

А. В. ЧАРЫКОВ, В. И. ЧАРЫКОВ



**ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И
ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ИНСТИТУТА ЭКСПЕРТА И СПЕЦИАЛИСТА
В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ**

ISBN 978-5-4217-0360-0



9 785421 703600

Курганский
государственный
университет



редакционно-издательский
центр

65-48-12

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Курганский государственный университет»

Чарыков А.В., Чарыков В.И.

**ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ИНСТИТУТА ЭКСПЕРТА И СПЕЦИАЛИСТА
В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ**

Монография

Курган 2016

УДК 343
ББК 67.410
Ч 20

Рецензенты:

Скиндерев Р.В., кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой гражданско-правовых дисциплин Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации;

Вдовцев П.В., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса второго факультета повышения квалификации (с дислокацией в г. Екатеринбурге) Института повышения квалификации ФГКОУ ВО «Академия Следственного комитета РФ»;

Мошкин В.И., кандидат технических наук, доцент, эксперт в области электроснабжения, зав. кафедрой «Энергетика и технология металлов» Курганского государственного университета.

Печатается по решению научного совета Курганского государственного университета.

Чарыков А. В., Чарыков В. И.

Вопросы теории и законодательного регулирования института эксперта и специалиста в российском уголовном процессе. – Курган : Изд-во КГУ, 2016. – 181 с.

Монография «Вопросы теории и законодательного регулирования института эксперта и специалиста в российском уголовном процессе» посвящена проблеме исследования применения знаний сведущих лиц – эксперта и специалиста – в российском уголовном процессе. Компетенция сведущих лиц обосновывается на тезисе о единстве познавательной деятельности эксперта и специалиста как лиц, оперирующих специальными знаниями. Предлагается разграничить эксперта и специалиста по формальным критериям. Анализируется возможность проведения специалистом исследования для использования его результатов в уголовном процессе. Приводится история становления института эксперта и специалиста в отечественном законодательстве и некоторых странах СНГ. Даются рекомендации о внесении изменений в действующее законодательство.

УДК 343
ББК 67.410

ISBN 978-5-4217-0360-0

© Курганский
государственный
университет, 2016
© Чарыков А.В.,
Чарыков В.И., 2016

СОДЕРЖАНИЕ

I Исходные положения о специальных знаниях в уголовном судопроизводстве	4
§ 1.1 Сущность и значение специальных знаний.....	4
§ 1.2 Границы специальных и юридических знаний	34
II Сведущие лица как носители специальных знаний	59
§ 2.1 История возникновения и развития института сведущих лиц в отечественном уголовном процессе.....	59
§ 2.2 Современное состояние института сведущих лиц.....	71
§ 2.3 Сравнительно-правовой анализ процессуального статуса сведущих лиц в уголовном судопроизводстве Республики Беларусь, Республики Казахстан, Украины и Российской Федерации	87
III Проблемы правового регулирования института сведущих лиц ...	105
§ 3.1 Проблема разграничения компетенции сведущих лиц	105
§ 3.2 Проблемы института сведущих лиц в стадии возбуждения уголовного дела	126
§ 3.3 Проблемы института сведущих лиц в стадии предварительного расследования	142
ПРИЛОЖЕНИЕ А	166

І Исходные положения о специальных знаниях в уголовном судопроизводстве

§ 1.1 Сущность и значение специальных знаний

В настоящее время в литературе продолжают дискуссии по многим вопросам, касающимся специальных знаний, среди которых:

- во-первых, правильность употребления терминов «специальные знания» и «познания»;
- во-вторых, определение понятия «специальные знания».
- в-третьих, отграничение специальных знаний от общеизвестных, общедоступных, обыденных и отнесение к специальным юридическим знаниям.

В первую очередь при изучении вопроса о понятии, сущности и значении специального знания в уголовном судопроизводстве принято обращаться к вопросу об определении применяемой терминологии.

Присоединимся здесь к позиции В.В. Клевцова¹, который замечает о необходимости заменить термин «специальные познания», содержащийся в ст. 80 УПК РФ, термином «специальные знания» с целью устранения противоречий в его употреблении в ст. 57, 58, 195 и 199 УПК РФ.

В.Г. Савицкая пишет о необходимости применять единообразную терминологию указанного понятия. Этим термином должен стать термин «специальные знания», что базируется на определении знания как результата познания².

Давно замечено, что «имена имеют значение в силу соглашения, ведь от природы нет никакого имени»³. Согласимся, что остается ошибкой законодательной техники одновременное употребление в тексте УПК понятий «знание» и «познание» в отношении специалиста, что породило в научной литературе спор о смыслах данных слов.

Е.А. Зайцева, например, утверждает, что понятие «познания» носит в большей степени персонифицированный характер, ведь познания – это совокупность знаний, усвоенных каким-либо субъектом, опосредованных

¹ Клевцов В. В. Использование специальных знаний при расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Орел, 2010. С. 5.

² Савицкая И. Г. Формы участия специалиста в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2012. С. 17.

³ Аристотель. Об истолковании / Сочинения : в 4 т. Т. 2. М. : Мысль, 1978. С. 94.

им, пропущенных им через свое сознание, вовлеченных им в орбиту своей практической деятельности. Если «познаниями» обладает конкретный субъект, то термин «знания» по сравнению с термином «познания» обезличивается, ибо может обозначать совокупность каких-либо сведений в какой бы то ни было области.⁴

Однако употребление такого термина методологически неверно, оно скорее субъективно, чем объективно. Представляя свой взгляд на данную проблему, обратимся к понятию «знания» вообще (вообще – это значит в науке, в науке в самом широком ее смысле, так как уголовный процесс лишь элемент в системе наук о праве, а право лишь элемент в системе гуманитарных наук).

В то же время философия есть та основа, в которой спрятан ключ к пониманию всех наук. Одной из основных методологий для понимания сущности понятия «знание» для уголовного судопроизводства, где властвует практика, является материалистическая диалектика.

Если брать за отправную точку рассуждения именно такую логику, то, обратившись не к словарю русского языка, а к словарю философскому, мы обнаружим позицию, разделяющую знание и познание как результат и процесс соответственно. И позиция эта однозначна.

Знание – это продукт общественно-трудовой и мыслительной деятельности людей, представляющий идеальное воспроизведение в языковой форме объективных, закономерных связей практически преобразуемого объективного мира.⁵ Познание – это обусловленный законами общественного развития и неразрывно связанный с практикой процесс отражения и воспроизведения в человеческом мышлении действительности⁶.

Из вышесказанного очевидно, что познание и практика суть разные, но взаимообусловленные и взаимопроникающие стороны единого исторического процесса. Результат его и есть знание.

Для наглядного описания путаницы, сложившейся вокруг понятий «знание» и «познание», приведем здесь несколько позиций.

Например, Е.В. Селина дает такую формулировку: специальные познания – это приемлемые для выявления в определенной процессуальной форме обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, относящи-

⁴ Зайцева Е. А. Концепция развития института судебной экспертизы в условиях состязательного уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 30.

⁵ Философский словарь / под ред. М. М. Розенталя. 3-е изд. М. : Политиздат, 1972. С. 136.

⁶ Там же.

еся к области материнских и (или) смежных наук либо иные, не имеющие достаточно широкого распространения знания сведущего лица, его адаптация к соответствующему восприятию явлений окружающего мира, соответствующий образ мышления и способность выявлять указанные явления⁷.

При этом она указывает, что такое определение основано на выработанных юридической наукой субъективных и объективных критериях выделения познаний в категорию «специальные» с традиционным включением в рассматриваемое определение указания на структуру познаний в виде знаний, умений и навыков, но дополнено новыми структурными составляющими (адаптация, образ мышления).⁸

Если в позиции Е.В. Селиной отбросить субъективизм, вычленив умения и навыки и объединить их под знаменателем практика, то получается, что в познания входят знание и практика, что, с одной стороны, конечно, имеет место быть, но только если мы говорим о процессе.

Кроме того, заметим здесь, что выделения умений, навыков и знаний в триединство характерно, в частности, для педагогики, для описания процесса обучения. Таким способом описывается процесс познания учащегося, когда, получив первоначальные знания, он начинает применять их на практике, приобретая умения и навыки.

Так, В.И. Шиканов указывает, что специальные познания включают в себя два основных элемента – знания и практический опыт⁹.

В позиции же В. И. Шиканова прослеживается очевидное понимание познаний как результата сложения знания и опыта.

Другая позиция озвучена Е.П. Гришиной: «Специальные знания – комплекс научно-разработанной, достоверной, разнообразной по содержанию, непрерывно обогащающейся информации, представляющей собой содержание и результат теоретической и практической деятельности человека в различных областях, за исключением юридических знаний лиц, осуществляющих производство по уголовному делу, необходимых им для оценки доказательств и принятия решений».¹⁰

⁷ Селина Е. В. Применение специальных познаний в российском уголовном процессе : дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2003. С. 29.

⁸ Селина Е. В. Применение специальных познаний в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2003. С. 10.

⁹ Шиканов В. И. Использование специальных познаний при расследовании убийств. Иркутск, 1976. С. 4.

¹⁰ Гришина Е. П. Сведущие лица в российском уголовном судопроизводстве: теоретические проблемы доказывания и правоприменительная практика : монография / под ред. Н. А. Духно. М. : Изд-во Юридического института МИИТа, 2012. С. 15.

Если воспользоваться методологией диалектического материализма, то вышеуказанные определения идентичны по своему содержанию. Знание приобретается в результате познания посредством получения опыта.

Просто Е.В. Селина, как и В.И. Шиканов, подменяет понятие «знание» как результат понятием «познание» как результат, обосновывая это включением в познание еще и опыта (практики).

И здесь мы подходим ко второму аспекту проблемы – выбору соответствующего термина. Возможно, юристы лишь завели ненужный спор, в котором более компетентны были бы филологи.

Если мы мыслим доказывание по уголовному делу как познавательную деятельность, то и оперировать необходимо конструкциями гносеологии. Материалистическая диалектика против отрыва практики от знания. Пытаться соединить результат и процесс в одном новом термине – также задача не уголовно-процессуальной науки, а скорее философии. А на уровне философии нам дана вполне понятная трактовка: знание – результат, познание – процесс, практика – основа процесса и результата. Иначе возникают вполне логичные вопросы. Если субъект обладает познаниями, где тогда наименование процесса? Если использовать понятие познания как существительное, то познание будет глаголом? Видится, что это совсем не правовой вопрос.

Обращаясь к процессу словообразования лишь поверхностно, отметим, что статья 81 тома 15 Свода законов Российской империи 1857 г. говорила о познании сведущих лиц как о процессе. Статья 112 тома 16 Свода законов Российской империи 1864 г. не использовала этот термин, а упоминала сведения или опытность в науке, искусстве, ремесле, промысле или каком-либо занятии. Впервые понятие познания как результата в статье 67 предложил УПК РСФСР 1922 г., а впоследствии эту традицию в нескольких статьях продолжил УПК РСФСР 1960 г. Представляется, что коль скоро УПК РФ ушел от повсеместного использования познания в отличие от своих предшественников, то на этом и стоит договориться. Подводя черту, еще раз отметим, что опыт, знание и познание уже разведены материалистической диалектикой по разным углам и должны пониматься во взаимосвязи, а не смешиваться между собой.

Более подробного изучения требует проблема специального знания как самостоятельной категории. Отвечая на этот вопрос, любой автор пытается дать свое понятие специальных знаний. Приведем здесь несколько наиболее типичных мнений.

Отправной точкой для многих авторов стала позиция, высказанная еще в 1967 году. Впервые А.А. Эйсман отметил, что «специальные познания – это те познания, которыми не располагает адресат доказывания», при этом под адресатом автор понимал все советское общество в лице его обычных граждан. По его мнению, это «знания не общеизвестные, не общедоступные, не имеющие массового распространения; короче, это знания, которыми располагает ограниченный круг специалистов»¹¹.

Данная идея получила свое развитие по направлению его детализации, и в дальнейшем многими авторами было высказано довольно много уточнений и дополнений, характеризующих специальное знание с различных сторон, его признаки и прочее.

Так, например, Е.В. Ломакина определяет их как систему (совокупность) знаний, полученных на основе проведенной научной и практической деятельности специалиста, используемых им в установленном законом порядке для разрешения вопросов, возникающих в ходе уголовного судопроизводства¹².

И.И. Трапезникова же полагает, что специальные знания – это система научно обоснованных и практически апробированных знаний теоретического и прикладного характера (исключая специальные знания в области права, связанные с уголовно-правовой оценкой обстоятельств уголовного дела и с принятием решений процессуального характера) и специальных умений, используемых сведущими лицами в «порядке и целях, установленных уголовно-процессуальным законом»¹³.

В.В. Колиев предлагает такую дефиницию специальных знаний: это используемые в установленной законом процессуальной форме в ходе доказывания по уголовным делам достоверные сведения из какой-либо области знаний, приобретенные в результате специального теоретического обучения либо практической деятельности, которыми обладает лицо, привлекаемое судом и сторонами для оказания им содействия в целях обеспечения целей уголовного судопроизводства¹⁴.

¹¹ Эйсман А. А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование). М., 1967. С. 90-91.

¹² Ломакина Е. В. Актуальные вопросы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2006. 174 с.

¹³ Трапезникова И. И. Специальные знания в уголовном процессе России (Понятие, признаки, структура) : дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2004. С. 186.

¹⁴ Колиев В. В. Понятие специальных знаний и формы их использования экспертом-криминалистом в уголовном судопроизводстве // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2012. № 4. С. 67-69.

Н.А. Классен пишет, что специальные знания – это научно обоснованные знания, полученные субъектом (экспертом или специалистом) в процессе специальной подготовки (обучения) или опыта работы по определенной специальности, применяемые для формирования доказательств (процессуальная форма) либо для влияния на внутреннее убеждение субъектов доказывания (непроцессуальная форма), не имеющие массового распространения¹⁵.

И.Н. Сорокотягиним сформулировано следующее понятие: «специальные познания – это совокупность современных знаний в определенной области науки, техники искусства и ремесла. Они получены в результате специальной подготовки или профессионального опыта и применяются с целью расследования преступления, организации оперативно-розыскных мероприятий, выполнения экспертных и судебных исследований»¹⁶.

Т.В. Телегина пишет, что специальные знания складываются из двух взаимосвязанных составляющих: 1) информационной (научной или ненаучной) основы и 2) практики ее реализации (навыков, умений), т.е. специальные знания являются симбиозом сведений и опыта¹⁷. Данное утверждение автора вполне закономерно и поддерживается нами, так как во всем соответствует постулатам материалистической диалектики о процессе познания.

По мнению Л.В. Лазаревой, специальные знания – это совокупность теоретических знаний и практического опыта в различных сферах человеческой деятельности, в том числе юридических знаний, полученных в ходе специальной подготовки и используемых сторонами и судом для расследования и разрешения уголовных дел в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом.¹⁸

В.Н. Махов под специальными понимает знания, присущие различным видам профессиональной деятельности, за исключением знаний, являющихся профессиональными для следователя и судьи, используемые при расследовании преступлений и рассмотрении уголовных дел в суде в целях содействия установлению истины по делу в случаях и порядке, определенных уголовно-процессуальным законодательством¹⁹.

¹⁵ Классен Н. А. Использование специальных знаний при осуществлении защиты по уголовным делам : дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2009. 248 с.

¹⁶ Сорокотягж И. Н. Криминалистические проблемы использования специальных познаний в расследовании преступлений : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992. С. 42.

¹⁷ Телегина Т. Д. Использование специальных знаний в современной практике расследования преступлений : дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 28.

¹⁸ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2011. С.81.

¹⁹ Махов В. Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. М., 2000. С. 46.

Свой вывод сделал В.П. Зезянов: «Специальные знания – это любые не правовые в своей основе знания, используемые в процессе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений путем привлечения по инициативе субъекта доказывания соответствующих специалистов, на основании норм уголовно-процессуального закона и в связи с установлением необходимости использования специальных знаний, которые могут быть неизвестны широким общественным массам»²⁰.

Как видно, данный вопрос уже достаточно подробно изучен. Все ученые сходятся в том, что специальные знания являются результатом, во-первых, теоретического обучения, во-вторых, практического опыта. Расхождения же между позициями указанных авторов видятся, во-первых, в детализации содержания теоретических знаний и опыта, во-вторых, в отнесении некоторыми из них к специальным знаниям юридических, что, по сути, является отдельным вопросом и нами будет рассмотрено позднее.

В свою очередь, обратим внимание на следующее, по нашему мнению, важное обстоятельство.

Неточным видится законодательная формулировка «науки, техники, искусства и ремесла». Если задуматься, данному словосочетанию уже около двухсот лет, однако оно все еще продолжает существовать как в нормах действующего закона, так и в трудах некоторых уважаемых ученых-юристов.

Одно дело, если такая формулировка использовалась в императорской России, когда отсутствовала не только общая ясность в изложении правовой нормы, но и глубокое понимание специальных знаний как таковых. Другое – когда от современного законодателя требуется формулирование правовой нормы по всем законам логики с учетом значительно расширившихся с XIX века возможностей по применению специального знания.

Данное определение уже подвергалось обоснованной критике И.И. Трапезниковой²¹. Мы также полагаем, что дефиниция не идеальна. В старом определении имеется нарушение логических законов при делении понятия.

К таковым логическим законам относятся следующие: каждая классификация может проводиться только по одному основанию; объем чле-

²⁰ Зезянов В. П. Роль, место и значение специальных знаний в криминалистике: дис. ...канд. юрид. наук. Ижевск, 1994. С. 48.

²¹ Трапезникова И. И. Специальные знания в уголовном процессе России. Челябинск : Изд-во «ООО Полиграф-Мастер», 2006. С. 15-19.

нов классификации должен быть в точности равен объему всего классифицируемого класса; члены классификации должны взаимно исключать друг друга (это значит, что ни один из них не должен входить в объем другого).

Основанием для деления понятия «специальные знания» являются, как видно из формулировки «науки, техники, искусства и ремесла», отрасли человеческого знания. Возникает первый вопрос: единое ли основание у данных членов деления? Да, формально все четыре понятия могут отождествлять ту или иную отрасль человеческого знания.

Второй вопрос: равен ли объем делимого понятия объему его членов? Вряд ли. Например, в случаях квалификации преступлений, совершенных из-за религиозной розни, требуется обращение к канонам определенной религии. Упомянута ли она в данном перечне? Нет. Как отмечалось в литературе, следователю и судье могут потребоваться сведения и умения, относящиеся не только к науке, технике, искусству, ремеслу, но и ко многим другим ненаучным отраслям знаний, например, к спорту, коллекционированию, обычаям и т.д.²²

При этом список из четырех отраслей, исходя из определения, остается закрытым, а значит, не подразумевает чего-либо еще. Налицо устаревшая дефиниция, не актуализированная согласно сегодняшним реалиям, а также логическая ошибка, заключающаяся в неравенстве объема делимого понятия с объемом членов деления.

Третий вопрос: исключают ли взаимно члены квалификации друг друга? Это также не однозначно. Достаточно обратиться к современному словарному определению таких слов, как наука, техника, искусство и ремесло.

Изучив четыре указанных понятия в четырех словарях (Даля, Ожегова, Ушаковой, Ефремовой), мы пришли к выводу, что некоторым образом наука как «система *знаний* о закономерностях развития природы, общества и мышления»²³ должна включать в себя технику, которая является не только совокупностью «средств труда, *знаний* и деятельности, служащих для создания материальных ценностей», но может даже пониматься

²² Телегина Т. Д. Использование специальных знаний в современной практике расследования преступлений : дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 17.

²³ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1999. 944 с.

как «круг наук, связанных с изучением и созданием средств производств, орудий труда».

При этом техника как «совокупность приемов, применяемых в каком-н. деле, мастерстве», может быть смешана с ремеслом, понимаемым как «профессиональное занятие – изготовление изделий ручным, кустарным способом». Более того, некоторое ремесло может пониматься как искусство, так как к искусству в широком смысле относится «всякое творческое отражение, воспроизведение действительности»²⁴.

Дефиниции терминов расплываются друг в друге, так как техника неотрывно связана наукой, а всякое ремесло в современном мире может восприниматься как искусство, не говоря уже о более узких и разговорных значениях данных слов, например, военная наука или военное искусство, а также артистическая техника или ремесло артиста.

Сказанное позволяет с уверенностью утверждать непригодность имеющейся нормативной формулировки. С другой стороны, указанная неточность является, по-видимому, следствием неудачной попытки ограничить специальное знание какими-либо конкретными отраслями знания. Как уже отмечалось в позициях авторов выше, к специальному знанию следует относить самые разнообразные отрасли человеческого знания.

Переходя к анализу позиций авторов, высказывавшихся по вопросу специального знания, отметим, что, как нам кажется, все вышеуказанные точки зрения рассматривают категорию «специальное знание» в уголовном процессе на уровне явления, то есть фокусируются лишь на внешнем способе выражения данного феномена. Предлагаемые авторами дефиниции довольно подробны в своем содержании, но никто из авторов не углубляется в анализ сущности категории «специальное знание» именно в уголовном процессе. Кроме того, большинство определений формулируются и отталкиваются не от субъекта познания, то есть следователя, суда и прочих, а от самого сведущего лица, определяя способы получения им этого знания. Хотя в литературе все-таки имеются некоторые предпосылки для более детального анализа данной проблемы.

Так или иначе, некоторые авторы, углубляя, а не детализируя идею А.А. Эйсмана, рассматривали проблему специального знания иначе. Так В.И. Шиканов отметил: «Понятие "специальные познания" в уголовном

²⁴ Ефремова Т. Ф. Современный словарь русского языка три в одном : орфографический, словообразовательный, морфемный : около 20 000 слов, около 1200 словообразовательных единиц. М. : АСТ, 2010. 699 с.

процессе возникло и употребляется как контрадикторное понятию "знание". Термин применяется для обозначения любой возможной совокупности знаний (практического опыта, навыков) за вычетом общеизвестных... а также, исключая познания в области права, в частности, не учитывая подготовку и практические навыки, связанные с уголовно-правовой оценкой фактических обстоятельств дела и решения вопросов процессуального характера»²⁵.

Близкое по смыслу определение рассматриваемого феномена дает С.Ф. Бычкова: «Под специальными знаниями понимаются не общеизвестные в уголовном процессе знания, приобретенные лицом в результате профессионального обучения либо работы по определенной специальности, используемые для решения задач уголовного судопроизводства»²⁶.

Т.Д. Телегина также пишет, что представляется необходимым признать специальными не любые знания, которыми не владеет конкретный следователь, прокурор, судья, но лишь те, которые выходят за пределы знаний, необходимых представителю его профессии для профессионального выполнения своих должностных обязанностей.²⁷

Аналогично, например, П. Пошюнас писал, что в уголовном процессе к специальным познаниям относят знания в области естественных, технических, экономических и других наук, которыми не обладают (как правило) лица с профессиональной юридической подготовкой²⁸.

