позиции Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека.

**Теоретическую основу диссертационного исследования** составили научные концепции и воззрения в области общей теории государства и права, уголовно-процессуального права, гражданского процессуального права, конституционного права, административного права, криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности, а также современные достижения философии, психологии, психофизиологии и других наук, направленных на изучение закономерностей человеческого восприятия и познания объективной реальности.

**Эмпирическую основу диссертационного исследования** составляют:

материалы изученных методом случайной выборки 658 уголовных дел, находившихся в производстве органов предварительного следствия и судов г. Москвы, Брянской, Владимирской, Воронежской, Калужской, Московской, Оренбургской, Тульской и Ярославской областей в 2006-2014 гг.;

результаты интервьюирования практических работников: 187 судей, 56 секретарей судебных заседаний, 148 следователей и руководителей следственных органов различного уровня; 34 прокурорских работников и 168 адвокатов;

материалы судебной практики за 2006-2014 гг., опубликованные в информационных ресурсах государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие», справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» и справочно-правовой системы «Право.ru»;

статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2007-2014 гг., опубликованные на официальном сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ;

эмпирические данные, полученные другими учеными в рамках проведенных ими диссертационных исследований за 1993-2014 гг.

Автором также использован личный практический опыт работы в Следственном управлении ГУВД г. Москвы (позднее - Главном следственном управлении при ГУВД г. Москвы).

**Научная новизна диссертационного исследования.** Настоящая диссертационная работа является комплексным монографическим исследованием внешних (процессуальных) и внутренних (гносеологических, психологических, психофизиологических и иных) закономерностей формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в общей системе средств уголовно-процессуального доказывания.

Методологически отталкиваясь от информационной теории уголовно-процессуальных доказательств, используя современные философские и естественно-научные подходы к сущности и механизмам формирования человече-

ским сознанием мысленных образов объективной реальности, автор предлагает концепцию «невербального» способа уголовно-процессуального познания, обусловленного непосредственным, наглядно-образным восприятием дознавателем, следователем, судом значимых для уголовного дела материальных фрагментов объективной реальности и лежащего в основе следственного (судебного) осмотра, освидетельствования, обыска, выемки, эксперимента и тому подобных следственных и судебных действий. При этом с учетом многообразия толкований термина «невербальный» в уголовно-процессуальной и криминалистической литературе в настоящем диссертационном исследовании он используется с определенной долей условности и поэтому преднамеренно берется в кавычки.

Описанные в работе закономерности формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий позволили провести их сравнительный анализ с иными средствами доказывания обстоятельств уголовного дела: с показаниями, вещественными доказательствами, письменными и иными документами, а также с результатами непроцессуальной оперативно-розыскной и административной деятельности правоохранительных органов, на основании чего выявить теоретические, нормативно-правовые и практические проблемы и сформулировать ряд предложений для их разрешения.

На основании предложенной автором концепции в работе сконструированы системы «невербальных» следственных и судебных действий, намечены тенденции для их развития и совершенствования; проведено разграничение некоторых следственных и судебных действий с близкими познавательными и организационно-техническими процессуальными механизмами, находящимися в арсенале органов предварительного расследования и суда. Опираясь на методологические закономерности наглядно-образного восприятия материальных фрагментов объективной реальности, автор формулирует ряд законодательных предложений и практических рекомендаций, направленных на совершенствование механизмов осуществления некоторых следственных и судебных действий, в частности осмотра, освидетельствования, предъявления для опознания и других, в контексте их «невербального» познавательного характера. И, наконец, рассматриваются особенности производства, а также фиксации хода и результатов характерных для современных условий крупномасштабных «невербальных» следственных действий (в форме специальной операции), в первую очередь следственного осмотра, обыска и выемки, проводимых на обширных территориях и сопряженных с привлечением большого числа участвующих лиц.

**В результате проведенного исследования на защиту выносятся следующие положения:**

1. Доказывание в уголовном судопроизводстве представляет собой сложный комплексный процесс, предполагающий сочетание познавательных, удо-стоверительных и аргументационных приемов, методологически основанных на доктринальных положениях правовой теории, научных подходах к гносеологии и формальной логике, которые изменялись на протяжении развития общества и были обусловлены различными мировоззренческими, политическими,

историческими, социальными, культурными и иными факторами. В настоящее время национальная теория уголовно-процессуального доказывания должна развиваться в условиях методологического компромисса, заключающегося в разумном совмещении традиционных для отечественной процессуальной науки положений диалектического материализма с рядом положений и взглядов современных философских школ и течений.