Вышеуказанных авторов объединяет одно – в своих определениях они пытаются определить основной признак специального знания – его противоположность, контрадикторность знанию общеизвестному, а также знанию судьи, следователя, прокурора.

В то же время в литературе достаточно немного глубоких исследований проблемы определения сущности специального знания.

Один из вариантов определения сущности специального знания предлагает И.И. Трапезникова. Она основывает свои рассуждения на методологии соотношений понятий «знание-информация». Она приписывает сведущему лицу обладание некоторым знанием, в то время как «для других

²⁵ Шиканов В. И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях современного научно-технического прогресса. Иркутск, 1978. С. 39.

²⁶ Бычкова С. Ф. Теория и практика судебной экспертизы : учеб. пособие. Алматы, 1999. Т. 1: Организация, назначение и производство судебной экспертизы. С. 97.

²⁷ Телегина Т.Д. Использование специальных знаний в современной практике расследования преступлений : дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 22.

²⁸ Пошюнас П. Применение бухгалтерских познаний при расследовании и предупреждении преступлений. Вильнюс, 1977. С. 10.

субъектов это знание может быть информацией»²⁹. «Знание остается знанием и не переходит в категорию информации при последующих познавательных актах также и потому, – пишет И.И. Трапезникова, – что оно остается неразрывно связанным с субъектом – носителем этого знания – сведущим лицом»³⁰. Специальные знания, таким образом, это информация специального характера, воспринятая и переработанная субъектом познания³¹.

В своей диссертации С.Н. Еремин пишет, что с логических позиций умозаключение – это система суждений, базирующихся на знаниях трех категорий: основного (в посылках умозаключения), выводного (результат в итоге умозаключения) и обосновывающего (позволяющего сделать переход от посылок к заключению) знания. Он полагает, что под основным знанием необходимо понимать знания специальные, под выводным – суждение, облеченное в форму заключения, а под обосновывающим – исследование³².

Исходя из многих мнений и позиций по данному вопросу, мы хотим предложить для рассмотрения проблемы специального знания в уголовном процессе методологию диалектической пары «знание – незнание». Процесс расследования уголовного дела представляет собой в целом единый процесс познания, поэтому гносеологическая методология уместна и для той части данного процесса, где используются специальные знания.

Для раскрытия этой идеи потребуется обращение к философской литературе.

Способ, каким существует сознание и каким нечто существует для него, это – знание. Знание есть его единственный акт. Поэтому нечто возникает для сознания постольку, поскольку оно знает это нечто. Знание есть его единственное предметное отношение³³. Судья, следователь, прокурор или дознаватель, адвокат или подсудимый – все они в каждый конкретный момент времени обладают знанием о чем-либо. В то же время всегда остаются вещи, события или предметы, не известные и не понятные познающему субъекту. В философии эту область объективной дей-

²⁹ Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ Трапезникова И. И. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ Трапезникова И. И. Специальные знания в уголовном процессе России. Челябинск : Изд-во «ООО Полиграф-Мастер», 2006. С. 31.

³² Еремин С. Н. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве : дис. ...канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 86.

³³ Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В. И. О диалектическом и историческом материализме/ сост. А. П. Шептулин (руководитель коллектива). М. : Политиздат, 1984. 636 с.

ствительности абстрактно именуют «незнанием», а в уголовном процессе, на что обращают внимание некоторые указанные выше авторы, к этой области относят и специальное знание.

Как писал известный теоретик гносеологии диалектического материализма П.В. Копнин: «Движение мысли состоит в развитии познавательного образа, в движении от незнания к знанию».³⁴

В.И. Ленин отмечал два важных момента в развитии человеческих знаний: переход от незнания к знанию и переход от неполного и неточного знания ко все более полному и точному. Рассматривая пример с ализарином, знание о котором возникает на базе его обнаружения и изучения, он писал: «В теории познания, как и во всех других областях науки, следует рассуждать диалектически, т.е. не предполагать готовым и неизменным наше познание, а разбирать, каким образом из *незнания* является *знание*, каким образом неполное, неточное знание становится более полным и более точным».³⁵

При этом познание понимается как бесконечное приближение мышления к объекту. То есть отражение природы в мысли человека надо понимать не «мертво», не «абстрактно», не без движения, не без противоречий, а в вечном процессе движения, возникновения противоречий и разрешения их. Еще вчера областью «незнания» являлись для многих людей компьютерные технологии, а обычным явлением было назначение экспертизы для простого просмотра содержимого жесткого диска. Однако сегодня мы обращаем внимание именно на «несведущих» участников уголовного процесса. Это «незнание» превратилось в их «знание».

Еще в начале XX века В.И. Ленин писал, что имеются миллионы примеров, таких же простых, как открытие ализарина в каменноугольном дегте, миллионы наблюдений не только из истории науки и техники, но и из повседневной жизни всех и каждого, которые показывают человеку превращение «вещей в себе» в «вещи для нас», возникновение «явлений», когда наши органы чувств испытывают толчок извне от тех или иных предметов, – исчезновение «явлений», когда то или иное препятствие устраняет возможность воздействия заведомо для нас существующего предмета на наши органы чувств³⁶.

³⁴ Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. М. : Наука, 1973. С. 112.

³⁵ Материалистическая диалектика в пяти томах / под общ. ред. Ф. В. Константинова, В. Г. Марахова. М. : Мысль, 1982.

³⁶ Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В.И. О диалектическом и историческом материализме / сост. А. П. Шептулин (руководитель коллектива). М. : Политиздат, 1984. 636 с.

Как отмечается в философской литературе, процесс перехода от незнания к знанию весьма сложен, противоречив. Чтобы его осмыслить, надо выделить те основные гносеологические ситуации, в которых находится субъект, стремящийся перейти от незнания к знанию и затем к все более полному и точному знанию.

Выделяются четыре такие ситуации, в которых всегда находится всякий познающий субъект. Обозначим их кратко следующим образом:

1) *знание о знании* (когда субъект обладает некоторым знанием и в то же время знает, что оно истинно или оценивает его как вероятное, неточное и т.п.);

2) *незнание о знании* (когда некоторое знание не рефлексивируется, не осознается, пребывает на протяжении какого-то интервала в неизвестности);

3) *знание о незнании* (имеется в виду проблемная ситуация, когда субъект обнаруживает и четко фиксирует свое незнание чего-либо определенного);

4) *незнание о незнании* (речь идет о допроблемной ситуации; например, ученые XVIII в. не только ничего не знали о квазарах или о молекулах ДНК и генетическом коде, но и совершенно не знали о том, что они этого не знают).³⁷

В уголовном процессе, как одной из отраслей человеческой практики, актуальными и наиболее часто используемыми остаются первый, второй и третий варианты.

Здесь уместна следующая логика. Знанием о знании являются «знания» всех участников процесса за исключением людей сведущих. Раз мы встали на позицию обозначения той отрасли объективной действительности, что доступна сведущим лицам, как «незнания», то, пользуясь этой логикой, под специальным знанием необходимо понимать либо незнание судьбы, следователя прокурора и прочих об этом знании, либо же их знание о незнании. Правильно в данном случае понимать под специальным знанием неразрывное единство указанных категорий, учитывая их взаимный переход друг в друга.

Дело в том, что понятия «знание» и «незнание» постоянно выступают в логической зависимости друг от друга, демонстрируют взаимопереходы. Ведь *впервые обнаруженное нами незнание чего-либо есть тоже*

³⁷ Дубровский Д. И. Обман. Философско-психологический анализ. М. : Изд-во «РЭЙ», 1994. 120 с.

новое знание. И наоборот, обнаружение ограниченности, неполноты наличного знания в каком-либо конкретном отношении есть *обнаружение незнания*³⁸.

Все непознанное составляет научную проблему, которая является не просто незнанием, а знанием о незнании³⁹.

Другими словами, если судья не понимает, как проводится экспертиза ДНК, то это не означает единственно, что данная отрасль остается для него просто черным пятном. Попав в такую ситуацию, судья осознает свое незнание, а значит, получает новое знание.

Специальное знание для субъекта доказывания это не просто «незнание» и темный лес, а знание о своем незнании и незнание о знании одновременно.

«Если вообще можно говорить о некоем начале науки или познания, – писал К. Поппер, – то познание начинается не с восприятий или наблюдений, не по сбору данных или фактов, оно начинается с проблемы». Именно осознание проблемы дает возможность судье поставить перед экспертом конкретные вопросы, но незнание данного «знания» не дает ему возможность решить эту проблему самостоятельно. Поэтому он и обращается к сведущим людям.

Диалектика категорий знания и незнания позволяет наглядно показать, что разграничение между специальным и неспециальным знанием можно рассматривать как процесс, при этом процесс познания, в котором наш судья не занимает подчиненной роли «ничего не знающего», а является активным познающим субъектом, усилия которого направлены на преодоление своего незнания.

Таким образом, и сама категория специального знания не просто противопоставлена знаниям нашего судьи, как черное противопоставлено белому, а представляет собой для судьи «знание о незнании» либо «незнание о знании», в любом случае эти категории должны рассматриваться в их единстве и противоречии друг другу.

В то же время для сведущего лица специальное знание чем-то особенным не является и остается его собственным «знанием о знании». Но особенность в предлагаемом нами подходе и порядок логического изложения ситуации заключаются именно в том, чтобы рассматривать проблему

³⁸ Дубровский Д. И. Там же.

³⁹ Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. М. : Наука, 1973. С. 200.

от лица правоприменителя (в идеале, конечно, еще и любого иного лица, отстаивающего в деле свой собственный интерес), а не от лица эксперта или специалиста. Одна из главных причин такого подхода – публичный характер уголовного процесса, где право принимать решения, право направлять процесс познания принадлежит государственным органам.

Сущность категории специального знания в уголовном процессе наглядно иллюстрируется схемой человеческого познания по гносеологическим принципам материалистической диалектики. Специальное знание для наших правоприменителей – это осознанное знание о своем незнании либо незнание о знании, доступном сведущим лицам.

Отмеченные особенности позволяют сделать ряд практически необходимых выводов.

Во-первых, становится ясно соотношение знаний правоприменителя (и иных участников) и лиц сведущих. Некогда спорная идея о сведущем лице как «научном судье факта», единственно обладающем неким «знанием» для разрешения специального вопроса, подвергается здесь обоснованной критике. Наш правоприменитель либо иное лицо, отстаивающее по делу свой интерес, может обозначить проблему, поставить вопрос, а значит, не отдает до конца некому «научному судье» инициативу установления обстоятельств дела. Это его «знание о незнании».

Во-вторых, судья или следователь никогда не смогут подменить собой сведущее лицо. В уголовном процессе «знанием» специалиста или эксперта не суждено обладать кому-либо еще. Нельзя требовать от прокурора или дознавателя разбираться в исследовательских частях заключений эксперта или специалиста. Это их «незнание о знании».

Следующим этапом в рассмотрении особенности категории специального знания для уголовного процесса является проблема объективной истины. В диалектике познания понятие объективной истины, выражающей отношение соответствия между конкретной мыслью и отражаемой в ней действительностью, приобретает еще один, чрезвычайно важный смысл обозначения того, к чему приближается познающая мысль. *«Истина есть процесс, – писал В.И. Ленин. – От субъективной идеи человек идет к объективной истине через “практику” (и технику)».* Иначе говоря, для диалектики характерно признание объективной истины не только как соответствия между мыслью и действительностью, но и как того высшего этапа, к которому приближается знание в процессе его развития.

Объективная истина как процесс выражает самую сущность перехода от незнания к знанию. Этот переход имеет этапы, стадии и характеризуется такими свойствами (признаками), как абсолютность и относительность. Р.С. Белкин и А.И. Винберг писали, что «доказательство истинности суждения есть процесс перехода от вероятности меньшей степени к её большей степени, являющейся в известном смысле относительной достоверностью»⁴⁰.

Вернемся к примеру о судье, назначающем экспертизу ДНК. Осознавая (зная) свое незнание в проблеме установления принадлежности конкретных образцов слюны конкретному подсудимому либо, рассуждая диалектически и говоря проще, не зная этого знания, он принимает процессуальное решение о преодолении этой проблемной ситуации. Полученная экспертиза, содержащая какой-либо ответ (да, нет, возможно), устанавливает таким образом новый факт (обстоятельство, подлежащее доказыванию), а если быть методологически последовательным – объективную истину, но истину относительную, так как в дальнейшем она может быть опровергнута иными материалами уголовного дела. Так, истина есть процесс, движение от нашего незнания к знанию и от неполного и неточного знания ко все более полному и точному.

Путь от незнания к знанию лежит через человеческую практику. Люди переходят от незнания к познанию в своей практической деятельности, развивая связи между собой и с внешним миром, исследуя факты и возможности и проверяя свои умозаключения.⁴¹ Незнание подталкивает субъекта к поиску ответа, к познанию.

Единственно возможным способом проведения экспертизы ДНК являются лабораторные исследования, представляющие собой цепь физико-химических методов по установлению искомого факта. Практика служит двигателем нашего познания, практика же остается и критерием истины.

Следующим этапом рассуждения будет изучение соотношений категорий «знание – незнание» как отражаемых в мыслительных процессах человека. Чтобы описать процесс перехода от незнания к знанию и от неточного и неполного знания к более точному и полному знанию, необходимо взять за основу аксиомы человеческого мышления, строящегося на

⁴⁰Белкин Р. С., Винберг А. И. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы). М. : Юрид. лит., 1969. С. 210.

⁴¹Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В. И. О диалектическом и историческом материализме / сост. А. П. Шептулин (руководитель коллектива). М. : Политиздат, 1984. 636 с.

триединстве понятия, суждения, умозаключения. Необходимо разложить процесс человеческого мышления на его базовые составляющие и проследить процесс получения нового знания.

Любой человек обладает признаком мышления. Мышление – это целенаправленное, опосредованное и обобщенное отражение человеком существенных свойств и отношений вещей. В материалистической диалектике принято считать, что суждение, понятие и умозаключение – формы движения мышления к истине.

Отдельными изолированными понятиями люди никогда не мыслят. Наиболее простой, элементарной формой логического процесса является суждение. Устанавливая элементарные определенные отношения между понятиями в форме суждения, мы тем самым осуществляем элементарный мыслительный акт⁴².

При этом суждение – это всякая относительно законченная мысль, отражающая вещи, явления материального мира, их свойства, связи и отношения.⁴³ Суждение – простейшая и важнейшая форма абстракции, составляющая одновременно отличительную черту всякого процесса мышления. Суждение содержится в любой абстракции, оно есть везде: и в понятиях, и в умозаключениях, и в теориях и т. д. Всякое знание, если оно реально существует для другого человека, имеет форму суждения или системы суждений.⁴⁴

Несколько суждений, из которых получено новое выводное знание, именуют умозаключением – более высоким уровнем логического опосредования, чем суждение. Здесь необходимо пояснение. Дело в том, что суждение в формальной логике, по общему правилу, состоит из двух частей: субъекта и предиката. Например, золото (субъект) – металл (предикат), роза – красная. При этом подразумевается, что познающий не выводит новое знание.

Умозаключение же (в философии) состоит из трех родов знания: основное (содержащееся в посылках умозаключения), выводное (получающееся в результате процесса умозаключения), обосновывающее (определяющее возможность перехода от посылок к заключению). В качестве обосновывающего знания выступают аксиомы, правила, определения, за-

⁴² Формальная логика / отв. ред. И. Я. Чупахин, И. Н. Бродский. Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1977. С. 46.

⁴³ Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. М. : Наука, 1973. С. 169.

⁴⁴ Копнин П. В. Там же. С. 170.

коны и другие положения, носящие достоверный или вероятностный характер. Обосновывающее знание определяет форму умозаключения, характер перехода от посылок к заключению⁴⁵.

В сложной познавательной деятельности по уголовному делу постигаются сущности как правового, так и неправового характера. Это различного рода специальные сущности, устанавливаемые, например, при производстве экспертизы. Задачи уголовно-процессуального познания состоят в выяснении юридических свойств изучаемых явлений⁴⁶, то есть в вычленении правовых сущностей из неправовых.

Основываясь на вышеизложенных выводах о сущности специального знания как «незнания о знании или знания о незнании», предположим в данном случае, что под специальным знанием необходимо понимать именно обосновывающее знание, которое и видится субъекту доказывания, а также иным участникам процесса, кроме сведущих людей, как перечень сложных законов, аксиом и правил. Именно знание, определяющее возможность перехода от посылок к заключению, должно именоваться «специальным» и принадлежать сведущим лицам как посредникам в процессе познания и установления обстоятельств дела судом, следователем, прокурором и иными участниками процесса. Обратимся для подтверждения нашего тезиса к имеющейся процессуальной литературе.

В уголовном процессе принято считать, что связь между суждениями при построении логических умозаключений в конечном счете отражает объективно существующие связи между теми событиями, явлениями, фактами, о которых суждения высказываются.⁴⁷

В уголовном процессе наиболее распространенным является термин «элементарный акт доказывания». Как уже отмечалось при описании общей методологии человеческого мышления, вся совокупность рассуждений, с помощью которых обосновывают конечный вывод по делу, может быть аналитически разложена на более простые составляющие ее части. В уголовном процессе простейшим таким рассуждением и именуется элементарный акт доказывания.

С логической стороны элементарный акт доказывания состоит из аргумента, т. е. доказывающего (уже известного или доказанного) суждения,

⁴⁵ Копнин П. В. Там же. С. 171.

⁴⁶ Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания. Екатеринбург : Гуманитарный Университет, 1997. С. 67.

⁴⁷ Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1973. С. 445.

вывода, т. е. доказываемого суждения (того суждения, которое подлежит обоснованию), и некоторого общего положения, устанавливающего логическую связь между аргументом и выводом. Это последнее «связывающее» суждение обеспечивает правомерность логического перехода от первого ко второму, т. е. от аргумента к выводу.⁴⁸

Приведем небольшой пример.

1 Связывающее суждение: если некто (Н) оставил след пальца на месте происшествия, то он был на этом месте.

2 Аргумент: Н. оставил след пальца в таком-то месте.

3 Вывод: Н. был в таком-то месте. Это элементарный акт доказывания⁴⁹.

Как пишет А.А. Эйсман, в каждом акте доказывания помимо доказываемого суждения (доказательства) и доказываемого суждения (тезиса) должно быть еще одно суждение – суждение о наличии и характере связи между первым и вторым⁵⁰. Рассуждая о структуре заключения эксперта, А.А. Эйсман писал, что объективная, действительная связь доказываемого факта с доказываемым является единственным основанием, дающим право от наличия первого умозаключать наличие второго⁵¹.

Нет обособленных предметов и явлений, ибо объективная форма существования материи выражается в ее связи. Связь выражает движение, движением характеризуется связь.⁵²

А.А. Эйсман выделял несколько видов таких связей: генетическую (причинно-следственную), субстанциональную, или объемную (идентификация), связь преобразования. Он писал, что совокупность условий и следствий требует определенной интерпретации, то есть сопоставления с ранее добытыми научными обобщениями, закономерностями. А.И. Винберг и Н.Т. Малаховская в своей работе выделяли уже восемь видов таких связей⁵³.

А.А. Эйсман рассматривает такой пример. Положим, причиной пожара явилось короткое замыкание проводов электросети. Утверждение о том, что короткое замыкание явилось причиной пожара правдоподобно

⁴⁸ Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1973 С. 450.

⁴⁹ Там же. С. 452.

⁵⁰ Эйсман А. А. Логика доказывания. М. : Юридическая литература, 1971. С. 22.

⁵¹ Эйсман А. А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование). М., 1967. С. 5.

⁵² См.: Новинский И. И. Понятие связи в марксистской философии. М., 1991.

⁵³ См. И. Винберг, Н. Т. Малаховская. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград, 1978. С. 45-48.

только в том случае, если будет установлено, что указанное событие представляет собой процесс, сопровождающийся выделением большого количества тепла, локализованного в определенном месте. Для обоснования этого утверждения эксперт мог бы сослаться, например, на физические законы: закон, описывающий работу силы тока (работа тока равна произведению напряжения и его силы и времени); и далее на закон Джоуля-Ленца о превращении электрической энергии в тепловую. Затем в рассуждение о причине пожара должны быть введены данные о горючем материале, его химической природе, степени влажности и данные о тех горючих материалах, которые прилегали к месту короткого замыкания и в которых под влиянием тепла разряда развился химический самоподдерживающийся (цепной) процесс горения⁵⁴. Подробнее процессуальные аспекты судебной электротехнической экспертизы рассмотрены в приложении в приложении А.

Подводя краткий итог, подчеркнем, что многими процессуалистами уже отмечено, во-первых, как любому акту доказывания, присуще наличие обосновывающего суждения, некой связи, во-вторых, что в данном суждении или связи содержатся уникальные знания, объединяющие аргумент и вывод, посылку и заключение, то есть служащие как бы проводником или посредником в доказывании. Иными словами, обладание указанным знанием позволяет сделать некое умозаключение, прийти к какому-либо выводу, открыть новое знание.

В то же время никто из исследователей не обращал внимания, что именно под данным суждением или связью возможно понимать специальное знание сведущих лиц, а также не прослеживал, как специальное знание помогает вычленивать необходимые следователю и суду фактические данные.

Кроме того, указанные позиции ученых-процессуалистов не подтверждают до конца тезиса о специальном знании как «обосновывающем» в умозаключении. Для более наглядной иллюстрации как акта доказывания, так и обычного акта человеческого мышления следует обратиться к формальной логике. Так, например, говоря о процессе экспертного исследования, А.А. Эйсман задается вопросом: «Какой же из формально-логических аппаратов выбрать для описания структуры процессов исследования вещественных доказательств?» (автор имеет в виду экспертное исследование. – прим. А. В.). Далее он умозаключает, что «для юридического исследования традиционным является обращение к классической

⁵⁴ Эйсман А. А. Логика доказывания. М.: Юридическая литература, 1971. С. 18-20.

логике... Доказывание вообще представляет обоснование нашего знания об одних фактах с помощью других, уже известных и установленных. Естественно, что логической формой этого процесса является умозаключение, то есть вывод о существовании одного события на основании знания о существовании другого». ⁵⁵

Формальная (классическая) логика вообще является стандартом построения юридических документов. Еще В.И. Ленин отмечал, что «самые обычные логические "фигуры" суть школьно размазанные *sit venia verbo* самые обычные отношения вещей» ⁵⁶. Практика, миллиарды раз повторяясь, закрепляется в сознании человека фигурами логики.

В классической логике, например, доказательство есть логическая процедура установления истинности какого-либо утверждения при помощи других утверждений, истинность которых уже установлена ⁵⁷.

В уголовном процессе аналогичное действие именуют доказыванием. Как пишут авторы книги «Теория доказательств в советском уголовном процессе», в сложной структуре доказывания в уголовном процессе, конечно, недостаточно средств одной классической логики, однако дедукция и индукция составляют ту неотъемлемую базу, без которой не обходится никакое исследование.

В качестве одного из примеров визуализации процесса доказывания рассмотрим дедуктивный инструмент формальной логики – силлогизм. Ведь связь между суждениями при построении любых логических умозаключений в конечном счете отражает объективно существующие связи между теми событиями, явлениями, фактами, о которых суждения высказываются. ⁵⁸ Как и во всяком мыслительном процессе, в доказывании по любому уголовному делу с необходимостью применяются диалектическая логика и формальная логика в их неразрывном единстве ⁵⁹.

Дело также еще и в том, что элементарный акт доказывания, в котором связывающим суждением служит общее (или частное) суждение, а вывод (доказываемое обстоятельство) – единичным суждением, по своей структуре соответствует дедуктивному умозаключению, то есть силло-

⁵⁵ Эйсмман А. А. Логика доказывания. М. : Юридическая литература, 1971. С. 64.

⁵⁶ Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В. И. О диалектическом и историческом материализме / сост. А. П. Шептулин (руководитель коллектива). М. : Политиздат, 1984. 636 с.

⁵⁷ Формальная логика / отв. ред. И. Я. Чупахин, И. Н. Бродский. Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1977. С. 158.

⁵⁸ Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1973. С. 445.

⁵⁹ Там же. С. 445.

гизму. Можно проследить логику движения процесса доказывания, разбив суждения в умозаключении на части на примере силлогизма. Однако для начала закономерным было бы обратиться к истории развития применения логических категорий к материи уголовного процесса вообще и специального знания в частности.

Одним из первых в отечественном уголовном процессе идею о силлогистическом методе мышления правоприменителя и сведущих лиц выдвинул П.Д. Спасович. В частности, он писал, что для решения специального вопроса суд должен построить силлогизм. Большой посылкой этого силлогизма является положение науки, которое может вывести только специалист, до которого суд своими средствами никогда бы не добрался. Меньшей посылкой в этом силлогизме являются фактические обстоятельства данного дела, которые должны быть подведены под большую посылку. Когда имеются обе посылки, заключение следует само собой, его устанавливает сам суд. Вывести заключение – исключительно дело суда.⁶⁰ Сведущие лица не передают суду своих личных впечатлений, но сообщают свои мнения, основанные на строго логических соображениях.⁶¹

В дальнейшем идеи П.Д. Спасовича о силлогистических формах построения мышления эксперта были развиты М.А. Чельцовым. Он утверждал, что эксперт выдвигает свое «опытное положение» (так автор именовал знания сведущего лица. – прим. А. В.) как большую посылку силлогизма, затем он подставляет в малую посылку определенные факты дела и в своем заключении дает суду новый факт⁶².

Аналогичные мысли высказывались и в немецкой процессуальной литературе. «Если судье требуется для установления определенных фактов опытное положение (так автор именуется специальное знание. – прим. А. В.), – пишет Ф. Краузе, – то имеется только две возможности: либо он сам обладает эмпирическим опытным положением и тогда должен просто применить его, либо он не обладает опытным положением и тогда должен представить эксперту установленные факты, чтобы эксперт из опытного положения, которое здесь играет роль большой посылки, и этих фактов малой посылки сделал вывод о факте X»⁶³.

⁶⁰ Спасович П. Д. Теория уголовно-судебных доказательств. СПб., 1860.

⁶¹ Там же.

⁶² Чельцов М. А. Уголовный процесс. М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 312.

⁶³ Филимонов Б. А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. М. : СПАРК, 1994. С. 117.

Как верно отмечал в 1958 году А.А. Старченко, «формы логической связи не могут быть игнорированы исследователем, он не может применять их или не применять, пользоваться ими или не пользоваться, он помимо своей воли и желания облекает свое мышление в те формы, которые отражают связи и отношения, присущие исследуемым явлениям»⁶⁴.

Рассматривая отличие логического доказательства и судебного доказывания, А.И. Трусов замечает, что логика имеет дело лишь с мыслительным материалом и мыслительными процессами, тогда как в судебном доказывании оперируют не только мыслями, но, прежде всего, фактами. Сказанное, однако, не отличает уголовно-процессуальное доказывание, ибо, как признает⁶⁵ сам А.И. Трусов, этот процесс оперирования фактами неизбежно принимает в нашей голове форму логического мыслительного процесса. В этом, собственно, и состоит универсальное значение законов логического мышления для всех отраслей знания⁶⁶.

В 1978 году популярным становится положение, согласно которому «по своей логической структуре заключение эксперта на каждый отдельный вопрос, поставленный ему следователем, является силлогизмом».⁶⁷ Вообще же силлогистической логикой пользуются и следователь, и прокурор, и суд при установлении фактических данных.

Авторы, указывающие на данную особенность, в частности, писали следующее: «Большая посылка силлогизма эксперта является положением науки или практики, в которых эксперт является специалистом, а судья (следователь) не обладает достаточными знаниями, поэтому эксперт автономен в ее подыскании и выборе. Меньшая посылка есть факт, установленный следствием. Поэтому приоритет в доказательстве истинности меньшей посылки принадлежит судье или следователю. Эксперт может принимать участие в доказывании меньшей посылки, устанавливая ее истинность известными ему криминалистическими методами, но в этой операции он подконтролен судье или следователю, играет подчиненную роль»⁶⁸.

Для иллюстрации данного положения приводится следующий пример:

⁶⁴ Старченко А. А. Логика в судебном исследовании. М., 1958. С. 226.

⁶⁵ Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств, М., 1960.

⁶⁶ Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1973. С. 293.

⁶⁷ Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград, 1978. С. 34.

⁶⁸ Там же. С. 36.

1 Если бы следы пальцев рук, обнаруженные на куске стекла, найденного на месте происшествия, были следами пальцев рук подозреваемого К., то они имели бы достаточное количество совпадающих особенностей узора с отпечатками пальцев рук подозреваемого К.

2 Следы пальцев рук, обнаруженные на куске стекла, найденного на месте происшествия, не имеют совпадающих особенностей узора с отпечатками пальцев рук подозреваемого К.

Вывод: следы пальцев рук, обнаруженные на куске стекла, найденного на месте происшествия, не являются следами пальцев рук подозреваемого К⁶⁹.

В начале XXI века эта идея получила свое развитие на волне научного спора о сравнении заключения специалиста и эксперта, но уже несколько под другим углом. Так, А.В. Кудрявцева утверждает, что в заключении специалиста отражаются исследования в форме простого логического силлогизма, где большей посылкой являются фактические обстоятельства дела, малой посылкой – специальные знания, а вывод предстает в форме умозаключения.⁷⁰

На этом заканчивается история развития мысли о силлогистической форме мышления сведущих лиц в уголовном процессе. Мы полагаем, что следует частично не согласиться со сложившейся точкой зрения и подвергнуть некоторой критике вышеуказанных авторов.

Во-первых, в силлогизме (терминология формальной логики!) любая посылка (суждение) состоит больше чем из одного понятия, как минимум из двух (субъект, предикат или средний термин). Какое из этих понятий относится к специальному знанию, авторы не указывают, а объединяют их под единым знаменателем, что чревато приравнением также и их содержания.

Во-вторых, в случае, если оба понятия в посылке составляют понятия специальные, то по законам формальной логики и правилам построения силлогизма одно из них должно в итоге оказаться в заключении. Таким образом, мы получили бы заключение эксперта с выводами, не ясными правоприменителю до конца. Да и кто видел такие выводы? Часть за-

⁶⁹ Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград, 1978. С. 35.

⁷⁰ Кудрявцева А. В. Заключение и показания специалиста как источник доказательств в уголовном процессе России // Вопросы правовой теории и практики : межвузовский сборник научных трудов. Омск, 2007. Вып. 3. С. 120-126.

ключения эксперта, содержащая выводы, как правило, написана обычным и понятным человеческим языком. Конечно, известны случаи когда, например, следователь вынужден обращаться к эксперту (в том числе и неформально) за разъяснением непонятных ему терминов, надеясь, что при дальнейшем движении дела прокурор и судья сами во всем разберутся, но такие случаи являются скорее ошибкой эксперта в построении «понятного» вывода.

Думается, что, утверждая о наличии специального знания в большей (или меньшей) посылке силлогизма, авторы скорее пользовались методологией элементарного акта доказывания и не детализировали при этом указанное умозаключение по правилам формальной логики. С одной стороны, авторы действительно правы, так как в каком то смысле они указывают на специальное знание как на знание, занимающее в умозаключении место обосновывающего. И здесь мы находим еще одно подтверждение нашего указанного выше тезиса.

С другой стороны, применяя терминологию формальной логики, они не учитывают ее законов. Резюмируя все исследования по данному вопросу и предлагая собственное видение проблемы, обозначим теперь свою позицию касательно иллюстрации элементарного акта доказывания как разложенного на составляющие части суждения, применяя при этом классическую логику, в том числе схему силлогизма.

Развивая мысль о специальном знании как «незнании знания или знании о незнании», знании «обосновывающем» для следователя, прокурора, дознавателя или судьи, мы последовательно подходим к предположению, что в содержании того материала, что представляется сведущим лицом, например, в той части заключения эксперта (специалиста), что именуется «выводы», не должно содержаться понятий специального знания. То есть вывод не должен представлять из себя «незнание о знании или знание о незнании», а должен превратиться в «знание о знании». Предположив такую идею, попробуем доказать ее.

Нам думается, что более реалистичной схемой обозначения логической деятельности эксперта явилось бы указание в ней на нахождение специального знания (или, как пишут некоторые авторы, «опытного положения») в так называемом «среднем термине», то есть в той части суждения, которая по законам логики, исключается из заключения.

Схематически силлогизм может изображаться так:

P (предикат) —→ M (средний термин) Большая посылка

S (субъект) —→ M (средний термин) Малая посылка

S (субъект) —→ P (предикат) Заключение

Для примера можно рассмотреть простой силлогизм, включающий в себя средний термин (M), субъект (S) и предикат (P), заключенные в большую и малую посылку с заключением:

1) огнестрельным повреждением с близкого расстояния (P) является всякое, вокруг которого имеется поясок металлизации, внедрившиеся порошинки и следы спаления (M);

2) вокруг данного повреждения(S) имеются поясок металлизации, порошинки и следы спаления (M);

3) данное повреждение(S) является огнестрельным повреждением с близкого расстояния (P)⁷¹.

Средним термином в данном силлогизме является понятие «поясок металлизации, внедрившиеся порошинки и следы спаления». Средний термин силлогизма – это понятие, входящее в обе посылки и отсутствующее в заключении. Крайние термины – это понятия, которые в заключении являются субъектом и предикатом. В данном случае это «данное повреждение» и «огнестрельное повреждение с близкого расстояния».

По правилам простого силлогизма отношение крайних терминов устанавливается благодаря их отношению к среднему термину. В заключении средний термин «уходит» и остается только голый вывод.

P (предикат) —→ M (средний термин) Большая посылка

S (субъект) —→ M (средний термин) Малая посылка

S (субъект) —→ P (предикат) Заключение

Здесь возникает главный вопрос: понятен ли субъекту доказывания каждый из терминов? Говоря точнее, относятся ли эти термины к его «знанию» или же представляют область неведомого, пока еще непознанного «незнания».

Если мы предполагаем, что в содержании той части заключения эксперта (специалиста), что именуется «выводы», не должно содержаться понятий специального знания, так как в них должны содержаться только «знания о знании», значит ни субъект, ни предикат умозаключения специальным знанием не являются. Остается только средний термин.

⁷¹ Эйман А. А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. М., 1967. С. 65.

Кроме того, как видно «обычному человеку» из содержания понятия, составляющего средний термин, установить его без специальных знаний не получится.

Ставя эксперимент на себе, автор уверен, что непросто без обращения к специальной литературе ответить на вопрос, что же действительно такое поясок металлизации, внедрившиеся порошинки и следы спаления. Таким образом, сделать умозаключение, не обладая данным специальным знанием и не имея возможности оперировать термином в рамках силлогизма, невозможно. Если же обратиться к субъекту и предикату данного силлогизма, то установление содержания составляющих их понятий не составит проблемы – они общеизвестны.

Аналогичным образом можно разложить на части силлогизма любые умозаключения в исследовательской части заключения эксперта, результат будет тот же – специальное знание «уходит» из окончательных выводов, если эксперт не допускает ошибку и не оставляет некие термины нераскрытыми. Данное доказательство полностью подтверждает выдвинутое предположение о нахождении «специального знания» в среднем термине силлогизма, а не в какой-либо из его посылок.

Из этого следует вывод, что в случае появления в силлогизме понятий, содержание которых неизвестно субъекту доказывания, следователь или судья не смогут произвести умозаключение. В таком случае правоприменитель не сможет получить необходимые фактические данные. Более того, если судья или следователь попытается это сделать, то подменит собой эксперта либо специалиста, что повлечет за собой смешение процессуальных функций. Для этого и привлекаются в дело сведущие люди.

Рассмотрение процесса дедукции невозможно без упоминания об индукции. Объективной основой неразрывного единства индукции и дедукции является взаимосвязь отдельного и всеобщего.

Как в объективной действительности отдельное существует в той связи, которая ведет к всеобщему, так и в мышлении индуктивное движение знания от единичного (частного) к общему с самого начала взаимосвязано с противоположным процессом движения знания от общего к единичному (частному). Так, например, то общее, из которого дедуцируется частное, само является зачастую продуктом индуктивного обобщения⁷².

⁷² Формальная логика / отв. ред. И. Я. Чупахин, И. Н. Бродский. Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1977. С 126.

Ф. Энгельс писал, что «индукция и дедукция связаны между собой столь же необходимым образом, как синтез и анализ. Вместо того чтобы односторонне превозносить одну из них до небес за счет другой, надо стараться применять каждую из них на своем месте, а этого можно добиться лишь в том случае, если не упускать из виду их связь между собой, их взаимное дополнение друг друга»⁷³.

Начинается индукция обычно с анализа и сравнения данных наблюдения или эксперимента. При этом по мере расширения множества этих данных может выявиться регулярная повторяемость какого-либо свойства или отношения. Наблюдаемая в опыте многократность повторения при отсутствии исключений внушает уверенность в её универсальности и естественно приводит к индуктивному обобщению – предположению, что именно так будет обстоять дело во всех сходных случаях. Если все эти случаи исчерпываются уже рассмотренными в опыте, то индуктивное обобщение тривиально и является лишь кратким отчётом о фактах. Такую индукцию называют полной, или совершенной, и часто рассматривают как дедукцию, так как её можно представить схемой дедуктивного умозаключения⁷⁴.

Уже высказывалось мнение, что экспертиза представляет собой разновидность научного исследования, в котором невозможно выделить и обособить индуктивный или дедуктивный метод⁷⁵.

Как писал Аристотель, там, где есть средний термин, заключение выводится посредством него, а там где его нет – посредством индукции. Для наглядности можно представить, что в индукции функцию среднего термина выполняет «меньший» термин силлогизма⁷⁶ (обозначается в схеме как $A_1, A_2, A_3, \dots, A_n$).

Рассмотрим схему полной индукции:

Множество A состоит из элементов: $A_1, A_2, A_3, \dots, A_n$.

- A_1 имеет признак B
- A_2 имеет признак B
- все элементы от A_3 до A_n также имеют признак B

Следовательно, все элементы множества A имеют признак B .

⁷³ Энгельс Ф. Диалектика природы. М., 1960. С. 180.

⁷⁴ БСЭ/Индукция (в логике). URL: <http://slovari.yandex.ru/~книги/> (дата обращения 12.09. 2014).

⁷⁵ Петрухин И. Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1964. С. 22.

⁷⁶ Аристотель. Аналитика первая и вторая. URL: <http://www.proza.ru/2012/06/10/1543> (дата обращения: 12.09.2014).

Теперь рассмотрим полную индукцию на нашем примере.

Огнестрельное повреждение с близкого расстояния (**A**) состоит из элементов: поясок металлизации (**A**₁), внедрившиеся порошинки (**A**₂), следы спаления (**A**₃), ..., **A**_n.

- поясок металлизации (**A**₁) имеется вокруг данного повреждения (**B**);
- внедрившиеся порошинки (**A**₂) имеются вокруг данного повреждения (**B**);
- следы спаления (**A**₃) имеются вокруг данного повреждения (**B**);
- все элементы до **A**_n также имеют признак **B**.

Следовательно, данное повреждение (**B**) является огнестрельным повреждением с близкого расстояния (**A**).

Меньший термин (обозначается в схеме как **A**₁, **A**₂, **A**₃, ..., **A**_n) отсутствует в выводе. Вновь подтверждается тезис об «уходе» специального знания, в этот раз в качестве «меньшего» термина, из конечного заключения.

Для рассмотрения нашей проблемы сейчас неважно, какой вид индукции (полная или неполная) применятся. Зачастую индукция действительно бывает неполной, а слово «вероятно» в выводе опускают, когда посчитают нужным исходя из сложившейся практики.

Для справки обозначим схему неполной индукции.

Множество **A** состоит из элементов: **A**₁, **A**₂, **A**₃, ..., **A**_n.

- **A**₁ имеет признак **B**;
- **A**₂ имеет признак **B**;
- все элементы от **A**₃ до **A**_k также имеют признак **B**.

Следовательно, **A**_{k+1} вплоть до **A**_n, вероятно, имеет признак **B**.

Касательно неполной индукции давно подмечено, как, обнаружив сходство либо различие и установив что-либо относительно частных, принадлежавших части класса случаев, человек затем переносит это сходство (различие) на весь класс. Так поступают и в «житейских» ситуациях, и в науке. Многократная практика санкционирует этот перенос, и потому индукция позволяет сделать более или менее правильный вывод⁷⁷.

Рассматривая виды индукции применительно к индивидуальной идентификации, Ю.К. Орлов утверждал, что речь может идти только о не-

⁷⁷ Формальная логика / отв. ред. И. Я. Чупахин, И. Н. Бродский. Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1977. С. 122.

полной индукции, поскольку количество идентификационных признаков, присущих любому конкретному объекту, в принципе, бесконечно, и никакое исследование не в состоянии их исчерпать. Вывод о совпадении всех идентификационных признаков может строиться лишь на основе совпадения определенной их части, то есть по схеме неполной индукции⁷⁸.

Указанная особенность подтверждается и в учении материалистической диалектики. Вероятность индуктивных заключений связана с принципиальной незавершенностью человеческого опыта, на что особое внимание обращал еще В.И. Ленин⁷⁹.

Таким образом, развивая догадки процессуалистов и криминалистов о значении обосновывающего знания, мы на примере дедукционного и индукционного умозаключения показали главное: неважно, как именуется обосновывающее знание (средний или меньший термин). Методологически важно, что специальное знание играет роль связующего, но исключенного из окончательного заключения звена в цепи умозаключений процесса доказывания. Специальным знанием в уголовном процессе, в сущности, является то, чем обосновывают, но не то, что получают в итоге.

Подводя черту, мы приходим к выводу, что находит свое окончательное подтверждение гипотеза об определении обосновывающего знания в умозаключении как знания специального, объединяющего аргумент и заключение. Уточняя эту гипотезу, отмечаем, что средний термин силлогизма в дедуктивном умозаключении и меньший термин в индуктивном иллюстрируют работу обосновывающего знания в цепи построения правильного умозаключения, а специальное знание «уходит» из конечного заключения.

При этом о вероятности заключений говорить не приходится. Достоверное и вероятное – это не те категории, которые подвергаются здесь рассмотрению.

Кроме того, своего рассмотрения требует проблема отграничения специального и иного знания в уголовном процессе. Так как процесс познания в целом регулируется едиными законами, всегда остается неясным, как определить «незнание» субъекта доказывания конкретно в уголовном процессе? Какие критерии используются для такой индивидуализации, а также по каким признакам проводится «остановка» субъекта в процессе познания по

⁷⁸ Цит. по: Аверьянова Т. В. Судебная экспертиза. Курс общей теории. М. : Норма, 2009. С. 332.

⁷⁹ См. Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 162.

уголовному делу и где проводится граница между специальным и юридическим знанием? Эти вопросы будут рассмотрены в следующем параграфе.

Здесь же сформулируем краткие выводы.

Во-первых, методологически верным является употребление термина знания как результата и познания как процесса.

Во-вторых, в делении понятия «специальные знания» на знания в области науки, техники, искусства и ремесла нарушены логические законы деления понятия.

В-третьих, сущность специального знания – это «незнание знания» или «знание о незнании» как взаимопроникающие явления.

В-четвертых, в элементарном акте доказывания к специальному знанию следует относить обосновывающее знание, исключенное из конечного заключения, как в дедуктивном и индуктивном умозаключении под ним следует понимать средний и меньший термин соответственно.

§ 1.2 Границы специальных и юридических знаний

Понимание сущности специального знания невозможно без понимания его границ. Иными словами, невозможно дать определение некому объекту, без перечисления признаков, отличающего этот объект от иных объектов. Поэтому, с одной стороны, все вышеуказанные определения специального знания, так или иначе, уже касались этой проблемы, а с другой – в науке указанный вопрос получил самостоятельное развитие.

На современном этапе развитие идеи отграничения идет по двум направлениям. Представители первого направления (например, Ю.К. Орлов, Е.В. Селина, Л.Г. Шапиро, Е.П. Гришина, Т.В. Сахнова, Л.В. Лазарева) пытаются определить границы специальных знаний.

Представители второго направления отдельно указывают, что установить критерии разграничения специальных знаний с общедоступными невозможно (например, Е.Р. Российская, А.А. Эксархопуло).

Так как мы придерживаемся позиции, отстаиваемой представителями первого направления, остановимся сначала на критическом анализе доводов, приводимых учеными, отстаивающими вторую точку зрения.

Еще И.Я. Фойницкий справедливо указывал на изменчивый характер границы между «специальными и общедоступными знаниями»⁸⁰.

⁸⁰ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1899. Т.2. С. 317.

В.К. Случевский писал: «Создать точный критерий к определению того, в каких случаях надлежит вызывать экспертов невозможно, и вполне от усмотрения органа судебной власти зависит определить, когда обращаться за содействием их»⁸¹.

А.А. Экскархопуло полагает: «Найти критерии, которые объективно отграничивали бы специальное от неспециального, невозможно, а невозможно уже потому, что то, что вчера было специальным... то, чем профессионально не владеет в силу новизны один следователь, другой уже использует вполне квалифицированно, личным примером "преобразуя" знание специальное в общедоступное»⁸².

Е.Р. Россинская уверена, что «соотношение специальных и общеизвестных знаний по своей природе изменчиво, зависит от уровня развития социума и интегрирования научных знаний в повседневную жизнь человека. Расширение и углубление знаний о каком-то явлении, процессе, предмете приводит к тому, что знания становятся более дифференцированными, системными, доступными все более широкому кругу лиц. В конечном итоге сфера обыденных знаний обогащается»⁸³.