1. В работе выявлена методологическая закономерность прямой связи существовавших в разные периоды времени представлений о понятии и сущности доказательств с общими подходами к доказыванию в уголовном судопроизводстве, обусловленными соответствующими по времени философскими доктринами. Так, позиции представителей дореволюционной процессуальной школы можно объяснить тем, что они базировались на постулатах формальной логики, приведших к признанию доказательствами любых оснований для судейского убеждения. На рубеже XIX–XX веков возникло представление о доказательствах как фактах, имеющих более определенный характер, что согласовывалось с теорией диалектического материализма. Советская процессуальная школа постепенно трансформировала данную концепцию в представление о доказательствах как о фактических данных, чем создала фундамент для современного доказательственного права. В 60–70-е годы XX века на общем фоне развития учения об информации возникла информационная (кибернетическая) теория доказательств. Многообразие современных научных подходов и точек зрения на сущность доказательств является следствием отсутствия в настоящее время соответствующих общепринятых философских и иных, в том числе правовых, концепций.
2. Имеющиеся в теории уголовного процесса различные подходы к понятию и сущности доказательств не должны противопоставляться друг другу, тем более ставиться в зависимость от существующего в государстве типа (формы) уголовно-процессуальной деятельности, в частности от уровня гарантий прав и свобод личности. С позиций методологии доказывания эти подходы не противоречивы, а лишь характеризуют разные проявления одного и того же сложного процессуального, гносеологического и логического феномена – средства, с помощью которого реализуются различные этапы процесса доказывания обстоятельств уголовного дела. Так, к познавательному аспекту доказывания наиболее применима информационная теория, понимающая под доказательством след, несущий определенный информационный сигнал о преступлении; к удостове-рительному его аспекту – прагматичная теория, делающая упор на процедуру и порядок формирования доказательств; к аргументационному аспекту – позиции дореволюционных юристов, понимавших под доказательствами основания для судейского убеждения.

4. Процессуальное познание как первый аспект доказывания по уголовно  
му делу представляет собой деятельность органов предварительного расследо  
вания и суда, заключающуюся в восприятии посредством процессуальных дей  
ствий определенных информационных сигналов, поступающих от различных  
материальных и идеальных фрагментов объективной реальности, отражающих  
обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Рассмотрение сущно-  
10

сти процессуального познания не с позиций правовой доктрины, а в контексте современных достижений гносеологии, психологии, психофизиологии и нейропсихологии позволяет выделить вербальный и «невербальный» способы восприятия дознавателем, следователем, судом обстоятельств объективной реальности и формирования на этой основе относительно адекватных мысленных образов.

1. Под вербальным способом познания в уголовном судопроизводстве следует понимать систему гносеологических и психофизиологических закономерностей зрительного или слухового восприятия сведений, выраженных в условно-знаковой (вербальной) форме, которые трансформируются в соответствующие мысленные образы посредством рационального мышления дознавателя, следователя, судьи или присяжных заседателей. При этом в протоколе вербального следственного действия (судебного заседания) фиксируются не результаты рационального мышления субъекта познания, не сформированные в его сознании мысленные образы, а только сведения, сообщенные свидетелем, обвиняемым и другими участниками. К достоинствам вербального способа познания следует отнести достаточно высокую степень адекватности сведений, изложенных в соответствующих протоколах, и возможность познания обстоятельств, не попавших в зону наглядно-образного восприятия. Недостатками вербального способа познания являются изначально субъективный характер получаемых сведений, возможность неверного восприятия или осмысления сообщенных сведений самим дознавателем, следователем или судом, а также весьма ограниченный природный потенциал органов слуха и, следовательно, недостаточная информативность соответствующего слухового представления (образа).
2. «Невербальный» способ познания в уголовном судопроизводстве – это система гносеологических и психофизиологических закономерностей чувственного (зрительного или посредством иных органов чувств) восприятия дознавателем, следователем или судом материальных фрагментов объективной реальности, элементов вещной обстановки, трансформирующихся в соответствующие мысленные образы посредством наглядно-образного мышления. В протоколе «невербального» следственного действия (судебного заседания) отражается словесная форма выражения мысленных образов, сформированных в сознании субъекта познания. Достоинствами «невербального» способа познания являются первичный объективизм воспринимаемых фрагментов реальности и, следовательно, сравнительно небольшой уровень гностической погрешности (то есть высокая степень адекватности реального объекта его мысленному образу). К недостаткам «невербального» способа процессуального познания можно отнести относительную невоспроизводимость сформированных доказательств и высокий уровень субъективности при формировании результатов соответствующих следственных (судебных) действий.
3. Предусмотренные ст. 83 УПК РФ протоколы следственных действий и судебного заседания, представляя собой объекты документального характера, не вписываются в общее понятие уголовно-процессуальных доказательств в контексте информационной теории; они не являются формами информационных сигналов, а лишь фиксируют сведения о мысленных образах материальных

объектов познания, сформированных в сознании их авторов. Доказательством по уголовному делу является не протокол, а определенный познавательный результат, выраженный в наглядно-образном восприятии дознавателем следователем или судом какого-либо материального фрагмента объективной реальности и в формировании на этой основе соответствующего мысленного образа, впоследствии зафиксированного в протоколе. Поэтому доказательства, предусмотренные ст. 83 УПК РФ, следует именовать не протоколами, а результатами «невербальных» следственных и судебных действий. Под ними понимаются имеющие значение для уголовного дела сведения, полученные в предусмотренном законом порядке дознавателем, следователем или судом посредством наглядно-образного восприятия материальных фрагментов объективной реальности и отраженные в соответствующем протоколе.