Она приводит такой пример, когда в конце 1980-х гг. на разрешение судебной экспертизы, производство которой было поручено ей, был поставлен вопрос о назначении плоского предмета прямоугольной формы, размером 90 x 94 мм, в центре которого располагался металлический диск диаметром 25 мм. С одного края на предмет была надета прямоугольная металлическая подвижная пластина, при перемещении которой в сторону была видна прорезь, закрытая тонкой коричневой пленкой. Непросто в этом описании узнать магнитную дискету для персонального компьютера. Сейчас этот вопрос решается на уровне общеизвестного знания⁸⁴.

Действительно, соотношение специальных и общеизвестных знаний изменчиво. Однако мы полагаем, что такое отграничение теоретически возможно и необходимо, но почему? Здесь хочется заметить важное обстоятельство. Решение вопроса об отграничении специального знания от общедоступного неизбежно ставит и вопрос об отграничении специально-

⁸¹ Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса. 4-е изд., доп. и испр. СПб., 1913. С. 322.

⁸² Экскархопуло А. А. Правовые основы использования специальных познаний и технических средств в расследовании уголовных дел // Проблемы раскрытия преступлений в свете современного уголовно-процессуального законодательства : материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной памяти И.Ф. Герасимова. Екатеринбург, 2003. С. 526.

⁸³ Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2008. С. 10.

⁸⁴ Там же. С. 10.

го знания от любого иного. Если же мы абсолютно отказываемся от такого отграничения, то ставим себя некоторым образом в затруднительное положение при определении случаев применения специального знания.

Постановка вопроса об отграничении специального и общедоступного знания – это половинчатое решение проблемы. Правильнее, возможно, было бы ставить вопрос не просто о разграничении общедоступного и специального знания, а о разграничении знания, присущего следователю, дознавателю, прокурору или судье, и знания специального, то есть в каком-то смысле об отграничении в единстве некой отрасли юридического (уголовно-процессуального) знания и фоновых (присущих как общедоступное) знаний правоприменителя от некоего иного (специального) знания.

В общенаучной теории познания (гносеологии) любая объективная действительность познаваема, любое знание может быть открыто. Если мы утверждаем, что в законе существует и активно применяется понятие «специальные знания», а для оперирования им привлекаются «сведущие лица», значит, соответственно, в законе общий процесс познания имеет свою границу, в том числе в уголовном судопроизводстве. Тогда, по логике, здесь действует закон исключенного третьего – знание либо познаваемо, либо нет. Либо знание, либо незнание. Третьего не дано. Специальное знание является, как было описано выше, незнанием для адресата доказывания, или знанием о незнании. Значит, адресат не может знать и понимать категорию «специальное знание», хотя может понимать свое незнание, ставить проблему.

Потенциально для любого человека специальное знание познаваемо. Но вот в конкретный момент времени в конкретной области знания и конкретным субъектом – нет. Как писал Ф. Энгельс, «с исторической точки зрения это имело бы некоторый смысл: мы можем познавать только при данных нашей эпохой условиях и лишь настолько, насколько эти условия позволяют». ⁸⁵ А.А. Эйсман утверждал, что знания физика являются в некотором роде специальными для химика, и наоборот.

Возможно, поэтому для процесса познания в законе (не только в уголовном процессе) был введен термин «специальное», чтобы зафиксировать процесс в одной точке, чтобы индивидуализировать этот процесс. Сам факт существования данного понятия в законодательстве с начала

⁸⁵ Маркс К., Энгельс Ф., Дialeктика природы. Ф. Соч. Т. 20. С. 555-556.

XIX века непреклонно свидетельствует об объективной необходимости разграничивать сферы человеческого знания.

Описанный нами в предыдущем параграфе процесс познания, то есть перехода от незнания к знанию и от неполного и неточного знания ко все более полному и точному, ничем не отличается от обычного познания по уголовному делу. Это лишь его общий скелет, примененный по отношению к категории «специальное знание». Но зачем законодатель ввел категорию «специальное знание»? Почему на протяжении почти двухсот лет в судопроизводстве существует институт сведущих людей? Значит, отражая объективную действительность, законодатель хотел показать, что нечто в рамках конкретного процесса познания конкретными субъектами все же непознаваемо или не должно быть познаваемо.

Думается, поэтому, в частности, нормативная терминология о специальном знании стремится к унификации. Примером тому могут служить нормы Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности», единые для всех форм процесса: гражданского, уголовного, административного, конституционного. Сравнительный анализ статей Уголовного, Гражданского, Арбитражного процессуальных кодексов, Кодекса об административных правонарушениях в части, касающейся судебных экспертиз, показывает, что основания и порядок назначения судебной экспертизы, права и обязанности эксперта, условия назначения повторных и дополнительных экспертиз во всех кодексах практически одинаковы⁸⁶.

Перечень обязательных случаев назначения экспертизы, представленный в современном УПК РФ, не стоит считать уникальным, приписывая ему какие-то особые свойства. Не стоит также и отталкиваться исключительно от него в рассуждениях об отграничении специального знания.

Полагаем, надо воспринимать его как один из примеров применения специального знания. Думается, перечень этот сложился исторически, как традиционное вовлечение в уголовный процесс в качестве сведущих лиц представителей врачебной профессии. В истории отечественного правосудия было немало и других примеров.

Так, например, УПК Узбекской ССР (п. 5 ст. 67), Армянской ССР (п. 4 ст. 68), БССР (п. 5 ст. 75), УССР (п. 4 ст. 76) требовали обязательного

⁸⁶ Россинская Е. Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве // Журнал российского права. 2001. №5.

назначения экспертизы для установления половой зрелости потерпевшей по делам о половых преступлениях. УПК Литовской ССР (п. 5 ст. 86) требовал обязательного проведения экспертизы по делам о подделке денежных знаков. УПК Азербайджанской ССР (п. 6 ст. 73) предусматривал обязательное проведение экспертизы для проверки оспариваемых обвиняемым документов ревизии, проведенной без его участия, если они послужили основанием к возбуждению уголовного дела.

Таким образом, мы утверждаем, что сама возможность отграничения специального знания не только возможна, но даже необходима.

Позиция ученых о поиске критериев разграничения более распространена в литературе. Сторонники отграничения специального знания пытаются найти перечень объективных критериев, по которым можно было бы провести некий водораздел. Так, Т.В. Сахнова полагает, что проблема разграничения обыденного и специального знания применительно к гражданскому и арбитражному процессу есть проблема определения критериев потребности в специальных знаниях. За исключением случаев, специально предусмотренных в законе, решение этого вопроса отдано на усмотрение следователя, суда, органа, рассматривающего административное правонарушение. Т.В. Сахнова предлагает следующие критерии потребности:

1) норма права (материального или процессуального), содержащая специальные элементы в определенной форме;

2) уровень развития научных знаний, позволяющий использовать их для практических целей;

3) наличие объективной связи между способом применения научных знаний и юридической целью их использования⁸⁷.

Е.П. Гришина, в свою очередь, выделяет иной перечень. По ее мнению, необщезвестность и необщедоступность специальных знаний, используемых в уголовном судопроизводстве, можно определить как свойства, отвечающие следующим критериям:

1) известность ограниченному кругу лиц;

2) ограниченная распространенность;

3) основной источник получения – специальное образование;

4) закрепление – профессиональная, ремесленная, творческая, промысловая деятельность;

⁸⁷ См.: Сахнова Т. В. Судебная экспертиза. М. : ГОРОДЕЦ, 1999.

- 5) условия приобретения – проживание в определенных бытовых, этнических, климатических и иных особых условиях (например, криминогенных);
- 6) сфера применения – уголовно-процессуальные отношения;
- 7) соотношение с социально-бытовой сферой – выход за рамки простого житейского опыта, общесоциального представления⁸⁸.

Еще один перечень критериев, но уже в более широком смысле, предлагает Л.В. Лазарева:

- 1) уровень современного развития различных отраслей человеческой деятельности;
- 2) устоявшиеся в обществе взгляды на те или иные стороны человеческой деятельности;
- 3) возможность в применении достижений науки и техники;
- 4) решаемые специфические задачи конкретного расследования;
- 5) возможность решения таких задач на основе достижений науки, техники, искусства и ремесла;
- 6) характер (квалификация) расследуемого преступления и т. п.⁸⁹

Л.Г. Шапиро выделяет следующие основные положения, касающиеся отнесения знаний к категории специальных и условия их применения:

- 1) отнесение тех или иных знаний к числу специальных зависит от того, в границах общего или специального образования изучаются предметы и явления действительности;
- 2) познания перестают быть специальными, как только они становятся общедоступными, общеизвестными;
- 3) к специальным познаниям не относятся методологические науки, т.к. они основополагающие для всех частных наук и исследований;
- 4) специальные познания в уголовном процессе не включают в себя профессиональные познания адресата доказывания;
- 5) в уголовном процессе должны использоваться новейшие современные специальные познания;
- 6) обязательным признаком специальных познаний является наличие у лица теоретических знаний, а факультативным – практического опыта;
- 7) адресат не может использовать свои познания из других областей познания в качестве доказательств, поскольку в противном случае нару-

⁸⁸ Гришина Е. П. Дифференциация общеизвестных, общедоступных и специальных знаний, используемых в производстве по уголовным делам // Уголовное судопроизводство. 2009. № 4. С. 27-29.

⁸⁹ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юр. наук. Владимир, 2011. С.86.

шаются основополагающие принципы уголовного процесса, закрепленные в УПК⁹⁰.

Е.П. Гришина указывает на еще один очень важный аспект проблемы. Она пишет, что использование специальных знаний в уголовном судопроизводстве ограничено неким пределом, нижняя граница которого означает известность этих знаний определенному ограниченному кругу лиц, а верхняя – уровень научных достижений в конкретной отрасли, поскольку необъяснимые с научной точки зрения, недостаточно освещенные в специальной литературе и неапробированные практикой знания не могут использоваться в доказывании по уголовным делам⁹¹.

Нельзя не согласиться с приведенными здесь критериями отграничения. Мы же, в свою очередь, попытаемся внести свой вклад в развитие идеи о возможности отграничения специального знания в рамках уголовного судопроизводства.

Для того, чтобы понять назначение «специального знания» в рамках какой-то отрасли знания, для начала стоит задаться вопросом, в чем состоит общая методология отграничения отраслей человеческого знания вообще? Она заключена все в той же формуле: «От субъективной идеи человек идет к объективной истине через *практику*». На триединстве «практика – познание – знание» строится вся логика рассуждения.

Человек познает окружающий мир не ради познания. Его целью является изменение мира, преобразование природной и социальной действительности в соответствии со своими исторически развивающимися потребностями⁹². Это вопрос о взаимосвязи знания, познания и практики.

Практическая деятельность с объектами окружающего мира составляет суть человеческой жизнедеятельности. В ходе познания происходит «распределение целостных познавательных деятельностей в соответствии с богатством особенного содержания»⁹³. Практика является критерием отграничения различных отраслей человеческого знания в ходе процесса познания, как, например, каждая наука в системе знания отражает особенную область осваиваемого человеком мира.

⁹⁰ Шапиро Л. Г. Использование специальных познаний при расследовании преступных уклонений от уплаты налогов / под ред. В. В. Степанова. Саратов : СГАП, 2001. С. 18-19.

⁹¹ Гришина Е. П. Необщезвестность – гносеологический предел использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве // История государства и права. 2013. № 17. С. 23-26.

⁹² Принципы материалистической диалектики как теории познания / под ред. В. А. Лекторского, С. Н. Мареева, А. А. Сорокина. М. : Наука, 1984. С. 271.

⁹³ Там же. С. 229.

Практическая деятельность не только требует и порождает процесс умозаключения, но и служит критерием его истинности⁹⁴.

Каждая наука, как и любая отрасль человеческого знания – это определенный способ производства и организации знаний о тех объектах, практическим преобразованием которых она занимается. Разные объекты – разные отрасли знаний.

Объект – это то, что еще подлежит научному изучению с помощью познавательных средств и приемов соответствующей отрасли знания. Выделение познания в относительно самостоятельную область означает и выделение специально предмета познания⁹⁵.

Объект познания отличается от предмета. Один и тот же объект может изучаться, например, разными науками, причем каждая наука изучает данный объект с позиций своего особого предмета и метода. Любая совокупность знаний, составляющая науку, возникает естественно-историческим путем, порождается в конечном счете потребностями практики. Последняя формирует предмет научного исследования, уточняет и изменяет его в зависимости от потребностей общественного производства и возможностей общества⁹⁶.

В весьма упрощенном виде можно сказать, что объект познания – это то, что мы о нем знаем *до* его изучения, а предмет – это изученный объект, то, что мы знаем о нем *после* познания.

Нужно также понимать, что предмет разграничивает любую отрасль знаний во взаимосвязи с методом. Методы «возникают в ходе внутреннего развития какой-то системы теоретического знания, на основе вновь открытых фундаментальных закономерностей, служащих основой нового метода познания».⁹⁷ Метод – это своего рода отражение изучаемого объекта, как и объект, изучаемый посредством метода, определен только этим методом. Поэтому принято говорить более конкретно, что предмет – это объект через призму метода.

Как отмечает Т. Павлов, «научный метод – это внутренняя закономерность движения человеческого мышления, взятого как субъективное отражение объективного мира, или, что одно и то же, как “пересаженная” и “переве-

⁹⁴ Копнин П. В. Гносеологические и логические основы науки. М. : Наука, 1973. С. 186.

⁹⁵ Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 4-е изд. М. : Политиздат, 1981. 445 с.

⁹⁶ Ворожцов В. П., Москаленко А. Т., Шубина М. П. Гносеологическая природа и методологическая функция научной теории. Новосибирск : Наука. Сиб. отд-ние, 1990. С. 16.

⁹⁷ Копнин П. В. Гносеологические и логические основы науки. М. : Наука, 1973. С. 310.

денная” в человеческом сознании объективная закономерность, используемая, сознательно и планомерно, как орудие объяснения и изменения мира»⁹⁸.

Согласно философскому словарю предмет познания – это зафиксированные в опыте и включенные в процесс практической деятельности человека стороны, свойства и отношения объектов, исследуемые с определенной целью в данных условиях и обстоятельствах⁹⁹.

Диалектический материализм признает и воздействие объекта на субъект познания и активную роль последнего. Поскольку объект познания выступает через призму познавательной активности субъекта, совершающейся на основе и ради практики и проверяемой практикой, он является предметом познания, который, однако, не может быть полностью сведен к объекту познания¹⁰⁰.

Итак, любая отрасль знания может быть отграничена как минимум по трем критериям: объект, предмет и метод. А.И. Рахитов обращал на это внимание при формулировании общих требований, которым удовлетворяет любая наука¹⁰¹. Однако это отграничение должно пониматься не как парадигма, а только во взаимосвязи с субъектом познания.

О делении знания по трем указанным основаниям на виды существует масса точек зрения (выделяют ненаучное, донаучное, паранаучное, лженаучное, квазинаучное, антинаучное, псевдонаучное знание)¹⁰². Кроме того, в обществе наличествуют мифологические, художественные, религиозные, искусствоведческие и иные знания¹⁰³. Так или иначе все отрасли знания принято делить две категории: научные и ненаучные.

Любые из этих отраслей знания могут (но не обязаны) быть «специальными» в праве. Примеры об использовании нетрадиционных видов знания, таких как парапсихология и экстрасенсорика, имеются и в уголовном процессе¹⁰⁴.

Л.Е. Владимиров, анализируя взгляды на экспертизу и определяя правовую природу заключения экспертов, высказывал точку зрения о раз-

⁹⁸ Павлов Т. Теория отражения. М. : Изд-во иностр. литературы, 1949. С. 401.

⁹⁹ Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 4-е изд. М. : Политиздат, 1981. 445 с.

¹⁰⁰ Там же.

¹⁰¹ Рахитов А. И. Понятие науки и ее структура как объект общей теории науки. Проблемы методологии и логики наук. Томск, 1965. Вып. 2. С. 105-106.

¹⁰² Кохановский В. П., Золотухина Е. В., Лешкевич Т. П. Философия для аспирантов. 2-е изд. Ростов н/Д. : Феникс. 2003. С. 8.

¹⁰³ Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 4-е изд. М. : Политиздат, 1981. 445 с.

¹⁰⁴ Марфицин П. Г., Климова О. О. Использование нетрадиционных видов познаний в уголовном судопроизводстве. Правовые технологии. М., 2000. С. 28.

делении сведущих лиц на два разряда: «на экспертов научных и ненаучных»¹⁰⁵.

И.И. Трапезникова пишет, что не всегда возможно четко разделить, когда сведущее лицо в процессе познания (исследования) применяет исключительно научные знания, а когда обыденные. Это система взаимосвязанных элементов, поэтому необходимо при определении специального знания исходить в первую очередь из целей применения знания и умений, требований процессуальной формы, а не из принадлежности знания, умения к какому-либо виду знания¹⁰⁶.

По аналогичному принципу (объект, предмет, метод) построены все учебники, например, в гуманитарном образовании. Исключительность любой отрасли права начинается с объекта, предмета и метода. Каждая отрасль права имеет свой особый объект, свой особый предмет и свой особый метод правового регулирования в пределах общего объекта, общего предмета и общего метода правовой регуляции¹⁰⁷.

Фактически над вопросом об отграничении различных отраслей знаний и должны работать исследователи-процессуалисты, пытаясь выделить среди этой массы форм знания ту, что должна принадлежать к разделу, с одной стороны, «специального», а с другой – общеизвестного и исключительно «уголовно-процессуального» (принадлежащего следователю, дознавателю, прокурору и судье).

Верно рассуждает Е.Р. Россинская, когда говорит: «Для того чтобы говорить о юридических экспертизах как специальных, необходимо определить их предмет и объект исследования, и границы этих специальных знаний»¹⁰⁸.

При ответе на вопрос об отграничении специального знания мы предлагаем пользоваться обозначенной выше общенаучной методологией и терминологией.

Таким образом, для отнесения, с одной стороны, знания в категории специального, а с другой – общеизвестного или исключительно «уголовно-процессуального» (принадлежащего следователю, дознавателю, прокурору и судье) мы предлагаем три базовых критерия:

¹⁰⁵ Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула : Автограф, 2000. С. 238, 299.

¹⁰⁶ Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰⁷ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М. : ИНФРА, 1999. С. 435.

¹⁰⁸ По материалам межвузовского круглого стола, проведенного в Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина 16.01.2009 года // СПС «Консультант Плюс».

- 1) объект познания;
- 2) предмет познания;
- 3) метод познания.

В то же время три этих критерия должны пониматься не как парадигма, а лишь во взаимосвязи с субъектом познания. К. Маркс писал: «Главный недостаток всего предшествующего материализма – включая и фейербаховский – заключается в том, что предмет, действительность, чувственность берётся только в форме объекта, или в форме созерцания, а не как человеческая чувственная деятельность, практика, не субъективно»¹⁰⁹.

Исходя из публичного характера уголовного процесса, полагаем, что в уголовном процессе субъектом познания традиционно должен считаться субъект доказывания (правоприменитель). Значит, именно объект, предмет и метод правоприменителя должны быть определяющими при выделении единой «уголовно-процессуальной» отрасли знания, в которую входят и знания общеизвестные, с одной стороны, и знания профессиональные для следователя, дознавателя, прокурора, судьи, с другой.

Объект, предмет и метод — довольно обширные категории, их раскрытие представляет большую проблему, особенно для правоприменителя. Так, например, по мнению А.А. Давлетова, предмет уголовно-процессуального познания – это система юридических свойств (сторон) исследуемых по уголовному делу явлений действительности, постижение которой позволяет разрешить задачи уголовного судопроизводства. К свойствам относятся уголовно-правовая, гражданско-правовая, криминальная, уголовно-процессуальная и доказательственная¹¹⁰.

Однако мы не будем останавливаться на этом подробнее, но отметим, что указанная выше формулировка предмета уголовно-процессуального познания затрагивает еще одну важную проблему. Эта проблема имеет особое значение и обладает собственной историей, логикой и аргументацией, к которым мы сейчас и обратимся. Последовательное развертывание вопроса «специального» приводит нас именно к этому.

Дело в том, что вопрос об отнесении правовых знаний к категории «специальных» всегда стоял особняком. Юристы делятся здесь на две группы: первые не признают правовые знания специальными, вторые,

¹⁰⁹ К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные произведения. М. : Политиздат, 1952. Т. III. С. 27.

¹¹⁰ Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания. Екатеринбург : Гуманитарный Университет, 1997. С. 127.

наоборот, выделяют отрасли права, понятные и доступные одним юристам, но являющиеся одновременно «специальными» для других.

Здесь очень важно отметить следующий факт – решение проблемы об отношении юридического знания к специальному является частным способом решения проблемы об отграничения специального знания вообще. Точнее в уголовном судопроизводстве решение об отграничении «уголовно-процессуального» знания от иных отраслей правового знания помогает понять, какое знание следует считать «специальным» в рамках уголовного процесса.

Первая точка зрения по данной проблеме является классической и берет свое начало еще в позапрошлом веке. В систематическом комментарии к Уставу уголовного судопроизводства под общей редакцией профессора М.Н. Гернета указывалось: «Заключение экспертов как сведущих по той или иной специальности людей является компетентным в отношении исключительно технических вопросов, оно ни в коем случае не может касаться вопросов юридических»¹¹¹.

Некоторое подтверждение доказываемого тезиса имело место и в советское время. Более осторожно по данной теме высказывался А.И. Винберг: «Общеизвестно, что эксперт в своем акте не должен высказывать мнения о виновности данного лица, о юридической квалификации совершенного им деяния (убийство, подлог, мошенничество, растрата, членовредительство и т.п.), так как эти вопросы не составляют его компетенцию. Пленум Верховного суда СССР по ряду дел указывал, что экспертиза не может брать на себя функции следователей или суда и приходиться к выводам о виновности лиц, юридической квалификации совершенного преступления и т.п., так как в этих случаях эксперты превышают свою компетенцию и выходят за рамки своей специальности».¹¹²

В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 г. №1 «О судебной экспертизе по уголовным делам» было разъяснено, что «суды не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов как не входящих в его компетенцию (например, имело ли место хищение либо недостача, убийство или самоубийство и т.п.)».¹¹³

¹¹¹ Устав уголовного судопроизводства. М., 1914. С.702.

¹¹² Винберг А. И. Основные принципы советской криминалистической экспертизы. М. : Государственное издательство юридической литературы, 1949. С. 61.

¹¹³ Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 г. №1 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // СПС «Консультант Плюс».

В то же время некоторые советские процессуалисты признавали иностранное право в качестве специального знания и допускали возможность назначения соответствующих экспертиз¹¹⁴. Сегодня аналогичное установление можно встретить, например, в статье 14 АПК РФ, согласно которой «в целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции Российской Федерации и иные компетентные органы или организации Российской Федерации и за границей либо привлечь экспертов».¹¹⁵

Вне всякого сомнения, авторы правы в том, что каждый участник уголовного судопроизводства наделен присущей только ему компетенцией. Делай то, что должен – и будь, что будет. Врач или химик не вмешиваются в компетенцию следователя или судьи.

Но в то же время, критикуя приведенную позицию, отметим один важный факт. Наглядно его демонстрирует в своей книге И.Л. Петрухин¹¹⁶. Причиной смерти в уголовно-правовом отношении является противоправное либо правомерное поведение человека. В этом смысле причиной смерти может быть преступление, например, убийство. Право установления юридических причин смерти принадлежит суду и следователю. Компетенцию судебно-медицинского эксперта составляет установление медицинских причин смерти. Судебно-медицинский эксперт может констатировать смерть от потери крови, шока, асфиксии и т.п.

Не всегда учитывается, что профессионально-технические правила во многих случаях санкционируются государственной властью и становятся содержанием законов и других нормативных актов.¹¹⁷ Ясно, что если специальные научные правила, относящиеся к компетенции эксперта, одновременно закреплены в норме права, то вывод эксперта о нарушении этих правил и будет выводом о нарушении норм права.

Примеров таких случаев можно вспомнить очень много: судебно-медицинская экспертиза (тяжесть телесных повреждений, причина смер-

¹¹⁴ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1959. С. 239; Советский уголовный процесс / под ред. проф. Д. С. Карева. М. : Изд-во «Высшая школа», 1968. С. 154; См.: Петрухин И. Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М. : Юрид. литература, 1964. С. 127.

¹¹⁵ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 29.06.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2015) // СПС «Консультант Плюс».

¹¹⁶ Петрухин И. Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. Юридическая литература. М., 1964. С. 118.

¹¹⁷ Петрухин И. Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М. : Юридическая литература, 1964. С. 124.

ти), судебно-бухгалтерская экспертиза (совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом, банкротство, включение в налоговую декларацию ложных сведений), судебно-психиатрическая экспертиза (состояние невменяемости, аффекта), судебно-химическая экспертиза (признание исследуемого вещества относящимся к наркотическому), судебно-баллистическая (признание исследуемого объекта относящимся к огнестрельному или холодному оружию) и т.п.

И.И. Трапезникова отмечает, что в теории уголовно-процессуального права и в практике уголовного судопроизводства, несмотря на общий запрет на постановку перед экспертом вопросов правового характера, в тех случаях, когда норма права содержит в себе технические правила и предписания, установлено правило, что перед экспертом должен ставиться вопрос о соответствии (несоответствии) определенных действий специальным правилам¹¹⁸.

Актуальным здесь было бы указать на очень точное высказывание А.А. Эскархопуло: «Право решать правовые вопросы и право принимать правовые решения – понятия не тождественные»¹¹⁹.

Указанный факт является очень важным в вопросе признания специальным знанием знания юридического, потому что сегодня популярной становится противоположная классической точка зрения. Так, тот же А.А. Эскархопуло указывает: «К числу стереотипов прежде всего следует отнести точку зрения о том, что специальными не являются познания в области права»¹²⁰.

Неклассическую точку зрения можно назвать «компетентностной», так как ее сторонники¹²¹ при определении границ специального знания берут за основу компетенцию субъекта применения знания.

Еще в 1980 году Г.М. Надгорный предлагал рассматривать специальные знания как «знания, не относящиеся к общеизвестным, образующие основу профессиональной подготовки по научным, инженерно-

¹¹⁸ Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹⁹ Эскархопуло А. А. Специальные познания и их применение в исследовании материалов уголовного дела. СПб. : Изд-во СПбГУ, 2005. С. 66.

¹²⁰ Эскархопуло А. А. Специальные познания в уголовном процессе и их нетрадиционные формы // Вестник криминалистики. 2001. Вып. 2 С. 26.

¹²¹ Сорокотягин И. Н. Специальные познания в расследовании преступлений. Свердловск, 1984. С. 5; Зуев Е. И. Современное представление о специальных познаниях в судопроизводстве // Новые разработки и дискуссионные проблемы теории и практики судебной экспертизы. М., 1985. Вып. 1. С. 8; Лисиченко В. К., Циркаль В. В. Использование специальных познаний в следственной и судебной практике. Киев, 1987. С. 22.

техническим и производственным специальностям, а также общеизвестные знания, необходимые для занятия какими-либо иными видами деятельности»¹²².

Специальное знание – это сугубо правовая категория, продукт особенностей уголовно-процессуального доказывания¹²³. Следователь (дознатель) должен определить подлежащую применению область специальных знаний, что обуславливается необходимостью решения вопросов, выходящих за пределы правовых знаний субъекта расследования, и обстоятельствами, подлежащими установлению по конкретному делу¹²⁴.

Специфика специальных знаний, по мнению Е.И. Зуева, применительно к уголовному судопроизводству заключается в том, что они реализуются в сфере уголовно-процессуальных отношений¹²⁵.

В.Н. Махов предлагает относить к «специальным знаниям» правовые знания, исключая профессиональные знания следователей и судей. «...Профессиональные знания следователя (судьи) – это правовые знания. Но далеко не все, а знания прежде всего уголовного права, уголовного процесса, криминалистики. Изучив в вузе хозяйственное, трудовое, международное право и некоторые другие отраслевые правовые науки, следователи могут сами разобраться в несложных юридических вопросах из соответствующих отраслей права. Но и среди юристов существует специализация. И со стороны следователя было бы неправильным игнорировать углубленные познания юристов, специализирующихся в какой-то узкой сфере правовой деятельности, выходящей за пределы его профессиональной деятельности»¹²⁶.

Е.Р. Россинская пишет: «Распространять сегодня на конкретного следователя, дознавателя, прокурора, судью обязанность быть вполне компетентным во всех вопросах всех известных сегодня отраслей и подотраслей права, знание которых может потребоваться в ходе расследования и рассмотрения уголовных дел, означало бы поставить следователя, суд в

¹²² Надгорный Г. М. Гносеологические аспекты понятия «специальные знания» // Криминалистика и судебная экспертиза. Киев, 1980. Вып.21.

¹²³ Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

¹²⁴ Шапиро Л. Г. Ситуационный подход к использованию специальных знаний при расследовании преступлений в сфере экономической деятельности // Эксперт-криминалист. 2013. № 3. С. 15-17.

¹²⁵ Зуев Е. И. О понятии специальных познаний в уголовном процессе // Вопросы теории криминалистики и судебной экспертизы : материалы научной конференции. М., 1969. Вып. 1. С. 73.

¹²⁶ Махов В. Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. М., 2000. С. 46-47.

весьма затруднительное, если не сказать безвыходное, положение, когда «знать право они обязаны», но реально освоить эти знания в объеме, необходимом для принятия квалифицированных и ответственных решений, не могут»¹²⁷.

Е.Р. Россинская идет еще дальше в своих намерениях признать юридические знания специальными, предлагая ввести в России правовую экспертизу¹²⁸.

Мы разделяем позицию сторонников признания специальными знаниями и правовых знаний, но уверены, что не стоит быть столько категоричными и говорить на сегодняшний день о возможности появления правовых экспертиз.

Необходимо понимать методологию появления новых отраслей знания.

Когда открывается новая предметная область, входящая в сферу практической и теоретической деятельности человека, возникает вопрос, не является ли эта теоретическая система знания самостоятельной наукой. С развитием практики происходит конкретизация («дифференциация») особенных наук внутри себя: появляются новые отрасли наук, которые уже внутри данной науки выступают как особенные¹²⁹.

Процесс образования научных дисциплин носит конкретно-исторический характер; длительное время система знаний развивается внутри какой-либо науки, а потом ее связи с другими теоретическими системами, входящими в нее, ослабевают, и сама она внутренне разрастается, вырабатывает свой язык и метод и, таким образом, становится самостоятельной областью знания, получает свое имя. Иногда этот процесс задерживается под влиянием традиций и других внелогических факторов¹³⁰.

Целый ряд особенностей отраслевых методов связан с тем, что каждой отрасли права присущи свой особый порядок определения отраслевого состава субъектов права с особым содержанием их правосубъектности, правоспособности и дееспособности, свои особые условия (наличие определенных юридических фактов) и формы осуществления соответствующих прав и обязанностей, свои особые способы соединения публично-

¹²⁷ Эксархопуло А. А. Специальные познания и их применение в исследовании материалов уголовного дела. СПб., 2005. С. 68.

¹²⁸ Российская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2006. С. 17.

¹²⁹ Принципы материалистической диалектики как теории познания / под ред. В. А. Лекторского, С. Н. Мареева, А. А. Сорокина. М. : Наука, 1984. С. 230.

¹³⁰ Копнин П. В. Гносеологические и логические основы науки. М. : Наука, 1973. С. 310.

правовых и частно-правовых компонентов в нормах права данной отрасли, свои особые правила использования и приемы сочетания регулятивных свойств норм права различных видов (императивных и диспозитивных; запретительных, обязывающих, управомочивающих и т.д.)¹³¹.

В.С. Нерсесянц пишет также, что к важным отличительным особенностям отраслевого метода относятся и те специальные отраслевые юридические принципы, понятия, термины, формулы, концепции и конструкции, с помощью которых выражается специфический регулятивный смысл отраслевых норм и содержательно-предметное своеобразие каждой отрасли права.

В целом предмет и метод как два компонента любой отрасли права представляют собой два взаимодополняющих аспекта осмысления и выражения регулятивно-правовых свойств и характеристик одной и той же совокупности однопорядковых отраслевых норм, регулирующих группу однородных общественных отношений¹³².

Упоминаний о имеющейся специализации по предмету и методу внутри самого права можно встретить предостаточно. Так, часть 2 статьи 118 Конституции РФ указывает, что «судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства».¹³³ Более того, ФКЗ «О Конституционном суде» уже допускает теоретическую возможность получения экспертизы по правовым вопросам. Так, в статье 63¹³⁴ предусмотрено, что «в заседание Конституционного Суда Российской Федерации может быть вызвано в качестве эксперта лицо, обладающее специальными познаниями по вопросам, касающимся рассматриваемого дела. Вопросы, по которым экспертом должно быть дано заключение, определяются судьей-докладчиком либо Конституционным Судом Российской Федерации».

В статье 26 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» закрепляется возможность существования специализированных федеральных судов¹³⁵, а 6 декабря 2011 года в том же законе появилась статья 26.1, посвященная «суду по интеллектуальным правам».

¹³¹ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М. : ИНФРА, 1999. С. 436.

¹³² Там же. 1999. С. 437.

¹³³ Конституция РФ // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁴ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 04.06.2014) «О Конституционном Суде Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 06.08.2014) // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁵ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СПС «Консультант Плюс».

Устанавливается, что суд по интеллектуальным правам является специализированным арбитражным судом, рассматривающим в пределах своей компетенции дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав, в качестве суда первой и кассационной инстанций.

Закон «О статусе судей в Российской Федерации» в статье 5 предусматривает, что «в целях установления наличия у кандидата на должность судьи знаний, навыков и умений, необходимых для работы в должности судьи в суде *определенного вида* (выделенной мной. – А. В.) и уровня, формируются экзаменационные комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи»¹³⁶.

Идет понимание процесса специализации юридического знания и в уголовном процессе.

В 1997 году Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении указал: «Учитывая специфику дел о налоговых преступлениях, рекомендовать судам в целях наиболее полного и всестороннего выяснения всех обстоятельств, связанных с уклонением от уплаты налогов, привлекать в необходимых случаях к участию в судебном разбирательстве специалистов, обладающих соответствующими познаниями в области налогообложения»¹³⁷.

Сегодняшняя формулировка Пленума (2006 год), регулирующего аналогичные правоотношения, звучит еще более категорично, хотя и несколько двусмысленно: «В целях наиболее полного и всестороннего выяснения всех обстоятельств, связанных с этими преступлениями, суды могут привлекать к участию в судебном разбирательстве специалистов, а в необходимых случаях проводить соответствующие экспертизы»¹³⁸. Правовые ли это экспертизы? Не ясно.

В 2011 году в ст. 140 УПК РФ введена часть 1.1 (федеральный закон от 06.12.2011 № 407-ФЗ), согласно которой «поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных статьями 198-199.2 Уголовного кодекса Российской Федерации, служат только те материалы, которые направлены налоговыми органами в соответствии с законода-

¹³⁶ Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.07.1997 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации уголовного законодательства об ответственности за уклонение от уплаты налогов» // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.12.2006 № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления» // СПС «Консультант Плюс».

тельством о налогах и сборах для решения вопроса о возбуждении уголовного дела».

Здесь законодатель прямо подчеркивает отграничение налоговых правовых знаний от знаний уголовно-процессуальных.

Федеральная налоговая служба РФ (ФНС РФ) в письме от 17 июля 2013 г. № АС-4-2/12837 «О рекомендациях по проведению мероприятий налогового контроля, связанных с налоговыми проверками» разъясняет, что внутри системы ФНС РФ не допускается назначение экспертизы по вопросам бухгалтерского учета, вопросам права, а также по другим вопросам, познаниями по которым, либо полномочиями по разрешению которых должны обладать проверяющие или иные специалисты налогового органа в соответствии с законодательством о налогах и сборах, их должностными обязанностями¹³⁹.

Таким образом, признание знаний налогового права неспециальными (проведение налоговой экспертизы) напрямую запрещено только в системе самой ФНС РФ.

В 2014 году в ст. 140 УПК РФ вносится часть 1.2 (Федеральный закон от 21.07.2014 № 218-ФЗ), в соответствии с которой «поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных статьей 172.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, служат только те материалы, которые направлены Центральным банком Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России), а также конкурсным управляющим (ликвидатором) финансовой организации для решения вопроса о возбуждении уголовного дела».

Думается, сегодня все еще невозможно прийти к введению общей нормы о возможности правовых экспертиз, о разграничении права на отрасли самостоятельного знания. Причин тому много. Одна из них – хаотичность и фрагментарность норм права о признании тех или иных правовых отраслей «специальными» для других. Более того – отсутствие общей системообразующей нормы о возможности и критериях такого разграничения.

Другая причина (являющаяся скорее следствием первой) – особенности высшего образования. Как отмечалось, индивидуальный субъект не

¹³⁹ Письмо ФНС России от 17.07.2013 «АС-4-2/12837 «О рекомендациях по проведению мероприятий налогового контроля, связанных с налоговыми проверками» // СПС «Консультант Плюс».

существует вне определенной социальной общности. Стоит отметить, что об обществе как адресате доказывания писал еще А.А. Эйсман¹⁴⁰. Другими словами, уровень понимания специального знания зависит от системы образования в государстве.

В литературе указывалось на особенность отечественного образования, когда вузы готовят «юристов широкого профиля», а это такая же профессиональная неопределенность, как и медик, инженер «широкого профиля»¹⁴¹.

Действительно, ведь от педиатра не требуют проведения хирургической операции, так зачем требовать от следователя быть равным по квалификации сотруднику налогового органа?

Однако на практике, подобному тому, как в учебном заведении преподаются многие отдельные специальные курсы в рамках общей программы «юриспруденция», в рамках одного подразделения либо создают особые отделы, занимающиеся расследованием отдельных видов преступлений (например, ДТП), либо вообще ограничиваются распределением должностных обязанностей между сотрудниками по аналогичным отдельным сферам ведения.

Например, в структуре прокуратуры предусмотрены такие специальные отделы, как общенадзорный, по надзору за органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие, уголовно-судебный отдел. В структуре органов внутренних дел специально выделены подразделения по делам несовершеннолетних. Даже в судах всегда имеется четкое разделение по полномочиям на категории дел, рассматриваемые конкретным судьей: гражданские или уголовные.

Все вышеуказанные деления происходят не на уровне федерального закона, а максимум на уровне локальных нормативных актов конкретного ведомства или еще меньше – конкретного районного, городского отдела.

До большего наше законодательство еще не доросло. До сих пор не выделено четких критериев, в самом законе нет четких слов об определении компетенции, о четком предмете ведения, другими словами, не сказано, что судьи знают «не все право». Как следствие, сегодня мы не можем говорить о возможности появления правовых экспертиз в России.

¹⁴⁰ А. А. Эйсман и др. Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Госюриздат, 1973. С.289.

¹⁴¹ Яблоков Н. П. О проблемах преподавания криминалистики и подготовки специалистов-криминалистов в юридических вузах России в современных условиях // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 2000. № 1. С.61.

Так как образовательные стандарты строятся на достижениях науки, можно предположить, что еще одной причиной непонимания «специализации» отраслей права является имеющееся сложившееся веками представление о юриспруденции как единой самостоятельной науке, располагающей соответствующим объектом, предметом и методом. Соответственно отделение отраслей права как самостоятельных отраслей знания по указанным трем критериям в сознании субъекта (юриста) полностью стоит в причинно-следственной связи с общеправовым объектом, предметом и методом.

Во всяком случае, невозможно говорить о таких средствах доказывания, которые требовали бы быть легитимными. Никто не запрещает использовать, например, заключение сведущего лица (в случаях с налоговыми или конкурсными управляющими). И было бы разумным, как пишут в литературе, чтобы такая информация не носила процессуальный характер, а помогала следователю, суду принять обоснованное решение по делу, правильно оценить обстоятельства уголовного дела, а прокурору и защитнику – выстроить обвинение и защиту по делу¹⁴².

Возможно, мы являемся свидетелями действия закона о переходе количественных изменений в качественные. Первоначально все право признавалось компетенцией юристов. Теперь же происходит дальнейшее усложнение: появляются самостоятельные отрасли права, в том числе новые, не знакомые даже советскому законодателю. Когда-нибудь эти количественные изменения приведут к качественному скачку, который ознаменует собой возможность назначения и проведения правовых экспертиз во всех отраслях права.

Сейчас мы обозначили общую (очень простую) методологию отграничения отраслей человеческого знания. К сфере непознаваемого любой отрасли относятся знания, не относящиеся к ее объекту, предмету и не доступные методам познания субъекта в этой отрасли. Но как только мы отграничили отрасль знания, мы вновь задаемся вопросом, как же данное отграничение должно выглядеть на практике? По какой схеме осуществляется ли субъектом процесс познания в указанных рамках объекта, предмета и метода?

Думается, что, определяя границы отрасли человеческого знания, в том числе в уголовном процессе, необходимо понимать диалектическое взаимодействие – отношения субъекта и объекта в процессе познания.

¹⁴² Кудрявцев А. В., Лившиц Ю. Д. Доказательственное значение «правовых» экспертиз в уголовном процессе // Российская юстиция. 2003. № 21. С. 36-37.

«Всякая практическая деятельность – это разрешение противоречия субъективного (человеческой потребности) и объективного (наличного положения вещей), а способ деятельности, ее содержание – форма (схема) разрешения этого противоречия»¹⁴³.

Для отграничения в уголовном процессе «специального знания» для начала, как указывалось выше, необходимо начать говорить о собственной отрасли знаний, присущей только правоприменителям: следователю, дознавателю, судье, прокурору. При нестрогости этой конструкции знания иных участников процесса (свидетелей, понятых, потерпевших и т.п.) можно не учитывать, так как публичный характер уголовного процесса оставляет только одного «хозяина» дела.

Для решения задачи определения границы «специального» нужно отграничить субъективное и объективное в деятельности «хозяев» дела, учитывая особенности данных категорий.

Специальное знание является специфическим видом знания и существует как категория именно в сфере судопроизводства (уголовном, гражданском, арбитражном процессе): то есть в процессе используются различные категории знания (профессиональные знания следователя, специальные знания специалиста и эксперта), вид которых определяется в зависимости от цели привлечения в процесс¹⁴⁴.

Субъективизм в решении вопроса о разграничении специального и общеизвестного знания уже подвергался обоснованной критике. «Свобода воли, – писал В.И. Ленин – означает ... не что иное, как способность принимать решения со знанием дела. Таким образом, чем свободнее суждение человека по отношению к определенному вопросу, с тем большей необходимостью будет определяться содержание этого суждения».¹⁴⁵

И.Л. Петрухин применительно к экспертизе писал, что назначение экспертизы, будучи во всех случаях актом свободного волеизъявления суда или следователя, в конечном счете зависит не от их субъективного усмотрения, а от характера устанавливаемых обстоятельств и их доказанности, то есть от объективных свойств дела¹⁴⁶.

¹⁴³ Принципы материалистической диалектики как теории познания / под ред. В. А. Лекторского, С. Н. Мареева, А. А. Сорокина. М.: Наука, 1984. С. 275.

¹⁴⁴ Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴⁵ Ленин В. И. Материализм и эмпириокритицизм. М., 1950. С. 171.

¹⁴⁶ Петрухин И. Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1964. С. 32.

Таким образом, в уголовном судопроизводстве (*форма разрешения противоречия*) граница знаний правоприменителя очерчена двумя взаимосвязанными критериями: что он *должен (объективное)* делать и что он *может (субъективное)* делать.

В целом верна мысль А.Ю. Гарашко, который в своей статье пишет: «Всюду, где правоприменяющий субъект обнаруживает, что его познания, во-первых, недостаточны, во-вторых (что главное), его суждения не могут быть положены в основу принятия решения, поскольку соответствующие правила, инструкции, подзаконные акты, законы требуют квалифицированного мнения именно специалиста в данной конкретной области знания»¹⁴⁷.

Что он (субъект) должен делать, обычно именуется компетенцией. Одно из определений понятия «компетенция» – это установленные в норме права правомочия. Термин «компетенция» произведен от латинского «competentia» – принадлежность по праву, то есть круг полномочий учреждения или лица.

Так, Ю.А. Тихомиров в ходе исследования данной проблемы пришел к выводу, что компетенция как комплекс легально установленных способов осуществления публичных функций (компетенция) состоит из следующих элементов: нормативно установленных целей, предметов ведения как юридически определенных сфер и объектов воздействия, властных полномочий, а также сопутствующего элемента – ответственности за неисполнение властных полномочий¹⁴⁸.

Сюда могут относиться Конституция, федеральные конституционные законы, федеральные законы и иные нормативные акты. Перечень их обычно называют источниками права отдельной отрасли.

А вот что он (правоприменитель) может делать, знает только он сам, исходя из собственного уровня развития личности. В криминалистической литературе (правда, применительно к следователю) предложено именовать данную сферу личных знаний (фоновых) термином «тезаурус». Согласно словарю тезаурус (от греч. *θησαυρός* – сокровище), в общем смысле – специальная терминология, более строго и предметно – словарь, собрание сведений, корпус или свод, полномерно охватывающие понятия, определения и термины специальной области знаний или сферы деятель-

¹⁴⁷ Гарашко А. Ю. Некоторые аспекты отнесения знаний к специальным в уголовном процессе // Мировой судья. 2011. № 4. С. 16-19.

¹⁴⁸ Тихомиров М. Ю. Теория компетенции. М., 2001. С. 53.

ности, что должно способствовать правильной лексической, корпоративной коммуникации (пониманию в общении и взаимодействии лиц, связанных одной дисциплиной или профессией). Тезаурусы являются одним из действенных инструментов для описания отдельных предметных областей¹⁴⁹.