1. Результаты «невербальных» следственных и судебных действий методологически соотносятся с показаниями как гносеологические категории, отличающиеся друг от друга диаметрально противоположными способами получения значимой для уголовного дела информации – вербальным и «невербальным». Вместе с тем с учетом потребностей современной правоприменительной практики и оптимизации уголовного судопроизводства представляется возможным разумное наполнение отдельными вербальными элементами любого «невербального» следственного или судебного действия и наоборот, с последующим приданием всем полученным таким образом результатам доказательственного значения, но лишь при условии соблюдения критериев законности, второ-степенности, производности и рациональности.
2. При производстве по уголовному делу существует тесная и устойчивая процессуальная и методологическая взаимосвязь вещественных доказательств с результатами «невербальных» следственных и судебных действий. Последние обуславливают как само появление в уголовном деле вещественных доказательств, так и логическую возможность их использования в процессе доказывания. Критерии для разграничения вещественных доказательств с результатами «невербальных» следственных и судебных действий заключаются в их гносеологической сущности. Вещественное доказательство (в отрыве от других взаимосвязанных с ним доказательств) – это сама вещь как элемент объективной реальности и носитель юридически значимой информации. А результат «невербального» следственного и судебного действия – это образ реальности, сформированный познающим субъектом, содержащий информацию о нахождении той или иной вещи в определенном месте (у определенного лица) или об определенном взаиморасположении двух или нескольких предметов и т.д.

10. Материалы контроля и записи переговоров, а также материалы, со  
держащие информацию о соединениях между абонентами и (или) абонентски  
ми устройствами, подлежащие приобщению к уголовному делу в качестве ве  
щественных доказательств, не соответствуют гносеологической сущности по  
следних. Они не отвечают ни одному из признаков, предусмотренных ст. 81  
УПК РФ, а являются лишь средством фиксации определенных процессуальных  
действий. В этой связи предлагается исключить соответствующие предписания

из ч. 8 ст. 186 и ч. 6 ст. 186.1 УПК РФ при сохранении общего правила о необходимости приобщения данных материалов к уголовному делу.

1. Концептуальное отличие предусмотренных ст. 84 УПК РФ документов вербального характера (письменных, аудиодокументов и т.п.) от результатов «невербальных» следственных и судебных действий заключается в использовании принципиально разных механизмов восприятия субъектами доказывания обстоятельств объективной реальности: вербального и «невербального».
2. Предусмотренные ст. 84 УПК РФ документы «невербального» характера (фото-, видеодокументы, графики, схемы и т.д.) являются предметом соответствующих «невербальных» следственных и судебных действий, в первую очередь осмотра. Сам по себе «невербальный» документ в отрыве от следственного или судебного действия не подлежит полноценному восприятию и, следовательно, не может быть самостоятельно использован в доказывании по уголовному делу. С помощью этих действий и совместно с ними «невербальные» документы имплантируются в общую совокупность доказательств и получают реальную возможность влиять на установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.
3. Результаты «невербальных» оперативно-розыскных и административных мероприятий по своей познавательной сущности схожи с результатами «невербальных» следственных и судебных действий. Следовательно, они могут найти процессуальное отражение лишь в тех доказательствах, которые по своей гносеологической природе соответствуют доказательствам, подпадающим под контекст ст. 83 УПК РФ. Данный вопрос может быть решен только путем легализации механизмов прямого, непосредственного введения «невербальных» результатов оперативно-розыскной и административной деятельности в уголовный процесс, без необходимости какого-либо мнимого процессуального оформления, но исключительно при условии создания такого правового режима их проведения, который бы обладал требуемыми гарантиями доброкачественности, в частности отвечал условиям соблюдения прав и свобод личности. В этой связи автор вносит ряд предложений по изменению и дополнению уголовно-процессуального законодательства в части использования результатов оперативно-розыскной и административной деятельности в доказывании по уголовному делу, которые сформулированы в тексте работы.
4. Цели производства следственных действий тесно взаимосвязаны с собиранием и проверкой доказательств, но при этом они не тождественны. Собирание и проверка доказательств – процессы, сопутствующие производству следственных действий, тогда как целью следственного действия всегда является определенный познавательный результат, обусловленный установлением новых обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Именно этим следственные действия отличаются от иных процессуальных процедур, находящихся в арсенале органов предварительного расследования (представления, истребования и т.д.). Таким образом, следственные действия – это производимые следователем или дознавателем уголовно-процессуальные действия познавательного характера, направленные на установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.
5. «Невербальные» следственные действия – это предусмотренные уголовно-процессуальным законом познавательные приемы, которые направлены на установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и осуществляются следователем или дознавателем (органом дознания) посредством использования активных и пассивных механизмов наглядно-образного («невербального») восприятия материальных фрагментов объективной реальности. В систему «невербальных» следственных действий входят следственный осмотр, освидетельствование, обыск, выемка и следственный эксперимент. В эту же систему с определенной долей условности можно включить и более сложные формы познания, характеризующиеся сочетанием вербальных и «невербальных» механизмов восприятия реальности: предъявление для опознания и проверку показаний на месте.
6. В понятийный аппарат уголовно-процессуальной науки вносится новая категория – процессуальная комбинация, под которой следует понимать предусмотренный уголовно-процессуальным законодательством комплекс определенных взаимообусловленных следственных и иных процессуальных действий, направленных на решение частных (локальных) задач уголовного судопроизводства и производимых на основании общего процессуального решения. К процессуальным комбинациям поисково-познавательного характера относятся: а) наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка; б) контроль и запись переговоров; в) получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Имплантированные в их структуру самостоятельные познавательные механизмы (осмотр и выемка) осуществляются на основании закономерностей наглядно-образного восприятия объективной реальности, что обусловливает возможность их признания специфическими элементами системы «невербальных» следственных действий.
7. Предложения, касающиеся уголовно-процессуального регулирования и практики производства некоторых «невербальных» следственных действий. Так, одну из задач следственного освидетельствования предлагается переориентировать с вопроса об установлении состояния опьянения на вопрос об установлении отдельных признаков опьянения, подлежащих наглядно-образному восприятию (запах алкоголя изо рта; неустойчивость позы; нарушение речи; резкое изменение окраски кожных покровов лица; поведение, не соответствующее обстановке, и т.д.). Под выемкой предлагается понимать не технический прием легализации каких-либо предметов, документов или иных объектов, а полноценный «невербальный» механизм процессуального познания, направленный на восприятие факта нахождения определенных материальных объектов в определенном месте. Для простого (технического) приобщения предметов, документов или иных объектов к материалам уголовного дела приемлемы более простые процедуры – представление и истребование. Автор также предлагает распространить на предъявление для опознания и проверку показаний на месте положения ст. 187–189 и 191 УПК РФ – в части получения показаний и положения ст. 177 УПК РФ – в части получения «невербальной» информации.
8. Специальная операция – это сложная организационная форма производства «невербального» следственного действия в современных условиях, которая характеризуется большим числом участников и сопряжена с восприятием множества фрагментов объективной реальности, элементов вещной обстановки, расположенных на значительной по своим размерам территории. Специальной операции свойственны сложные многоступенчатые познавательные процессы, обусловленные параллельной работой не одного, а сразу многих познающих субъектов на отведенных им участках. Наиболее типичными следственными действиями, проводимыми в форме специальной операции, являются осмотр, обыск и выемка. В этой связи предлагается технология составления протокола следственного действия, основанная не на принципе последовательности, а на принципе параллельности. Помимо протокола, обязательными средствами фиксации хода и результатов следственного действия в форме специальной операции следует признать видеозапись, а также составление общего плана места его проведения.
9. Основной способ обеспечения конституционных прав личности при производстве «невербальных» следственных действий – предварительный судебный контроль – представляет собой достаточно слабую и малоэффективную процессуальную гарантию, а его использование оказывает негативное влияние на современную правоприменительную практику. В этой связи автор предлагает заменить его последующим судебным контролем, позволяющим реально обеспечить состязательность сторон как необходимое условие реализации судебной власти, а также полноценно проверить и оценить не только законность, но и обоснованность проведенного следственного действия.
10. Судебные действия в уголовном судопроизводстве – это производимые непосредственно судом совместно со сторонами и в присутствии иных лиц уголовно-процессуальные действия познавательного характера, направленные на установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. В систему судебных действий следует включать лишь те познавательные приемы, которые соответствуют общим условиям судебного разбирательства, а расширение существующего перечня судебных действий может иметь место только на законодательном уровне путем внесения дополнений в гл. 37 УПК РФ. Лишь легальное закрепление новых судебных действий позволит обеспечить соответствие их процессуальной формы общим условиям судебного разбирательства и, таким образом, создать действительно эффективные правовые механизмы познания обстоятельств уголовного дела в условиях состязательности.
11. Под «невербальными» судебными действиями следует понимать предусмотренные уголовно-процессуальным законом познавательные приемы, которые направлены на установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и осуществляются судом совместно со сторонами посредством использования активных и пассивных механизмов наглядно-образного («невербального») восприятия материальных фрагментов объективной реальности. Действующее уголовно-процессуальное законодательство позволяет рассматривать в качестве типичных элементов системы «невербальных» судебных действий судебный осмотр, освидетельствование и судебный эксперимент.

В эту же систему с определенной долей условности можно включить и более сложную форму познания – предъявление для опознания.

22. В работе сформулированы предложения, направленные на совершенствование уголовно-процессуального регулирования и практики производства «невербальных» судебных действий. Автор считает необходимым:

а) вернуться к содержавшейся в ст. 291 УПК РСФСР правовой конструк  
ции, предполагавшей не только право, но и обязанность суда осматривать при  
общенные к уголовному делу вещественные доказательства как по ходатайству  
стороны, так и по своему собственному усмотрению. Исключение могут со  
ставлять лишь случаи, связанные с утратой, повреждением вещественных дока  
зательств или специфическим характером отдельных вещественных доказа  
тельств, предусмотренных ч. 2 ст. 82 УПК РФ;

б) распространить действие ст. 284 УПК РФ не только на осмотры веще  
ственных доказательств, но и на осмотры любых других предметов, представ  
ленных в судебное заседание сторонами или истребованных (обнаруженных)  
судом самостоятельно;

в) дополнить ст. 285 УПК РФ третьей частью, предусматривающей воз  
можность проведения в судебном заседании осмотра документов;

г) дополнить гл. 37 УПК РФ новой статьей, определяющей правовые усло  
вия и порядок проведения судебной проверки показаний на месте;

д) пересмотреть процессуальный порядок судебного предъявления для  
опознания живых лиц, отказавшись от возможности опознания потерпевшим  
подсудимого и наоборот, а также заменив предварительный допрос опознаю  
щего лица в судебном заседании оглашением его показаний, полученных в ходе  
предварительного расследования уголовного дела.

**Теоретическая и практическая значимость работы.** Теоретическая значимость определяется тем, что в работе развиваются и конкретизируются положения уголовно-процессуального права, сопряженные с понятием и содержанием познания и доказывания, сущностью и системой уголовно-процессуальных доказательств, в частности предусмотренных ст. 83 УПК РФ протоколов следственных действий и судебного заседания (результатов «невербальных» следственных и судебных действий). В диссертации получили дальнейшее развитие вопросы, связанные с сущностью, систематизацией и процессуальным порядком производства следственных и судебных действий, фиксацией их хода и результатов в контексте современных научных подходов и потребностей правоприменительной практики. Кроме того, теоретическая значимость работы определяется научным обоснованием положений, не нашедших достаточного отражения в действующем уголовно-процессуальном законодательстве, судебной и следственной практике. Комплексный характер исследования обусловливает значимость полученных результатов как для уголовно-процессуальной науки, так и для смежных с ней областей научного знания. Выводы и результаты диссертации могут быть использованы в дальнейших научно-исследовательских работах по данной проблематике.