Так, например, тезаурус следователя – совокупность всех знаний, которыми обладает следователь. К тезаурусу могут относиться как профессиональный опыт субъекта расследования и специальные знания, приобретенные в процессе обучения, так и общие фоновые знания, полученные, например, при чтении художественной литературы¹⁵⁰.

Тезаурус объединяет общеизвестные знания и профессиональные знания конкретной личности. Если сведущее лицо обладает знаниями, признаваемыми в уголовном процессе специальными, как можно отрицать наличие определенной совокупности знаний следователя, также являющихся специальными для сведущего лица.

Если нет хотя бы одного из критериев, схема не работает. Только во взаимосвязи «должен (вправе) – могу (знаю)» определяются границы знания, то есть на пересечении тезауруса с компетенцией.

Составляя в своей голове дедуктивное или индуктивное умозаключение, следователь, дознаватель, судья или прокурор решает для себя в каждом случае два вопроса: вправе ли я делать этот вывод (обладаю ли компетенцией, закрепленной в норме права); хватит ли мне знаний, чтобы его сделать (понимаю ли я все термины в посылках умозаключения). Точнее было бы назвать это одним большим вопросом.

Другими словами, здесь уместно вспомнить народную мудрость: будь тем, кто ты есть, делай то, что ты должен, и будет то, что должно быть.

Как только следователь, дознаватель, прокурор или судья решил для себя этот «общий вопрос», он может увидеть перед собой границу специального знания. Таким образом, мы пришли к определению указанной границы от противного – устанавливая «свое знание» в пределах «своей отрасли знания» со своим объектом, предметом и методом познания путем разрешения вопроса «вправе-могу», «хозяин» дела четко представляет себе, какие же отрасли знания должны быть отнесены к знанию специальному.

¹⁴⁹ URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Тезаурус> (дата обращения: 01.12.12).

¹⁵⁰ Бахтеев Д. В. Переход от вероятностных знаний к достоверным и достаточным в процессе раскрытия и расследования преступлений: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2015. С. 24.

Указанная конструкция стремится быть как можно более доступной правоприменителю и полезной с практической точки зрения. Возможно, в идеале в рамках таких публичных отраслей права, имеющих общую цель и задачи, как уголовное право, уголовные процесс, и таких прикладных наук, как криминалистика, криминология, и должна сложиться «отрасль знания» следователя, дознавателя, судьи, прокурора, в рамках которой каждый из них и определяет в каждом конкретном случае границу специального знания в противовес своей собственной «компетенции-тезаурусу».

Итак, для определения субъектом правоприменения в ходе уголовного судопроизводства границ специального знания необходимо учитывать одновременно две группы критериев:

1) сначала устанавливается «своя» отрасль знания, то есть свой объект, предмет и метод.

2) затем в рамках данной отрасли знания устанавливается имеющаяся сумма знания субъекта путем одновременного действия правил «должен (вправе) – могу (знаю)».

Все, что выходит за границу установленной суммы знания, признается для субъекта знанием специальным.

II Сведущие лица как носители специальных знаний

§ 2.1 История возникновения и развития института сведущих лиц в отечественном уголовном процессе

Как и в сыске любого государства, в отечественном судопроизводстве с момента оформления его инквизиционной формы в конце XV века (Судебник 1497 г.) начала складываться органичная группа источников получения информации. Формализованный базис здесь первоначально составляли «свидетельские показания» и «документы»¹⁵¹. Такая же ситуация сохранялась и в Судебнике 1550 г., и в Соборном уложении 1649 г.

Возникновение экспертизы в России, как и в других странах, связывают чаще всего с медициной. В качестве первой экспертизы обычно называют случай освидетельствования врачом Феофилом удельного князя Андрея Старицкого, подозревавшегося в притворной болезни (1535). Однако если это освидетельствование и считать экспертизой, она не была первой. Исторические акты сохранили сведения о более ранней криминалистической экспертизе документов, имевшей место в России в самом начале XVI века (1508)¹⁵².

Так, например, установление «знамений» (следов побоев) по Русской Правде возлагалось на самого судью. Постепенно эти роли разделились. Для производства экспертиз стали приглашаться врачи, дьяки, подьячие, ремесленники и другие «сведущие лица»¹⁵³. Тем не менее, И.Ф. Крылов отмечает, что в дореформенном русском уголовном процессе сведущие люди чаще всего привлекались именно к осмотрам или личным осмотрам, нежели к производству экспертиз. Таким образом, зарождалась идея о первой форме привлечения сведущих лиц – содействии.

Существует мнение, что первым из дошедших до нас законодательных актов, которым вводилась государственная регламентация проведения судебной экспертизы, можно считать указ от 6 марта 1699 года «О порядке исследования подписей на крепостных актах», установивший, что экспертизу производить («руки свидетельствовать») могут сведущие лица – толь-

¹⁵¹ Беляев И. Д. История русского законодательства (печаталось по изданию 1879 г.). СПб. : Лань, 1999. С. 457.

¹⁵² Крылов И. Ф. Криминалистическая экспертиза в России и в СССР в ее историческом развитии : автореф. дис. ... д-ра юр. наук. Л., 1966. С. 6.

¹⁵³ Крылов И. Ф. Там же. С. 7.

ко приказные дьяки и подьячие; а также определивший объекты исследования (крепостные акты)¹⁵⁴.

В 1715 г. при Петре I в ст. 154 «Артикла воинского»¹⁵⁵ впервые получило нормативное отражение правило, предписывающее привлекать лекарей для исследования повреждений на теле убитого с составлением при этом письменного свидетельства.

Свод законов Российской Империи являлся официальным собранием действующих законодательных актов Российской Империи, расположенных в тематическом порядке. Он был впервые напечатан в течение 1832 года. Манифестом 31 января 1833 года «Свод законов» был объявлен действующим источником права с 1 января 1835 года. Законы, изданные после этой даты, подлежали опубликованию по порядку книг Свода и с указанием на их статьи; они распределялись в ежегодном продолжении Свода.

В томе XV статье 197 Свода показания сведущих людей были признаны доказательствами по делу. В статье 212 указывалось: «если точное узнавание встречающегося в деле обстоятельства предполагает особые сведения или опытность в какой-либо науке, искусстве или ремесле, то надлежит истребовать о том показание и мнению сведущих людей»¹⁵⁶.

В 1842 г. был принят Устав врачебный, вошедший в XIII том Свода законов Российской империи. Согласно документу сведущее лицо по запросу следствия составляло акт медицинского свидетельства (*visum per expertum*), который в том числе содержал ответы на поставленные следователем вопросы и включал: 1) введение, 2) историческую часть, 3) мнение, 4) заключение¹⁵⁷.

Таким образом, возникли идеи о еще двух формах привлечения сведущих лиц – письменное заключение и показания.

Вплоть до Судебной реформы 1864 года Свод законов Российской Империи издавался в 15 томах. В качестве отдельного – 16-го – тома вышли Судебные уставы. Первым полноценным актом кодификации процессуального права, объединившим в себе отечественное законодательство от 1497 г. до 1864 г., стал Устав уголовного судопроизводства (далее УУС)¹⁵⁸. В нем благодаря рецепции французского и германского права

¹⁵⁴ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юр. наук. Владимир, 2011. С.31.

¹⁵⁵ Российское законодательство X-XX вв. : в 9 т. Т.4. М. : Юридическая литература, 1986. С. 86.

¹⁵⁶ Свод законов Российской империи. СПб., 1857. Кн. 2. Т. XV.

¹⁵⁷ URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/220/319.html> (дата обращения: 30.07.2014).

¹⁵⁸ URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/238/> (дата обращения: 30.07.2014).

XIX века, базирующегося в свою очередь на работах глоссаторов и римской правовой догме, а также собственным разработкам отечественных ученых и практиков впервые обозначились контуры уголовно-процессуальных механизмов, свидетелями существования которых мы являемся и поныне.

Статьи 112 и 325 УУС предусматривали, что в тех случаях, когда для «точного уразумения встречающегося в деле обстоятельства необходимы специальные сведения или опытность в науке, искусстве, ремесле, промысле или каком-либо занятии, приглашаются сведущие люди».

В статьях Уложения наблюдается попытка разграничения форм привлечения сведущих лиц. Составители УУС 1864 г., согласуясь с объективной действительностью, предполагали, что сведущее лицо привлекается в уголовный процесс как минимум в трех формах: дача показаний (ст. 695 УУС), проведение письменного исследования в виде заключения (ст. 325 УУС), содействие в производстве следственных действий (ст. 468 УУС)¹⁵⁹. Справедливости ради следует отметить, что в процессуальной литературе того времени в отношении сведущего лица, дающего письменное заключение и показания, встречалось использование термина «эксперт»¹⁶⁰, а в отношении сведущего лица, содействовавшего в проведении следственных действий – термина «специалист»¹⁶¹. Но определиться до конца с пониманием всех форм законодателю все-таки не удалось, поэтому имеющиеся в УУС нормы порой весьма поверхностно регулировали ту или иную процедуру, уделяя этому вопросу одну-две нормы.

Современники писали: «Весьма важно также снятие снимков с разных следов с помощью, напр., гипса и т. п. От следователя требуется большая наблюдательность; иногда какой-нибудь ничтожный предмет – окурочек, оторванный кусочек материи, лоскуток бумаги, волос и т. п. – могут дать настоящий ключ к раскрытию всего дела. Поэтому следователь должен внимательно приглядываться ко всем мелочам, исследование которых с помощью специалистов может иногда дать неожиданные и большие результаты»¹⁶².

Возможно, впервые сведущее лицо, содействующее в проведении следственного действия, было названо специалистом. Термин этот, по всей видимости, был синонимом сведущего лица.

¹⁵⁹ Подробнее см. Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий / под общ. ред. М. Н. Гернета. М., 1914. Вып. III. С. 696, 717, 842.

¹⁶⁰ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1898. С. 280.

¹⁶¹ Познышев С. В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913. С. 168.

¹⁶² Там же.

Хотя присутствие сведущих людей вообще при производстве следственного действия дозволялось, о чем можно судить из ст. 319, 336, 468 УУС и комментариев к ним¹⁶³, но действия при этом сведущих лиц по фиксации сведений, в отличие от проведения экспертизы, детализировать было не обязательно.

Поэтому, однако, интересным в дореволюционном законодательстве кажется нам процедура проведения экспертизы трупа («осмотр через врачей»). Во время проведения такого исследования могло составляться три процессуальных документа:

1) протокол следователя, содержащий описание действий врача от лица следователя и подписываемый следователем, врачом и иным присутствующими лицами;

2) протокол действий врача, составляемый помощником врача, т.е. описание действий в ходе «осмотра» от лица врача, также подписывался всеми участниками этого процессуального действия¹⁶⁴;

3) заключение врача (*visum repertum*), состоящее из введения, исторической части, мнения и заключения¹⁶⁵, подписывалось единолично врачом, проводившим исследование. Оно могло составляться через несколько дней после проведения самого исследования.

Особое значение здесь видится в следующем: во-первых, действия сведущего лица по добыче сведений в любом следственном действии должны протоколироваться, в том числе чтобы он всегда мог понести за них ответственность; во-вторых, все действия сведущего лица должны быть производными от воли следователя.

Дача письменного заключения была детализована более четко. Именно с дачей письменного заключения, как правило, ассоциировалась в уголовном судопроизводстве деятельность сведущего лица, что впоследствии, возможно, сыграет роль в направлении развития института сведущих лиц. Данной форме были посвящены, например, отдельные главы Устава врачебного. Правда, эта детализация касалась только исследования вопросов медицины.

О допросе сведущего лица упоминалось в статьях, посвященных судебному заседанию и правам сторон. Согласно Уложению, «стороны мо-

¹⁶³ Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий / под общ. ред. М. Н. Гернета. М., 1914. Вып. III. С. 696, 717, 842.

¹⁶⁴ Там же. С. 721.

¹⁶⁵ URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/220/319.html>.

гут просить о вызове в суд не только свидетелей, но и сведущих людей для объяснения какого-либо предмета или для поверки сделанного уже испытания» (ст. 578 УУС). Данный механизм, правда, с установлением обязанности суда допросить явившееся сведущее лицо, позже будет повторен в ч. 4 ст. 271 УПК РФ.

Допрос же сведущего лица, давшего свое письменное заключение, понимался несколько иначе. Он был отделен от допроса сведущего лица вообще. Статья 695 УУС гласила: «За представлением сведущими людьми их заключения, им могут быть, с разрешения председателя, предложены вопросы как судьями и присяжными заседателями, так и сторонами».

Перечень лиц, приглашаемых в качестве сведущих, всегда был открытым. К ним относились «врачи, фармацевты, профессора, учителя, техники, художники, ремесленники, казначеи и лица, продолжительными занятиями по какой-либо службе или части приобретшие особенную опытность» (ст. 326 УУС). Отдельно подчеркивалось, что судебный следователь может привлекать как сведущих людей из числа «служащих в казенном управлении», так и частных лиц, «известных своими специальными сведениями» (ст. 1160 УУС).

В УУС имелись также и два важных составляющих механизма привлечения сведущих людей: вознаграждение за работу (ст. 192 УУС) и ответственность за отказ явиться по вызову (ст. 114 УУС). Размер вознаграждения не оговаривался, а вот за неявку к осмотру, освидетельствованию или обыску понятые и сведущие люди могли быть подвергнуты мировым судьей денежному взысканию не выше двадцати пяти рублей. При этом, например, средняя зарплата работников фабрик, заводов и служащих младших чинов в 1913 году составляла 24 рубля, а врачей и фельдшеров – 80 и 35 рублей соответственно.

Нормативное закрепление института сведущих лиц необратимо влекло за собой развитие базы их технического обеспечения. В 1892 г. при прокуроре Санкт-Петербургской Судебной палаты была учреждена лаборатория для производства судебно-фотографических исследований по уголовным и гражданским делам. Впоследствии в 1912 году с внесением в книгу I «Учреждения судебных постановлений» главы 6 «О кабинетах научно-судебной экспертизы»¹⁶⁶ (возможно, один из первых официальных случаев применения термина «экспертиза») она была реорганизована в

¹⁶⁶ URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/238/63.html#img64> (дата обращения: 30.07.2014).

«Кабинет научно-судебной экспертизы для производства по уголовным и гражданским делам посредством фотографии, дактилоскопии, химического и микроскопического анализов и иных приемов, за исключением исследований, производимых врачебными отделениями губернских правлений»¹⁶⁷. С 1912 по 1914 гг. аналогичные учреждения были открыты в Москве, Киеве, Одессе.

Статья 63 первого советского УПК 1922 года предусматривала, что «эксперты вызываются в случаях, когда при расследовании или при рассмотрении дела необходимы специальные познания в науке, искусстве или ремесле». В ст.192 УПК РСФСР 1923 годов было зафиксировано: «В случае надобности, для участия в осмотре или освидетельствовании приглашаются эксперты».

1 марта 1919 г. при Центроузрыске НКВД РСФСР начал функционировать первый в Российской Федерации кабинет судебной экспертизы, на базе которого в 1922 г. был образован научно-технический отдел, где помимо производства экспертиз велись дактилоскопические учеты, а с 1923 года обучение экспертов-криминалистов.

После Великой Отечественной войны научно-исследовательские институты судебных экспертиз были созданы в Казахстане (Алма-Ата), Узбекистане (Ташкент), Азербайджане (Баку), Литве (Вильнюс). В остальных союзных республиках, в областях и краях РСФСР были организованы научно-исследовательские лаборатории судебных экспертиз.

В уголовно-процессуальном законе специалиста как процессуальной фигуры не существовало, в то же время идея о закреплении именно этого термина начала появляться на подзаконном уровне. В совместном Циркуляре НКЮ № 69 и НКВД № 155 от 9/3 мая 1928 г. о порядке производства обыска и выемки указывались случаи, когда возможно открытие помещений и хранилищ самостоятельно лицом, уполномоченным на производство, обыска или выемки, или же при помощи специалистов, например, слесаря. В совместном Циркуляре НКЮ № 11 и НКТ от 19 февраля 1930 г. говорилось о возможности привлечения для участия в расследовании трудовых дел (для выяснения вопросов специального характера, например, по делу о несчастном случае на производстве) в качестве экспертов и сведущих лиц представителей органов

¹⁶⁷ Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. М. : Т-во типографии А. И. Мамонтов, 1914. С. 774.

труда, в особенности специальных инспекций – технических, санитарных и др.¹⁶⁸.

С 1952 года следователей стали оснащать специально разработанным криминалистическим комплектом, который мог понадобиться при проведении различных следственных действий: осмотров, обысков и т.п. Он включал фотонабор, средства, необходимые для выявления, фиксации и изъятия следов (дактилоскопические порошки, кисточки, пленки и т.п.), набор инструментов, принадлежности для составления плана и т.д.¹⁶⁹ Одновременно с этим некоторые ученые расширительно толковали право следователя обращаться к помощи специалистов¹⁷⁰.

История становления института специалиста показывает, какую важную роль играет этот субъект в уголовном процессе. В соответствии со ст. 68 УПК РСФСР 1922 года лицо, вызываемое в качестве эксперта, обязано было «явиться участвовать в осмотрах и освидетельствованиях и давать заключения». Эксперт являлся единственным субъектом, целью деятельности которого являлось познание обстоятельств, содержащих в себе специальное знание. Одна фигура эксперта в зарождающемся советском законодательстве вбирала в себя все процессуальные формы привлечения «сведущего лица» из дореволюционного Устава уголовного судопроизводства 1864 года: показания; письменное исследование в виде заключения; содействие в проведении следственных действий¹⁷¹.

Подобную конструкцию критиковали, в частности, А.И. Винберг, Р.Д. Рахунов. Они писали о необходимости отграничения «эксперта» как лица, проводящего исследование и дающего заключение (и показания в связи с ним), от «сведущего лица», «помощника», «консультанта», обязанного содействовать следователю в производстве следственных действий¹⁷².

В первоначальной редакции нового УПК РСФСР 1960 года эксперт стал лицом, проводящим исследование и дающим по его результатам

¹⁶⁸ История законодательства СССР и РСФСР по уголовному процессу и организации суда и прокуратуры. М., 1955. С. 269.

¹⁶⁹ Савицкая И. Г. Формы участия специалиста в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Владимир, 2012. С. 48.

¹⁷⁰ Винберг А. И. Основные принципы советской криминалистической экспертизы. М. : Госюриздат, 1949. 80 с.; Винберг А. И. Специалист в процессе предварительного расследования // Социалистическая законность. 1961. № 3. С. 31.

¹⁷¹ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1898. С. 280; Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Части: Общая и Особенная. 3-е изд., изм. и законч. СПб. : Кн. маг. «Законоведение», 1910. 440 с.

¹⁷² Подробнее см. Винберг А. И. Основные принципы советской криминалистической экспертизы. Государственное издательство юридической литературы. М., 1949.

письменное заключение – экспертизу. Понятие «эксперт» связалось с понятием «экспертиза». Процессуальная фигура связалась с одной из форм привлечения сведущего лица. Интересно, что в УПК Казахской ССР (ст. 173), Литовской ССР (ст. 214) и Эстонской ССР (ст. 160) новое доказательство именовалось актом экспертизы.

К сожалению, показания эксперта воспринимались только в единстве с его заключением, без которого они были недействительны, и возникла процессуальная проблема получения показаний сведущего лица вообще без конкретного статуса эксперта. Но обратимся сначала к другому вопросу: почему и как в советском Законе впервые появился субъект, содействующий в проведении следственных действий?

В УПК РСФСР до 1966 года осмотр трупа все еще проводился с участием эксперта. Проблема была в том, что процессуальная фигура «эксперт» возникала только после вынесения уполномоченным лицом постановления о назначении соответствующей экспертизы, а необходимость привлечения сведущего лица к следственному действию могла возникнуть любой момент.

В постановлении о назначении экспертизы должно быть указано не только имя и фамилия будущего эксперта, но и представляемые на экспертизу материалы (ст. 184 УПК РСФСР), которые в необходимый момент могут быть еще не изъяты. Либо уголовное дело еще не возбуждено, и назначать экспертизу нельзя, а содействие сведущего лица в следственном действии уже требуется, например, при сборе материала для той же экспертизы. По делу может и не возникнуть надобности в назначении экспертизы, а необходимость в познании обстоятельств, содержащих в себе специальное знание, в ходе проведения следственных действий возникала все чаще.

Подтверждалась такая необходимость и нормами УПК РСФСР в редакции 1960 года. Например, освидетельствование проводилось с участием «врача», потому что следователь во многих случаях не может сам установить вид и особенности телесных повреждений. Осмотр места происшествия допускал привлечение «специалиста», широкий спектр действия которого уже выработала практика и криминалистическая наука: поиск и фиксация отпечатков пальцев, крови, волос, иных микрочастиц, фотографирование обстановки совершения преступления и т.п. Однако

процессуальные статусы «специалиста» и «врача», их права, обязанности и виды ответственности не были известны Закону.

Даже сам эксперт определялся в Законе через понятие специалист. Согласно ст. 78 УПК РСФСР, «экспертиза производится экспертами соответствующих учреждений либо иными специалистами, назначенными лицом, производящим дознание, следователем, прокурором и судом». Такая трактовка означает, что под термином «специалист» в Законе понималось сведущее лицо вообще, без конкретного процессуального статуса.

Законодатель не смог сразу определиться в ясности терминов, в нормативном закреплении форм деятельности сведущих лиц, что повлекло за собой сложности правоприменения. Субъекты в нормах о производстве следственных действий были заявлены, люди в ходе судопроизводства участвовали, а процессуальный статус у них отсутствовал, их права и обязанности были не определены. Соответственно, иным участникам становится проблематично заявлять им отвод, подавать жалобы на их действия, задавать вопросы, т.е. отстаивать по делу свой частный интерес. В то же время государственным органам становится проблематично объяснять происхождение в деле тех или иных сведений, собранных сведущими лицами, содействующими правосудию; применять к данным лицам меры принуждения; компенсировать материально их труд и т.п.

В итоге через 6 лет после вступления в силу УПК РСФСР 1960 года был выделен новый процессуальный институт лиц, содействующих правосудию. Он получил наименование «специалист» и был введен указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 31.08.1966 года. В уголовном процессе появились «киносъемка» и «звукозапись» (порядок применения и оглашения). Расширился перечень следственных действий, к проведению которых мог привлекаться специалист. Сюда теперь были отнесены обыск, выемка, в том числе отдельно предусматривалась выемка почтово-телеграфной корреспонденции (ст. 170, 174 УПК РСФСР).

Если исходить из той аксиомы материалистической диалектики, что практика была и остается в науке уголовного процесса первичной движущей силой, а теория занимает в процессе познания роль лишь вторичную, то становится ясно, почему идея о выделении института специалиста все-таки находит свое закрепление в Законе. Подпитывающие материю уголовного процесса общественные отношения потребовали усложнения формы уголовного судопроизводства по причине демократизации полити-

ческой системы советского общества, зарождению механизмов по реализации конституционных прав и свобод граждан. Кроме того, важным подспорьем явился революционный скачок в развитии естественных наук вообще и криминалистической техники в частности, произошедший в середине XX века и привнесший много новых методов и средств в борьбе с преступностью в помощь дознавателю, следователю, прокурору.