Практическая значимость работы состоит в том, что ее положения и выводы могут быть применены в целях совершенствования системы действующего

уголовно-процессуального законодательства, судебной и следственной практики. Особой сферой практического применения итогов диссертационного исследования являются вопросы доказательственного права, действия субъектов процессуального познания по «невербальному» (наглядно-образному) восприятию обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, а также деятельность суда и других участников уголовного судопроизводства по формированию, проверке и оценке соответствующих познавательных результатов.

Материалы диссертации могут быть использованы в учебном процессе юридических вузов и факультетов при преподавании курса «Уголовный процесс», специальных курсов «Доказывание и принятие решений в уголовном судопроизводстве», «Современные проблемы доказывания», «Проблемы производства следственных и судебных действий» и других специальных курсов уголовно-процессуальной направленности, при повышении квалификации практических работников, а также при подготовке соответствующей учебной и методической литературы. Кроме того, материалы диссертации могут быть востребованы при разработке предложений для Пленума Верховного Суда РФ, методических рекомендаций для органов дознания и предварительного следствия, комментариев к УПК РФ.

**Апробация результатов диссертационного исследования.** Основные изложенные в диссертации теоретические положения, выводы и научно-практические рекомендации получили отражение в трех монографиях, авторском курсе лекций «Уголовный процесс России», авторском учебнике «Уголовный процесс», главах коллективного учебника «Уголовно-процессуальное право», коллективном комментарии к УПК РФ, а также в 61 научной статье и тезисах выступлений на конференциях, в том числе в 33 статьях, опубликованных в рецензируемых научных журналах, рекомендованных ВАК России.

Научно-практические положения и практические выводы диссертационного исследования докладывались и обсуждались на 36 международных, всероссийских и межвузовских конференциях, семинарах и круглых столах, в частности проведенных в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова, Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Уральском государственном юридическом университете, Сибирском федеральном университете, Байкальском государственном университете экономики и права, Воронежском государственном университете, Южно-Уральском государственном университете, Томском государственном университете, Тульском государственном университете, Тюменском государственном университете, Академии управления МВД России, Московском университете МВД России имени В.Я. Кикотя, Академии МВД Республики Беларусь, Академии МВД Республики Таджикистан и др.

Результаты диссертационного исследования были внедрены в учебный процесс Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Уральского государственного юридического университета, а также в правотворческую деятельность Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и практическую деятельность Следственного комитета Российской Федерации.

**Структура диссертации.** Выполненная работа состоит из введения, четырех глав, включающих 16 параграфов, заключения и библиографического списка.

## Процессуальное познание как гносеологическая основа доказывания в уголовном судопроизводстве

Эмпирическую основу диссертационного исследования составляют: - материалы изученных методом случайной выборки 658 уголовных дел, находившихся в производстве органов предварительного следствия и судов г. Москвы, Брянской, Владимирской, Воронежской, Калужской, Московской, Оренбургской, Тульской и Ярославской областей в 2006-2014 гг.; - результаты интервьюирования практических работников: 187 судей, 56 секретарей судебных заседаний, 148 следователей и руководителей следственных органов различного уровня; 34 прокурорских работников и 168 адвокатов; - материалы судебной практики за 2006-2014 гг., опубликованные в информационных ресурсах государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие», справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» и справочно-правовой системы «Право.ru»; - статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2007-2014 гг., опубликованные на официальном сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ; - эмпирические данные, полученные другими учеными в рамках проведенных ими диссертационных исследований за 1993-2014 гг. Автором также использован личный практический опыт работы в Следственном управлении ГУВД г. Москвы (позднее - Главном следственном управлении при ГУВД г. Москвы). Научная новизна диссертационного исследования. Настоящая диссертационная работа является комплексным монографическим исследованием внешних (процессуальных) и внутренних (гносеологических, психологических, психофизиологических и иных) закономерностей формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в общей системе средств уголовно-процессуального доказывания.

Методологически отталкиваясь от информационной теории уголовно-процессуальных доказательств, используя современные философские и естественно-научные подходы к сущности и механизмам формирования человеческим сознанием мысленных образов объективной реальности, автор предлагает концепцию «невербального» способа уголовно-процессуального познания, обусловленного непосредственным, наглядно-образным восприятием дознавателем, следователем, судом значимых для уголовного дела материальных фрагментов объективной реальности и лежащего в основе следственного (судебного) осмотра, освидетельствования, обыска, выемки, эксперимента и тому подобных следственных и судебных действий. При этом с учетом многообразия толкований термина «невербальный» в уголовно-процессуальной и криминалистической литературе в настоящем диссертационном исследовании он используется с определенной долей условности и поэтому преднамеренно берется в кавычки.

Описанные в работе закономерности формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий позволили провести их сравнительный анализ с иными средствами доказывания обстоятельств уголовного дела: с показаниями, вещественными доказательствами, письменными и иными документами, а также с результатами непроцессуальной оперативно-розыскной и административной деятельности правоохранительных органов, на основании чего выявить теоретические, нормативно-правовые и практические проблемы и сформулировать ряд предложений для их разрешения.

На основании предложенной автором концепции в работе сконструированы системы «невербальных» следственных и судебных действий, намечены тенденции для их развития и совершенствования; проведено разграничение некоторых следственных и судебных действий с близкими познавательными и организационно-техническими процессуальными механизмами, находящимися в арсенале органов предварительного расследования и суда. Опираясь на методологические закономерности наглядно-образного восприятия материальных фрагментов объективной реальности, автор формулирует ряд законодательных предложений и практических рекомендаций, направленных на совершенствование механизмов осуществления некоторых следственных и судебных действий, в частности осмотра, освидетельствования, предъявления для опознания и других, в контексте их «невербального» познавательного характера. И, наконец, рассматриваются особенности производства, а также фиксации хода и результатов характерных для современных условий крупномасштабных «невербальных» следственных действий (в форме специальной операции), в первую очередь следственного осмотра, обыска и выемки, проводимых на обширных территориях и сопряженных с привлечением большого числа участвующих лиц.

В результате проведенного исследования на защиту выносятся следующие положения:

1. Доказывание в уголовном судопроизводстве представляет собой сложный комплексный процесс, предполагающий сочетание познавательных, удо-стоверительных и аргументационных приемов, методологически основанных на доктринальных положениях правовой теории, научных подходах к гносеологии и формальной логике, которые изменялись на протяжении развития общества и были обусловлены различными мировоззренческими, политическими, историческими, социальными, культурными и иными факторами. В настоящее время национальная теория уголовно-процессуального доказывания должна развиваться в условиях методологического компромисса, заключающегося в разумном совмещении традиционных для отечественной процессуальной науки положений диалектического материализма с рядом положений и взглядов современных философских школ и течений.

## Проблемы соотношения результатов «невербальных» следственных и судебных действий с вещественными доказательствами

К этой же группе можно отнести обстоятельства хода и результатов проведения каких-либо следственных действий в досудебном производстве (осмотра, обыска, выемки), которые доводятся до сведения суда посредством вербальной фиксации в соответствующем протоколе. Во-вторых, это объекты, которые не могут быть распознаны наглядно-образным способом в силу ограниченных возможностей органов чувств субъекта процессуального познания (микрообъекты, повреждения внутренних органов на трупе, концентрация алкоголя в крови и т.д.). Такие обстоятельства подлежат подробному словесному описанию в соответствующем заключении эксперта. В-третьих, это могут быть объекты, не подлежащие наглядно-образному восприятию дознавателем, следователем или судом в силу особого места или специальных условий хранения. Например, для получения мысленного образа об удаленно расположенном земельном участке следователь вполне может ограничиться изучением документа – плана БТИ. В-четвертых, это могут быть какие-либо сведения, изначально содержащиеся в словесной форме и, следовательно, в принципе не подлежащие восприятию невербальным способом (сведения о прежней судимости лица, о перенесенных им болезнях, о содержании завещания умершего и т.д.).

Вместе с тем вербальный способ познания объективной действительности характеризуется целым рядом недостатков, создающих определенные сложности в правоприменительной деятельности. Безусловно, первым из них следует назвать изначально субъективный характер получаемых сведений (выше о нем говорилось как о «субъективизме в квадрате»). Дознаватель, следователь или суд воспринимают обстоятельства уголовного дела через призму сознания соответствующих свидетелей, потерпевших и других лиц, через фильтр их зрительного, слухового или иного представления (гнозиса), механизмы формирования которого наукой до конца не исследованы. Кроме того, в данном случае нельзя не принимать во внимание ошибки, допущенные этими лицами вследствие неправильного ощущения или восприятия предмета познания, факты умышленного искажения информации и тому подобные негативные обстоятельства. Поэтому при работе с вербальными доказательствами всегда возникает вопрос о степени их адекватности по отношению к объективной реальности.

Более того, вербальный способ познания опасен возможностью неверного восприятия или осмысления сообщенных сведений самим дознавателем, следователем или судом. Каждое сказанное слово, словосочетание или иной символ побуждают формирование в их сознании определенного мысленного образа, который при этом может существенно отличаться от образа, первоначально закодированного в словесной или иной интеллектуальной форме. Полагаем, что особо острый характер данная проблема приобретает при оперировании оценочными понятиями (например, большой, богатый, известный, умный и т.д.). Кроме того, человеческая речь или иные интеллектуальные знаковые системы не являются универсальными средствами общения. В мире существует большое количество языков, отдельных диалектов и наречий, специфических терминов, специальных кодов и символов, обуславливающих серьезную угрозу непонимания (неправильного понимания) субъектом познания отдельных вербальных сведений. Конечно, законодатель предусмотрел определенные процессуальные гарантии, направленные на минимизацию подобных рисков. В частности, для общения с лицами, не владеющими языком уголовного судопроизводства, существует институт переводчика; для уяснения специальных терминов, используемых в экспертном заключении, возможна процедура допроса эксперта; для правильного понимания каких-то технических и тому подобных документов приглашается специалист. Однако указанные процессуальные гарантии далеко не безграничны. В современной следственной и судебной прак 105

тике можно встретить немало ситуаций, когда существующая гарантия оказывается бессильной или невостребованной. Например, следователь или суд не допрашивают эксперта, поскольку полагают, что содержание заключения, в том числе все специальные термины, абсолютно понятны, хотя, возможно, на самом деле это не совсем так. В другом случае подозреваемый или обвиняемый желает изъясняться на каком-то редком диалекте, что сильно затрудняет возможность обеспечения соответствующего переводчика. Да и вообще участие таких вспомогательных субъектов познания, как переводчик или специалист, еще более усиливает субъективизм соответствующих вербальных доказательств (фактически здесь уже имеет место «субъективизм в кубе»).