Таким образом, согласно УПК РСФСР в редакциях от 1966 года эксперт проводил исследование и по его результатам давал свое письменное заключение (ч. 1 ст. 80 УПК РСФСР), а специалист содействовал в проведении осмотра, обыска, выемки, освидетельствования и других следственных действий, помогая следователю, дознавателю, суду более полно установить обстоятельства дела, что отражалось в протоколе соответствующего следственного действия (ст. 133.1 УПК РСФСР).

При этом конкуренция в деятельности двух сведущих лиц не возникала. Если эксперт был источником автономного доказательств – заключения эксперта, то специалист в перечне доказательств вообще не упоминался (ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР). Право привлекать как эксперта, так и специалиста было исключительной прерогативой органов предварительного расследования и суда. Одним из оснований отвода эксперта являлось его участие в производстве по уголовному делу в качестве специалиста за исключением участия специалиста в области судебной медицины в наружном осмотре трупа. Таким образом, для оперативного решения задач, стоящих перед государственными органами, процессуальные фигуры специалиста и эксперта четко разграничивались между двумя формами привлечения сведущего лица

Идея о специалисте как о лице содействующем логически вытекала из уже имеющихся до 1966 года норм о его участии в следственных действиях. Действия специалиста были конкретизированы и подкреплены законом, в ст. 133.1 УПК им была придана общность понимания как «инструмента следователя». Специалист был обязан «использовать свои специальные знания и навыки для содействия следователю в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств; обращать внимание следователя на обстоятельства, связанные с обнаружением, закреплением и изъятием доказательств; давать пояснения по поводу выполняемых им действий».

В то же время немаловажное внимание законодателя было уделено императивности привлечения специалиста к участию в следственных дей-

ствиях и его ответственности. Так, требование о вызове специалиста стало обязательным не только для самого специалиста, но и для руководителя учреждения, где он работает. За отказ от выполнения своих обязанностей к специалисту могли быть применены меры общественного воздействия или наложен денежный штраф.

Кроме того, перечень следственных действий с привлечением специалиста был оставлен закрытым. Предполагалось очевидным, что специалист является лишь орудием в руках следователя в ходе поиска доказательств. При этом в литературе отмечалось, что по общему правилу следователь может не привлекать специалиста к участию в следственных действиях, если он располагает научно-техническими средствами и специальными познаниями, необходимыми для успешного проведения этих следственных действий (кроме случаев, когда закон прямо предписывает проводить данное следственное действие с участием специалиста)¹⁷³.

Итак, с одной стороны, произошло усложнение процессуальной формы привлечения специального знания в виде закрепления самостоятельного статуса специалиста и эксперта, с другой – данное усложнение служило в основном одной цели – борьбе с преступностью. Все нововведения были направлены на увеличение возможностей государственных органов для решения задач по раскрытию, расследованию и предотвращению преступлений.

Касательно форм привлечения специалиста в литературе подчеркивались только следственные действия: обязательное по закону участие специалиста в следственном действии (судебного медика или врача при осмотре трупа), факультативное участие специалиста определенного профиля и факультативное участие специалиста, профессия которого заранее законом не определена. УПК союзных республик предусматривали возможность вызова специалиста для участия в осмотре (ст. 179-180 УПК РСФСР), освидетельствовании (ст. 181 УПК РСФСР) и других следственных действиях (ст. 159, 186, 397 УПК РСФСР)¹⁷⁴.

При всех условностях законодательного регулирования появление самостоятельной фигуры специалиста в УПК выглядело серьезным шагом вперед.

¹⁷³ Теория доказательств в советском уголовном процессе / Р. С. Белкин, А. И. Винберг, В. Я. Дорохов, Л. М. Карнеева и др.; редкол.: Н. В. Жогин (отв. ред.), Г. М. Миньковский, А. Р. Ратинов, В. Г. Танасевич, А. А. Эйман. 2-е изд., испр. и доп. М. : Юр. лит., 1973. С. 706.

¹⁷⁴ Там же. С. 705.

Если посмотреть на историю развития института специалиста в отечественном законодательстве, то мы не найдем такой фигуры в законах РСФСР: ГПК 1964 г., в Таможенном кодексе 1964 г., КоАП 1985 г. Исключение составляет только УПК РСФСР 1960 г.

Уже позднее специалист впервые появляется в Налоговом Кодексе (1999 г.), АПК (2002 г.), КоАП (2002 г.), Таможенном Кодексе (2003 и 2010 гг.), ГПК (2003 г.). В УПК специалист появился в 1960 г. Чем может быть обоснован такой подход законодателя?

Возможно, ответом на этот вопрос будет базовое положение, согласно которому основополагающей целью, которую ставит перед собой государство в лице законодателя, является борьба с преступностью. Так, в ст. 4 Конституции СССР 1977 г. говорилось, что советское государство, все его органы действуют на основе социалистической законности, обеспечивают охрану правопорядка, интересов общества, прав и свобод граждан. Инструментом к достижению этой цели является в том числе законодательство об уголовном судопроизводстве. Однако и в этой отрасли права изменения по обособлению и формированию института специалиста шли медленно и постепенно.

Появление специалиста оставило ряд вопросов открытыми. Мог ли специалист быть допрошен по итогам проведения следственного действия? Мог ли специалист быть допрошен «с нуля», безотносительно его участия в следственном действии? Например, если даже после допроса эксперта остались неразрешенными некоторые вопросы, требующие специальных знаний. Придется снова назначать экспертизу? УПК РСФСР 1960 года не разрешал эту проблему, так как не содержал норм о получении показаний иного, кроме эксперта, сведущего лица.

Поэтому в 1971 году Верховный суд РСФСР (далее ВС РСФСР) разъяснил о возможности представления дополнительных материалов, а именно «мнения сведущего лица» в кассации или надзоре, а в 1975 году отметил, что «мнение специалиста обязательно отражается в протоколе судебного заседания».

Статья 253.1 УПК РСФСР, предусматривавшая участие специалиста в судебном разбирательстве, закрепляла правило, согласно которому «в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, в суд может быть вызван специалист, который участвует в судебном разбирательстве в порядке, установленном статьей 133.1 настоящего Кодекса».

В судебной практике форма вовлечения специалиста в процесс, предусмотренная ст. 133.1 УПК РСФСР, то есть «содействие следователю в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств», в рамках судебного разбирательства понималась судьями и сторонами как его устное мнение, отражаемое в протоколе судебного заседания. Причинами тому, помимо отсутствия в перечне доказательств такой самостоятельной формы привлечения сведущего лица, как допрос, послужили процессуальные особенности этой стадии, существенно отличавшейся от стадии предварительного расследования. Обязательное протоколирование всех действий участников судебного процесса (ст. 264 УПК РСФСР) превращало привлечение специалиста в его показания. А непосредственность и устность исследования доказательств (ст. 240 УПК РСФСР) вместе с равенством сторон в исследовании доказательств (ст. 245 УПК РСФСР) были признаками состязательности процесса.

«Монополией» на специальные знания в уголовном процессе располагал кроме специалиста только эксперт. Они оставались одинаково недосяжимой категорией для всех остальных участников процесса.

Поэтому реализация специалистом в советском суде, имевшем отмеченные выше признаки состязательности, своих обязанностей фактически вылилась в спор эксперта и специалиста, то есть в противостояние «мнения» и «заключения». Однако санкционировать такое противостояние в СССР мог только суд в силу отсутствия у стороны защиты реальных рычагов воздействия на процесс доказывания.

§ 2.2 Современное состояние института сведущих лиц

Начиная с 1991 года новые веяния в общественной жизни страны сделали актуальными проблему о *равенстве процессуальных прав сторон в доказывании* и вопрос о реформировании концепции института адвокатуры как средства ее решения¹⁷⁵. В литературе эта проблема также встречается в терминологии «проблема состязательности»¹⁷⁶.

Предтечей реформирования уголовного процесса в России вообще и процессуального положения специалиста в частности явилась Концепция

¹⁷⁵ См. Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁷⁶ Уголовно-процессуальное законодательство РФ 2001-2011 гг. : сборник научных статей / Л. Б. Алексеева, Г. Н. Ветрова, Л. М. Карнозова и др. ; под ред. И. Б. Михайловской. М. : Проспект, 2012. 176 с.

судебной реформы 1991 года. В ней провозглашалось: «Для советского законодательства были характерны забота об интересах государства в ущерб другим субъектам правоотношений, подмена общественных и частных начал государственным»¹⁷⁷. Как отмечалось в литературе, «концепция судебной реформы в Российской Федерации среди прочих направлений реформирования уголовно-процессуального законодательства предусматривает расширение частного начала в уголовном процессе. Это обуславливает необходимость разработки и внесения дополнений и изменений в уголовно-процессуальное законодательство, направленных на предоставление личности больших возможностей по обеспечению и защите своих прав и законных интересов в уголовном судопроизводстве»¹⁷⁸.

Возможно, поэтому в 90-е годы популярной в среде юристов стала идея «адвокатского расследования», «параллельного расследования» как инструмента отстаивания гражданами частного интереса, защиты своих прав.

Прародителями здесь являются страны англосаксонской системы права, в частности США. Дело в том, что в США не существует досудебных стадий уголовного судопроизводства в нашем понимании этого слова, а «уголовный процесс» начинается только в суде. По общему правилу органы, осуществляющие расследование, не формируют доказательства, не составляют протоколы. Они пишут отчеты, собирают улики, пытаются найти любую информацию, которая впоследствии будет представлена в суд, чтобы ходатайствовать перед судьей о вызове свидетелей, допросе экспертов и т.п. Удовлетворяя данные ходатайства, суд формирует из информации доказательство. Аналогичными полномочиями наделен и адвокат. Он не формирует доказательства, а также собирает улики, проводит «расследование» и ходатайствует перед судом о переводе информации в доказательства. При этом важно, что стороны наделены равным, но взвешенным процессуальным механизмом для таких ходатайств¹⁷⁹.

Еще одним примером может служить проект состязательной экспертизы, который был разработан в 1934 г. адвокатом при брюссельском апелляционном суде Жаном Маскеленом. Сущность этого проекта своди-

¹⁷⁷ Постановление ВС РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁷⁸ Седаш Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Саратов, 2000. С. 3.

¹⁷⁹ Подробнее см. Уголовный процесс современных зарубежных государств : учебное пособие / К. Б. Калиновский. Петрозаводск : Изд-во ПетрГУ, 2000. 48 с.

лась к следующим положениям: «Каждая из заинтересованных сторон (обвинение, защита и гражданский истец) может *просить о назначении экспертов*, когда считает, что это необходимо для защиты ее интересов. Задача экспертов, назначенных в качестве экспертов защиты, состоит в том, чтобы контролировать правильность производства экспертизы, выполняемой от имени прокурора»¹⁸⁰.

Как пишет один из разработчиков УПК РФ, доктор юридических наук, профессор Академии права Минюста России Л.Б. Алексеева, «идея так называемого “параллельного расследования” не была поддержана законодателем хотя бы потому, что адвокату невозможно предоставить полномочия по собиранию доказательств, аналогичные полномочиям должностных лиц, ответственных за законность и результат производимого расследования. Этого нет нигде в мире, хотя усилия адвокатов по собиранию сведений, направленных на защиту обвиняемого, в зарубежной литературе и называют “параллельным расследованием”»¹⁸¹.

Действительно, высказывание Л.Б. Алексеевой подтверждает, что процесс вне зависимости от страны по сути своей публичен. Как отмечалось, «присущие публичности свойства позволяют идентифицировать ее как метод уголовно-процессуальной деятельности. Именно методом вооружается субъект и руководствуется им на протяжении всей своей деятельности. Метод выступает той силой, которая консолидирует средства и определяет наиболее эффективные направления (формы) достижения поставленной цели»¹⁸².

Если переносить идею «адвокатского расследования» на почву отечественного уголовного процесса, то необходимо понимать единство двух моментов: *равенства процессуальных прав сторон в доказывании, публичности как метода судопроизводства*. В США это достигнуто отказом от фигуры следователя (дознателя) и досудебных стадий судопроизводства. УПК РФ унаследовал от УПК РСФСР более сложную, чем в англосаксонской системе, процедуру расследования. На досудебных стадиях роль «американского судьи», то есть публичного лица в процессе, выпол-

¹⁸⁰ Винберг А. И. Основные принципы советской криминалистической экспертизы. М. : Государственное издательство юридической литературы, 1949. С. 69.

¹⁸¹ Цит. по : Лупинская П., Воскобитова Л., Рогова С. Доказывание в уголовном процессе // Мировой судья. 2009. № 8. С. 18-23; № 9. С. 26-30.

¹⁸² Давлетов А. А., Барабаш А. С. Место и роль публичности в уголовном судопроизводстве // Российский юридический журнал. 2011. № 4. С. 125-136.

няет следователь (дознатель). Именно следователь (дознатель) первым решает вопрос о переводе информации в доказательство.

Проблема места и роли сведущего лица, как инструмента доступа сторон к специальному знанию, – это лишь частность в масштабе общей проблемы создания в УПК РФ нормативной основы для участия граждан в доказывании в рамках публичного процесса.

Возможно, еще одной предтечей для допуска иных лиц к использованию специального знания явилось сложившееся исторически особое положение сведущего лица и результата его деятельности в уголовном процессе. С начала XX века применение специального знания не защищается тайной следствия. УПК РСФСР 1922 (1923) годов позволял обвиняемому ходатайствовать о привлечении своего эксперта (ст. 172 УПК РСФСР), о постановке вопросов эксперту (ст. 174 УПК РСФСР), о проведении повторной экспертизы (ст. 177 УПК РСФСР). УПК РСФСР 1960 года полнее реализовал эту мысль, добавив обязанность следователя знакомить обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы (ст. 184 УПК РСФСР), а также право обвиняемого ходатайствовать об ознакомлении с заключением эксперта и заявлять отвод эксперту (ст. 185 УПК РСФСР).

УПК РФ продолжил эту тенденцию, обязав следователя знакомить подозреваемого, обвиняемого с заключением эксперта и его допросом (ст. 206 УПК РФ). 28 декабря 2013 года аналогичные с уголовно-преследуемым лицом права приобрел потерпевший и его представитель, а в некоторых случаях даже свидетель (ст. 198 УПК РФ).

Предположительно причиной тому является не столько общее движение законодателя по пути демократизации судопроизводства, сколько трудоемкость и усложнение технической процедуры проводимых экспертиз, стремление учесть все обстоятельства, в том числе сообщаемые иными лицами, чтобы избежать неясностей и повторных исследований. Специальное знание является одинаково непостижимой категорией как для стороны защиты, так и для стороны обвинения.

Итак, УПК РФ был принят 18 декабря 2001 года. Что же изменилось?

Процессуальное положение эксперта осталось тем же. Он все так же проводит исследование и дает заключение по его результатам. Существенные изменения произошли с институтом специалиста. Необходимо

проанализировать ст. 58 УПК РФ, посвященную непосредственно специалисту.

Согласно ч. 1 данной статьи специалист привлекается не только для привычного содействия в государственных органах в производстве следственных (в новой редакции – процессуальных) действий, но и для постановки вопросов эксперту. В чем особенность данного правомочия?

Согласно ч. 2 ст. 57 УПК РФ, «вызов эксперта, назначение и производство судебной экспертизы осуществляются в порядке, установленном статьями 195-207, 269, 282 и 283 настоящего Кодекса». Указанные статьи подтверждают, что правомочиями по привлечению в процесс эксперта все еще наделены только следователь, дознаватель и суд. По этой причине реализация такой новой задачи специалиста, как постановка вопросов эксперту, оказалась в исключительной компетенции органов уголовного судопроизводства.

Еще одним новым правомочием специалиста, закрепленным в ч. 1 ст. 58 УПК РФ, стало «разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию». Впервые в законе прозвучало слово «сторонам», под которыми (ст. 5 УПК РФ) понимаются не только государственные органы, а подозреваемый, обвиняемый, защитник... Но как это было реализовано?

Союз «и» полисемантичен и его значение зависит от контекста. С одной стороны, он может иметь значение перечисления (сторонам, суду и кому-либо еще в любой стадии), с другой – соединения (стороны, но только вместе с судом в стадии судебного разбирательства). Ответ на этот вопрос, а также на вопрос о месте и роли специалиста в новом уголовном процессуальном законодательстве дает ч. 2 ст. 58 УПК РФ.

Она гласит, что «вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 168 УПК РФ и 270 УПК РФ».

Статья 168 УПК РФ «участие специалиста», расположенная в главе 22 «предварительное следствие» (наряду со ст. 169 УПК РФ «участие переводчика»), выглядит так:

1 Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста в соответствии с требованиями части пятой статьи 164 настоящего Кодекса.

2 Перед началом следственного действия, в котором участвует специалист, следователь удостоверяется в его компетентности, выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему, разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58 настоящего Кодекса.

Как видно из содержания данной статьи, в ней говорится только об одной задаче специалиста – «участие в следственном действии». Данная задача, предусмотренная ч. 1 ст. 58 УПК РФ, целиком унаследована из УПК РСФСР 1960 года. Ни о каких «разъяснениях вопросов сторонам», правомочиях стороны защиты на стадии предварительного расследования нет и речи.

Чтобы закрепить данный тезис, можно обратиться к ч. 5 ст. 164 УПК РФ и ч. 3 ст. 58 УПК (права и ответственность специалиста), на которые ссылается ст. 168 УПК РФ.

Часть 5 ст. 164 УПК РФ звучит так. Следователь, привлекая к участию в следственных действиях участников уголовного судопроизводства, указанных в главах 6-8 настоящего Кодекса, удостоверяется в их личности, разъясняет им права, ответственность, а также порядок производства соответствующего следственного действия. Если в производстве следственного действия *участвует* потерпевший, свидетель, *специалист*, эксперт или переводчик, то он также предупреждается об ответственности, предусмотренной статьями 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Часть 3 ст. 58 УПК РФ выглядит следующим образом. Специалист вправе:

- 1) отказаться от *участия* в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями;
- 2) задавать вопросы *участникам* следственного действия с разрешения дознавателя, следователя и суда;
- 3) знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он *участвовал*, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол;
- 4) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

Таким образом, в стадии предварительного расследования УПК РФ предусматривает только одну форму участия специалиста – содействие в производстве следственных действий (государственным органам).

Статья 270 УПК РФ сформулирована следующим образом: «Председательствующий разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58, о чем специалист дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания».

В данной статье ничего не говорится о форме привлечения специалиста, хоть и имеется ссылка на его права и обязанности (ч. 3 ст. 58 УПК РФ). Остается единственный вывод – данной формой может быть любая из тех, что представлены в ч. 1 ст. 58 УПК РФ, в том числе «разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию».

Именно в таком смысле ст. 58 УПК РФ следует толковать правомочия «сторон» на привлечение специалиста.

Какой субъект, согласно УПК РФ, имеет право на привлечение специалиста со стороны защиты? Ни обвиняемый (ст. 47 УПК РФ), ни представитель потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя (ст. 45 УПК РФ), ни представитель гражданского ответчика (ст. 55 УПК РФ) данным правом не наделены. В п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ данным правомочием наделен защитник («с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе привлекать специалиста в соответствии со статьей 58 настоящего Кодекса»).

В качестве защитника допускается адвокат, но ни действовавший на тот момент Закон СССР от 30.11.1979 г. «Об адвокатуре в СССР», ни Закон РСФСР от 20.11.1980 г. «Об утверждении Положения об адвокатуре РСФСР» не давали адвокату никаких правомочий на счет оперирования специальными знаниями.

Указанными нормами УПК РФ механизм привлечения специалиста был определен для защитника как представителя стороны защиты, что стало безусловным новшеством по сравнению с УПК РСФСР 1960 года. Сторона защиты получила рычаг воздействия на процесс доказывания. Однако, как показывает системный анализ приведенных норм, осуществить эту процедуру можно было только при наличии «сторон и суда», то есть в условиях состязательности, если точнее – в судебных стадиях.

Полагаем, что законодатель таким образом решил две задачи: во-первых, узаконил процедуру получения показаний сведущего лица в суде,

предложенную в Постановлении Пленума Верховного Суда РСФСР 1975 года (показательно, что он не отменен и по сей день), во-вторых, допустил иных (кроме государственных органов) лиц к оперированию специальным знанием. Фактически, стороне защиты было предоставлено право состязания со сведущими лицами стороны обвинения в той стадии процесса, где для этого есть все возможности.

Предусмотрен ли для в УПК РФ процессуальный механизм привлечения специалиста следователем по инициативе стороны защиты? К сожалению, он формален и полностью повторяет ст. 131 УПК РСФСР 1960 года. Его реализация возможна через заявление ходатайств о проведении тех или иных следственных действий (в нашем случае имеется в виду допрос специалиста, хотя ст. 58 УПК РФ и не предусматривает такого правомочия, на практике следователи зачастую привлекают специалистов для допроса) и полностью оставлена на усмотрение следователя. В соответствии с ч. 2 ст. 159 УПК РФ ходатайства лиц подлежат удовлетворению, только «если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела». Аналогичной позиции придерживается и Конституционный суд¹⁸³.

Таким образом, в досудебных стадиях проблема о равенстве *процессуальных прав сторон в доказывании* остается не решенной.

Но процессуальный механизм привлечения специалиста есть и в судебных стадиях. Императивная норма в ч. 4 ст. 271 УПК РФ («суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон») дает стороне защиты полномочие обязать суд как орган публичной власти сформировать доказательство. Только в суде путем допроса специалиста сторона защиты может сравняться со стороной обвинения в правомочиях на привлечение специальных знаний.

В итоге, концепции как УПК РФ, так и института адвокатуры хоть и претерпели значительные изменения (права адвоката существенно расширились по сравнению с советским периодом), но решения проблемы равенства процессуальных прав сторон в доказывании до конца не произошло.

¹⁸³ Определение Конституционного Суда РФ от 17.06.2013 № 1003-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Синичкина Николая Васильевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 24, 46, 47, 53, 58, 86, 125, 164, 168 и 270 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

Ситуация резко изменилась, когда 31 мая 2002 года принимается новый закон, продолживший поступательное движение в направлении реорганизации института адвокатуры в России. Еще в мае 1992 года адвокат получил право допуска к участию в уголовном деле с момента задержания подозреваемого¹⁸⁴, но его возможности все еще ограничивались запрашиванием справок, характеристик и иных документов из государственных и общественных организаций¹⁸⁵. В новом законе планировалось расширение «прав адвоката при оказании юридической помощи, предоставление ему возможности самостоятельно собирать необходимые сведения и предметы, которые могут быть признаны доказательствами»¹⁸⁶.