И, наконец, последнее. Как уже отмечалось выше, вербальный способ познания достаточно часто связан со слуховым представлением (гнозисом), возможности которого весьма ограничены и сильно уступают зрительному. В этой связи следует вспомнить приведенные ранее данные психофизиологических исследований, согласно которым максимальную долю сенсорной информации (свыше 90%) человек получает визуально. И если в досудебном производстве изъяны слухового восприятия информации легко компенсируются посредством последующего ознакомления допрашиваемого лица с соответствующим протоколом, то при рассмотрении дела в судебном заседании подобные механизмы существует лишь частично. Согласно ч. 7 ст. 259 и ч. 1 ст. 260 УПК РФ правом на ознакомление с протоколом судебного заседания обладают только стороны; свидетели, эксперты и специалисты не имеют возможности оценить правильность фиксации в протоколе их показаний. При этом мы полагаем, что от ограниченности слухового восприятия в наибольшей степени страдают уголовные дела, рассматриваемые с участием присяжных заседателей. В силу особенностей процедуры, установленной гл. 42 УПК РФ, эти субъекты процессуального познания воспринимают все оглашаемые вербальные сведения, включая материалы досудебного производства, исключительно на слух.

## Особенности производства некоторых «невербальных» следственных действий в форме специальной операции

Некоторым исключением из рассматриваемых проблем является возможность прямого использования в доказывании по уголовному делу вещественных доказательств и «иных» документов, изначально полученных оперативным или другим непроцессуальным путем. Это исключение обусловлено тем обстоятельством, что уголовно-процессуальный закон вообще не предполагает достаточно жесткой процедуры появления данных видов доказательств в уголовном деле. Механизм формирования вещественных доказательств заключается в их осмотре и вынесении соответствующего постановления (ст. 81 УПК РФ). А механизм формирования «иных» документов фактически сводится к принятию некоего процессуального решения об их приобщении к уголовному делу. Причем для судебного производства порядок принятия этого решения кратко определен в ст. 286 УПК РФ, а для досудебного производства – вообще не установлен. Подобная следственная и судебная практика в настоящее время тоже получила достаточно широкое распространение, особенно в части использова 439 Например: апелляционное определение Московского областного суда от 23 сентября 2014 г. по делу № 22-5038/2014 // СПС «КонсультантПлюс». ния в доказывании результатов, полученных в ходе административной деятельности правоохранительных органов. Так, рассматривая уголовное дело по ч. 2 ст. 162 УК РФ судья Нагатинского районного суда г. Москвы признал в качестве «иного» документа протокол личного досмотра подсудимого, проведенного сотрудниками патрульно-постовой службы в момент его фактического задержания. При этом в ходе указанного административно-правового мероприятия у задержанного был обнаружен и изъят похищенный сотовый телефон440. Указанное обстоятельство позволяет отдельным авторам утверждать о возможности формирования на основе результатов непроцессуальных мероприятий лишь таких доказательств, как вещественные доказательства и «иные» документы441. Видимо, ученые в подобных рассуждениях исходят из того довода, что чисто формально «иными» документами могут быть признаны любые объекты документального характера, имеющие отношение к уголовному делу, в частности протоколы различных оперативно-розыскных мероприятий, расшифровки записей телефонных переговоров, протоколы административных досмотров, изъятий и т.п.442 А признаками вещественных доказательств опять-таки формально могут обладать любые предметы, появившиеся в ходе непроцессуальных мероприятий, в частности аудио- и видеозаписи, флеш-накопи 233 тели, SD-карты и т.п.. О.Я. Баев и Д.А. Солодов прямо пишут, что материальные носители предоставленной оперативно-розыскной информации приобщаются к уголовному делу в качестве вещественных доказательств443.

Существует и еще одно исключение, позволяющее законным способом сформировать доказательство на основании результатов непроцессуальной деятельности. Речь в данном случае идет о возможности допроса в качестве свидетеля сотрудника правоохранительного органа по поводу сведений, полученных им в результате оперативно-розыскных или административно-правовых мероприятий. Например, данные оперативного наблюдения или эксперимента могут быть введены в уголовный процесс как показания соответствующего оперативного работника. Такие показания не имеют никакого превосходства перед другими доказательствами, равно как и наоборот. Они должны быть оценены наряду со всеми другими материалами уголовного дела в равной степени на предмет их относимости, допустимости и достоверности. В связи с тем что все рассмотренные «выходы» из сложившейся ситуации формально полностью согласуются с требованиями уголовно-процессуального закона, в юридической литературе высказываются мнения о повсеместном внедрении подобной практики, о придании ей основополагающего значения, особенно в части результатов оперативно-розыскной деятельности.

Вместе с тем мы категорически не согласны с данной позицией, считаем ее неверной. А поддерживаемая многими учеными следственная и судебная практика, связанная с оформлением по правилам ст. 79, 81 и 84 УПК РФ информации, полученной в ходе оперативно-розыскных и административных мероприятий, нам представляется не соответствующей самому существу тех механизмов процессуального познания, которые были подробно рассмотрены нами в первой главе настоящего исследования. На наш взгляд, подобный вариант решения проблемы использования в доказывании результатов непроцессуальной деятельности является как бы искусственным. По сути, он заключается в придании непроцессуальным материалам статуса «наиболее удобного» из предусмотренных ч. 2 ст. 74 УПК РФ доказательств. Такой подход фактически «прикрывает» показаниями свидетеля, вещественными доказательствами или «иными документами» большинство результатов оперативно-розыскной или административной деятельности самой разнообразной гносеологической природы без разбора их сущности и содержания. Поэтому подобная практика неизбежно приводит к размыванию граней между различными видами доказательств в уголовном процессе, способствует подмене одних доказательств другими или появлению доказательств, не свойственных для восприятия определенных сведений.

## Судебное освидетельствование, судебный эксперимент, предъявление для опознания в судебном заседании

Последние и достаточно умеренные научные позиции нам представляются наиболее разумными и рациональными. Нельзя полностью отвергать судебный контроль за производством следственных действий. Существование и эффективное функционирование подобных механизмов в целом является существенной правовой гарантией обеспечения прав и свобод личности, а также других охраняемых государством социальных ценностей. В этой связи мы согласны с Е.В. Рябцевой, полагающей, что суд, в отличие от прокурора и руководителя следственного органа, не связан ведомственными интересами со следователем и дознавателем, не несет ответственности за раскрытие преступлений. Автор полагает, что он является более надежным гарантом обеспечения прав личности в досудебном производстве676. Однако не следует в полной мере соглашаться с позициями тех ученых, которые пытаются абсолютизировать судебный контроль и представить его как безукоризненную гарантию обеспечения законности производства следственных действий. В противном случае просто не было бы оснований для таких жарких научных дискуссий. Поэтому очевидно, что данный уголовно-процессуальный институт еще далек от своего совершенства и сопровождается целым рядом неразрешенных процессуальных и практических проблем, которые, кстати, вызывают серьезные затруднения в правоприменительной практике. Предусмотренные ст. 165 УПК РФ судебно-контрольные механизмы в системном единстве с ч. 2 ст. 29 УПК РФ обеспечивают защиту целого комплекса социально-правовых ценностей. Не иначе как на основании судебного решения проводятся такие «невербальные» следственные действия, как осмотр, обыск и выемка в жилище; личный обыск, выемка заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, а также предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях; наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка, контроль и запись телефонных и иных переговоров, а также получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Кроме того, практика работы Конституционного Суда РФ предопределила необходимость получения судебных решений для производства еще некоторых видов обыска и выемки, а именно: обыска в отношении предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях677, обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования678, выемки предметов и документов, содержащих аудиторскую тайну679. Однако при этом наиболее наглядно проблемы судебного контроля за законностью «невербальных» следственных действий, на наш взгляд, прослеживаются именно в части производства осмотра, обыска или выемки в жилище. Остановимся на них подробнее.

Как известно, процессуальный механизм судебного контроля за проведением «невербальных» следственных действий в жилище бывает предварительным и последующим680. Это две различные формы обеспечения законности производства следственных действий, отличающиеся по времени рассмотрения судом соответствующих материалов (до или после проведения соответствующего процессуального действия). При этом действующий закон в качестве основной (приоритетной) формы использует именно предварительный контроль. Так, по общему правилу, установленному ч. 1–4 ст. 165 УПК РФ, следователю (дознавателю) вначале надлежит заручиться соответствующим судебным решением и лишь потом произвести осмотр, обыск, выемку или другое процессуальное действие. И только в исключительных случаях, связанных с безотлагательностью производства следственного действия, законодатель допускает возможность использования механизмов последующего судебного контроля в порядке ч. 5 ст. 165 УПК РФ.

В этой связи закономерно возникает вопрос: чем же все-таки объясняется приоритет предварительного судебного контроля над последующим? Очевидно, только одним – желанием законодателя установить в уголовном судопроизводстве такой правовой режим обеспечения прав и свобод личности, который бы полностью соответствовал положениям Конституции РФ и международных стандартов. Вместе с тем анализ основополагающих международно-правовых актов показал, что ни в одном из них не содержится каких-либо прямых предписаний относительно необходимости предварительного судебного контроля в случае ограничения права на неприкосновенность жилища. В частности, ст. 12 Всеобщей декларации прав человека681, ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод682 или ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах683 содержат лишь наиболее общие и концептуальные положения, предопределяющие охрану этих ценностей. Они не касаются конкретных механизмов ограничения данного права, оставляя подобные вопросы во внутреннем ведении соответствующего государства. Кстати, по этому поводу не наблюдается и какой-либо определенности в решениях Европейского Суда по правам человека. Например, в одном из наиболее известных решений по делу «Функе против Франции» Европейский Суд отметил, что ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод не требует предварительного судебного разрешения на проведение обысков на дому и изъятий684. В решении по делу «Смирнов против России» Европейский Суд обратил внимание на потенциальную возможность обратиться в суд после вынесения постановления о производстве обыска, как бы компенсирующую отсутствие первоначального судебного ордера685. При этом Европейский Суд определяет некоторые критерии, предполагающие допустимость вмешательства государства в гарантированное Конвенцией право личности на неприкосновенность жилища (соответствие законодательству государства; обусловленность законными целями; необходимость для достижения этих целей в демократическом обществе)686.