Согласно новым положениям¹⁸⁷ адвокат получил право «привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи». В статье 2 указанного закона заявлено, что адвокат является «независимым профессиональным советником по правовым вопросам». Такие предельно широкие формулировки, закрепленные в едином законе об адвокатуре, фактически позволяют любому лицу в любом юридическом вопросе, на любой стадии любого процесса либо вообще вне каких-либо стадий воспользоваться правом на привлечение специального знания посредством обращения к адвокату.

Новое правомочие пошло в разрез с нормами УПК РФ, Пленумом ВС РСФСР 1975 года и заявленной в декабре 2001 года идеей о состязании сведущих лиц только в суде, чем усилило позиции адвокатуры, предоставив адвокату еще один механизм привлечения в процесс специального знания.

4 июля 2003 года позиции адвокатуры вновь усилились благодаря новым поправкам в Закон¹⁸⁸. Защитник получил в свое распоряжение ч. 2 ст. 53 УПК РФ, расширившую его права при проведении следственных действий в рамках оказания юридической помощи. Фактически эти полномочия получил адвокат, так как иное лицо в качестве защитника на стадии предварительного расследования не допускается. Произошло расширение прав адвоката-консультанта при допросе свидетеля (ч. 5 ст. 189),

¹⁸⁴ Закон Российской Федерации от 23 мая 1992 г. № 2825-1 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸⁵ Закон РСФСР от 20.11.1980 «Об утверждении Положения об адвокатуре РСФСР» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸⁶ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸⁷ п. 4 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в ред. от 02.07.2013) // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸⁸ Федеральный закон от 04.07.2003 № 92-ФЗ (ред. от 29.12.2010) «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

допуск его на очную ставку свидетеля (ч. 6 ст. 192) и соответственно закрепление за адвокатом в этих случаях полномочий, предусмотренных ч. 2 ст. 53 УПК РФ.

А законодатель тем временем продолжал реформирование УПК РФ. 4 июля 2003 года в ч. 2 ст. 74 УПК РФ и ст. 80 УПК РФ появились новые доказательства – заключение и показания специалиста¹⁸⁹.

Вновь закрепленным понятием «показания специалиста» идея о состязании сведущих лиц в суде реализовывалась полностью. Для подтверждения данного тезиса проанализируем ч. 4 ст. 80 УПК РФ.

Согласно данной статье, «показания специалиста – сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями статей 53, 168 и 271 настоящего Кодекса».

Обратимся к первой части определения. Показания специалиста представляют собой «сведения, сообщенные им на допросе». Правомочия по проведению допроса относятся к ведению государственных органов. Здесь видится решение проблемы о показаниях сведущего лица (не эксперта) вообще, о которой уже упоминалось выше.

Обратимся ко второй части определения, идущей через союз «а также»¹⁹⁰. «*Разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями статей 53, 168 и 271 настоящего Кодекса*» (показательно, что в статье 58 УПК РФ при определении правомочий специалиста относительно «сторон и суда» использовался тот же термин «разъяснения», а в Постановлении Пленума Верховного суда РСФСР 1975 года термин «мнение»).

Важно, что вторая часть определения показаний специалиста, отграничиваясь от первой, содержит ссылки на статью 53 УПК РФ (защитник вправе привлечь специалиста «в соответствии со статьей 58 настоящего Кодекса») и на статью 271 УПК РФ («суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон»).

Таким образом, законодатель дает двойное определение показаний специалиста. С одной стороны, это сведения, сообщаемые им на допросе, с другой – разъяснения своего мнения, получаемые в порядке ст. 53, 271

¹⁸⁹ Там же.

¹⁹⁰ Употребляется при присоединении однородного члена предложения, который – являясь добавочным – отграничивается от другого или от ряда других однородных членов (Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М. : Русский язык, 2000).

УПК РФ – то есть фактически это допрос специалиста в суде, но полученный по императивной инициативе стороны защиты. Вот такой механизм развития идеи состязательности и уравнивания правомочий сторон в доказывании дает законодатель.

Стоит отметить, что аналогично (разъяснения своего мнения) законодателем именуется информация, поступающая от сведущего лица в порядке содействия в проведении следственных действий (ст. 168 УПК РФ). Хотя до 2003 года данная информация никак не именовалась и отдельно не выделялась.

Менее удачным в плане реализации идеи о состязании сведущих лиц в суде оказалось определение заключения специалиста. Согласно ч. 3 ст. 80 УПК РФ, «заключение специалиста – представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами». Фактически это единственная форма привлечения специалиста, которая оказалась доступна «сторонам» вне каких-либо стадий. Учитывая, что в УПК РФ отсутствуют нормы, регулирующие его получение, а к стороне (защиты), согласно п. 49 ст. 5 УПК РФ, относится и защитник, возникла противоречивая ситуация – последовало многообразие интерпретаций указанного положения.

Так, одним из упоминаний о процедуре по привлечению специалиста явилось правомочие адвоката «привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи»¹⁹¹. Таким образом, механизм по привлечению специалиста, хоть и неполноценный, оказался в распоряжении адвоката (защитника), а формальным результатом такого привлечения могло быть «заключение специалиста».

На сегодняшний день итогом появления указанных законодательных новелл явилось то, что адвокатская практика, преодолевая коллизию норм УПК РФ и нового закона об адвокатуре, пошла по пути активного «применения» института специалиста. Вызов специалиста для «разъяснений» в суде, получение не процессуального документа сведущего лица («заключение специалиста») на любых стадиях уголовного процесса явились способами противодействия государственным органам в процессе доказывания.

¹⁹¹ п. 4 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в ред. от 02.07.2013) // СПС «Консультант плюс».

Итак, приведенные выше нормы о вовлечении в уголовный процесс специалиста до сих пор остаются в УПК РФ в тех же формулировках. Фактически, на сегодняшний день УПК РФ позволяет защитнику привлекать специалиста только на стадии судебного разбирательства посредством императива, обязывающего суд допросить явившегося специалиста. Нормативный пробел с «заключением специалиста» сам по себе не может являться единственной причиной, опровергающей данный факт. Но почему адвокаты уверенно продолжают, находясь в статусе защитника (и даже «консультанта»), привлекать к работе на своей стороне сведущее лицо в любой стадии процесса?

Думается, тому есть несколько причин. Во-первых, уголовный процесс – лишь одна из частей единой правовой системы России. Являясь частью целого, он не может не подвергаться изменениям, если им подвергается вся система. Правовая система России с 1991 взяла курс на глобальные перемены. Векторы этих перемен были четко обозначены в Концепции судебной реформы. К ним в том числе относится расширение прав сторон в доказывании, а также в возрастании роли частного начала в праве. Реализацию идеи усиления частного начала можно увидеть в реформировании института адвокатуры; развитии института частного обвинения; расширении круга уголовных дел, прекращаемых в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым; зарождении института медиации. Сегодня в литературе обращается внимание на объективные причины конвергенции частного и публичного начала в праве, к которым в том числе относятся процессы глобализации¹⁹².

Частное начало в уголовном процессе подразумевает расширение прав личности на отстаивание своего интереса любыми возможными правовыми способами без каких-либо ограничений. Одним из таких прав является право на возможность активного участия в доказывании. Если доказывание в уголовном процессе начинается задолго до стадии судебного разбирательства, то как можно отказать гражданину в этом праве, да еще на фоне усиления в данном аспекте правомочий государственных органов?

Во-вторых, вслед за идеей частного начала в правовой системе России свое развитие получил институт адвокатской помощи как инструмент ее реализации. В современной российской правовой системе, стремящейся к расширению частного начала, адвокат был выбран как фигура, противо-

¹⁹² Абшилава Г. В. Согласительные процедуры в уголовном судопроизводстве российской федерации : дис. ... д-ра. юр. наук. М., 2012. С. 26; Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. С. 227.

поставленная государственным органам, как ведущая самостоятельное «расследование» от лица гражданина. Понятие адвокатской помощи, распространившееся на весь уголовный процесс, шире понятия «защитник», поэтому оно полностью вмещает его в себя и оставляет гражданину свободу действия. Эта свобода ограничивается только там, где начинается свобода другого гражданина.

В законе не было изменено ни одного следственного действия, законодатель просто предоставил право адвокату «бороться» с государственными органами на всех уровнях. Данное решение видится вполне логичным, учитывая базовые принципы гражданского демократического общества, закрепленные в основном законе страны.

В ч. 2 ст. 45 Конституции РФ декларируется право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Любой гражданин в любом процессуальном статусе (а не только в статусе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого) может обратиться за помощью к адвокату, а значит, опосредованно обладает правом на привлечение специальных знаний в процесс доказывания. Более того, защитником, наделенным этим правом по УПК РФ, в 99% случаев и является адвокат.

В ч. 1 ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав. Руководствуясь в своей деятельности Кодексом профессиональной этики, адвокат является профессиональным участником уголовного судопроизводства, имеющим юридическое образование и опыт соответствующей работы. Охрана адвокатской тайны осуществляется законом, адвокатская помощь может оказываться бесплатно, а в некоторых случаях привлечение адвоката является обязательным.

В ч. 1 ст. 48 Конституции РФ каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Таковую помощь может оказать только специалист в своем деле (юрист), ведь для обычных граждан отрасль юриспруденции является своего рода «специальным знанием». Адвокат противопоставлен представителям государственных органов (юристам), с одной стороны, как защитник интересов граждан, с другой – он является посредником между Законом и гражданином.

В п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитнику дано право «собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном частью третьей статьи 86 настоящего Кодекса», то есть путем «получения предметов, документов и иных сведе-

ний» (открытый список). Развитию указанных положений посвящены многие диссертационные исследования¹⁹³.

В-третьих, распространение принципа состязательности не только на стадию судебного, но и досудебного разбирательства. Формальные предпосылки к этому существуют в ч. 3 ст. 123 Конституции РФ и в ст. 15 УПК РФ, однако здесь мешает реально существующий в УПК РФ процессуальный механизм (в частности в ст. 159 УПК РФ). Если советской судебной практикой была подтверждена объективная возможность противостояния сведущих лиц в стадии судебного разбирательства, имеющей признаки состязательности, то к чему, как ни к аналогичному противостоянию, приведет появления признаков состязательности в современном досудебном производстве? И в чьих интересах будет претворять в жизнь это противостояние? Институт специалиста попал в сферу интересов частных лиц.

В-четвертых, адвокатское сообщество разумно обосновывает свои действия при разрешении коллизии, ссылаясь на общеправовые принципы, рожденные во времена существования римского частного права. К ним относятся *lex posterior derogat priori* (лат. «позднейшим законом отменяется более ранний»¹⁹⁴). Реальную силу принципа, зародившегося еще в римском праве, подтверждает Конституционный суд. В частности он отмечал: «По общему правилу, при расхождении норм действующего законодательства по одному и тому же вопросу применению подлежит норма, изданная позднее»¹⁹⁵, так же, как и «приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед другими федеральными законами не является безусловным»¹⁹⁶.

¹⁹³ См. Кудрявцев В. Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в российском уголовном судопроизводстве: теоретические основы и проблемы обеспечения : автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2009; Попов Е. А. Адвокат как участник уголовного процесса в досудебных стадиях : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Краснодар, 2004; Мухудинова Н. Р. Обеспечение конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Ижевск, 2005.

¹⁹⁴ Братусь С. Н., Казанцев Н. Д., Кечекьян С. Ф. и др. Советский юридический словарь. М. : Госюриздат, 1953. 782 с.; Постановление Конституционного Суда РФ от 25.06.2001 № 9-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 27 сентября 2000 года № 1709 “О мерах по совершенствованию управления государственным пенсионным обеспечением в Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы”» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.06.2001 № 9-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 27 сентября 2000 года № 1709 “О мерах по совершенствованию управления государственным пенсионным обеспечением в Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы”» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 02.03.2006 № 54-О «По жалобе общества с ограниченной ответственностью Аудиторская фирма “АристалЮКС” на нарушение конституционных прав

Думается, что к данной ситуации применим и общеправовой принцип *lex specialis derogat generali* (лат. «специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон»¹⁹⁷. Новый закон об адвокатуре регулирует те же, общественные отношения, что и более общий закон (УПК РФ), однако детализирует права и обязанности адвоката, выступающего в уголовном судопроизводстве в качестве защитника, представителя, консультанта.

В заключение стоит отметить показательное в данной ситуации мнение Конституционного суда, разъяснившего, что «разрешение в процессе правоприменения коллизий между различными правовыми актами должно осуществляться исходя из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав и свобод граждан и устанавливает более широкие их гарантии»¹⁹⁸.

На этом можно завершить рассмотрение основных законодательных новелл об институте сведущих лиц в уголовном судопроизводстве и подвести некоторый итог: правовое положение эксперта остается неизменным с 1960 года. В свою очередь, место и роль специалиста в уголовном судопроизводстве еще должны быть определены до конца.

Сложившаяся ситуация демонстрирует нерешенность поставленных в 1991 году проблем и вопросов о равенстве прав сторон в доказывании. Какие существуют законодательные пути развития сложившейся ситуации? Их, как минимум, два.

Первый в общем звучит как устранение следователя, а также досудебных стадий судопроизводства, по аналогии с англосаксонским уголовным процессом. Так, доктор юридических наук, профессор, советник Конституционного Суда РФ А.В. Смирнов пишет: «Полученные уголовным преследователем (равно как и стороной защиты) сведения не становились бы судебными доказательствами немедленно, в самый момент их получения, а нуждались в определенной процедуре судебной проверки и признания, или, другими словами, в судебной легализации, которая только и мо-

и свобод положениями статей 7, 75 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁷ Братусь С. Н., Казанцев Н. Д., Кечекьян С. Ф. и др. Советский юридический словарь. М.: Госюриздат, 1953. 782 с.; Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 211-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О «По жалобе граждан С. В. Бородина, В. Н. Буробина, А. В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

жет служить подлинной гарантией гласности процесса и доброкачественности используемых доказательств»¹⁹⁹.

Второй заключается в поиске компромисса, то есть в органичном включении в уже существующую модель досудебного производства средств для доступа граждан к формированию доказательств вместе со следователем (дознавателем)²⁰⁰. Данный вариант видится более предпочтительным, так как выполняемые следователем задачи схожи с задачами защитника. По данному поводу в литературе можно встретить оперирование термином «защита».

Так, А.А. Брестер и В.Ю. Панченко используют термин «защита» и пишут о необходимости понимать ее в самом широком смысле: это «деятельность компетентных органов, деятельность защитника и иных лиц, осуществляющих профессиональное юридическое содействие в уголовном процессе»²⁰¹. Краткая и точная аксиома сформулирована реформаторами 90-х годов: «Система юстиции призвана защищать общество от преступлений»²⁰². Можно обобщить, что «защита» – это важнейшая задача юристов, вне зависимости от того, на стороне защиты или обвинения они выступают в уголовном процессе.

Если в судопроизводстве превалирует общественный интерес, то он обязательно выражается в идее справедливости юридических решений, что возможно только при установке на достижение материальной (объективной) истины²⁰³. Поэтому принято считать классическим положение, согласно которому сочетание в фигуре следователя (дознавателя, судьи) функций как обвинителя, так и защитника обусловлено его особой задачей в отечественном уголовном процессе – достижением материальной истины.

«Защита» граждан в уголовном процессе в широком смысле этого слова включает в себя юридическую помощь. Под юридической помощью понимается помощь, оказываемая в результате осуществления профессиональной деятельности юриста, основной целью которой является необходимое содействие в предупреждении нарушения прав, свобод и законных

¹⁹⁹ Смирнов А. В. Российский уголовный процесс: от заката до рассвета. URL: <http://www.iuaj.net/node/1668>.

²⁰⁰ См., напр.: Ясельская В. В. Деятельность адвоката-защитника по собиранию доказательств на стадии предварительного расследования. Томск : Изд-во ТГУ, 1999. С. 134-145.

²⁰¹ Брестер А. А., Панченко В. Ю. Публичное начало современного российского уголовного процесса и юридическая помощь // Адвокат. 2012. № 12. С. 13-21.

²⁰² Постановление ВС РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» // СПС «Консультант Плюс».

²⁰³ Давлетов А. А. Системообразующие элементы уголовного судопроизводства // Российский юридический журнал. 2012. № 5. С. 114-123.

интересов субъектов права, устранении или уменьшении неблагоприятных последствий такого нарушения и в восстановлении надлежащего положения субъекта права²⁰⁴.

Одним из видов юридической помощи является адвокатская деятельность²⁰⁵. И именно адвокат выступает в уголовном процессе в качестве защитника.

Адвокат-защитник не располагает никакими процессуальными полномочиями по формированию доказательств, он не проводит ни одного следственного действия. Кроме того, он не обладает правом государственного принуждения, не вправе разъяснить специалисту его права, обязанности, предупредить об ответственности. Фактически адвокат-защитник не может самостоятельно вовлечь в дело фигуру специалиста в том смысле, в каком специалист понимается в ст. 58 УПК РФ, или сформировать доказательство «заключение специалиста», предусмотренное ч. 3 ст. 80 УПК РФ, так как все завязано на воле «хозяина» публичного процесса.

Формы деятельности адвоката и государственных органов по защите интересов личности консолидируются единым для уголовного судопроизводства методом публичности. При решении проблемы о *равенстве прав сторон в доказывании* этот факт не оставляет нам иного решения проблемы, кроме как предоставление адвокату-защитнику для решения своих задач правомочий по заявлению обязательных для удовлетворения ходатайств о проведении властно-публичными субъектами процессуальных действий по формированию доказательств.

§ 2.3 Сравнительно-правовой анализ процессуального статуса сведущих лиц в уголовном судопроизводстве Республики Беларусь, Республики Казахстан, Украины и Российской Федерации

Нельзя оставлять без внимания опыт законодателя соседних стран со схожей моделью судопроизводства, поэтому в рамках нашего исследования мы обратим особое внимание на институт сведущих лиц в наиболее актуальных УПК стран СНГ: УПК Республики Беларусь, УПК Республики Казахстан, УПК Украины.

²⁰⁴ Кашковский В. Ф. Юридическая помощь как правовая категория и социально-правовое явление: вопросы теории практики : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Тамбов, 2009. С. 7.

²⁰⁵ ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь (далее УПК РБ) был принят 16 июля 1999 г. В целом его конструкция наиболее схожа с УПК РФ. Однако, по нашему мнению, следует выделить перечень достижений белорусского законодателя в части детализации многих особенностей правового регулирования вовлечения в уголовный процесс сведущих лиц, в том числе достижений юридической техники.

Перечисленные ниже особенности, на отсутствие которых в УПК РФ будет указываться отдельно, должны быть взяты на вооружение отечественным законодателем

Согласно ч. 1 ст. 61 УПК РБ экспертом является не заинтересованное в исходе уголовного дела лицо, обладающее специальными знаниями в науке, технике, искусстве, ремесле и иных сферах деятельности, которому поручено производство экспертизы.

В соответствии с ч. 1 ст. 62 УПК РБ специалистом является не заинтересованное в исходе уголовного дела лицо, обладающее специальными знаниями в науке, технике, искусстве, ремесле и иных сферах деятельности, вызванное органом, ведущим уголовный процесс, для участия и оказания содействия в производстве следственных и других процессуальных действий. Педагог или психолог, участвующие в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, также являются специалистами.

Роль специалиста, как и эксперта, в УПК РБ в общем схожа с ролью специалиста и эксперта в УПК РФ. Однако стоит обратить внимание на ряд важных достижений УПК РБ.

Во-первых, заслуживает одобрения более точная формулировка определения специальных знаний – в них включены и «иные сферы деятельности», так как оставление открытого списка позволяет не ограничиваться, например, перечисленными в УПК РФ наукой, техникой, искусством и ремеслом.

Во-вторых, стоит отметить важные полномочия, относящиеся как к эксперту, так и к специалисту, отсутствующие в УПК РФ: 1) выписывать из материалов дела необходимые сведения; 2) заявлять ходатайства о принятии мер по обеспечению его безопасности, членов семьи, близких родственников и иных лиц, которых он обоснованно считает близкими, а также имущества; 3) знакомиться с протоколом судебного заседания и делать подлежащие внесению в протокол замечания относительно полноты

и правильности записи его действий и заключения; 4) пользоваться бесплатной помощью переводчика; 5) получать возмещение расходов, понесенных при производстве экспертизы; 6) получать возмещение понесенных им расходов и вознаграждение за выполненную им работу, не входящую в круг его прямых служебных обязанностей.

В-третьих, существуют ключевые обязанности, возложенные на специалиста и эксперта, отсутствующие в УПК РФ: 1) представить органу, ведущему уголовный процесс, документы, подтверждающие его специальную квалификацию; 2) сообщить по требованию органа, ведущего уголовный процесс, а также сторон в судебном заседании сведения о своем профессиональном опыте и отношениях с лицами, участвующими в производстве по материалам и уголовному делу; 3) соблюдать порядок при производстве следственных действий и во время судебного заседания.

В-четвертых, стоит признать верным отнесение к процессуальной фигуре специалиста таких участников уголовного судопроизводства как педагог или психолог.

Заслуживают внимание и иные особенности судопроизводства Республики Беларусь, так или иначе пересекающиеся с аналогичными процедурами в УПК РФ.

Как эксперт, так и специалист (ч. 2¹ ст. 61 УПК РБ, ч. 2¹ ст. 62 УПК РБ), являющийся иностранным гражданином, лицом без гражданства или гражданином Республики Беларусь, постоянно проживающим за пределами Республики Беларусь, вправе знакомиться с материалами уголовного дела, содержащими сведения, составляющие государственные секреты, после получения допуска в порядке, установленном законодательными актами.

Часть 2 статьи 226 УПК РБ предусматривает важное правило: «До возбуждения уголовного дела в соответствии со статьей 173 настоящего Кодекса допускается назначение судебно-медицинской экспертизы для определения причин смерти и степени тяжести телесных повреждений и иных экспертиз, выводы которых могут иметь существенное значение для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Не могут назначаться экспертизы, связанные с применением мер процессуального принуждения в отношении физических лиц».

Особое внимание стоит обратить на ч. 5 ст. 229 УПК РБ, которая закрепляет важнейшее положение к порядку производства экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела: «Требования настоящей статьи

распространяются также и на случаи назначения и проведения экспертизы до возбуждения уголовного дела в порядке, предусмотренном статьями 173 и 226 настоящего Кодекса». Нормы УПК РФ не содержат даже таких установлений.

В ч. 2 ст. 227 УПК РБ акцентируется внимание на том, что «экспертиза проводится специалистами экспертных учреждений, иных государственных или негосударственных организаций *либо другими сведущими лицами*, назначенными следователем, лицом, производящим дознание».

В ч. 3 ст. 227 УПК РБ предусмотрено, что заключения ведомственных инспекций, акты ревизий, консультации специалистов, имеющиеся в уголовном деле, не исключают возможности назначения экспертизы по тем же вопросам.

В ч. 4. ст. 227 УПК РБ обращено отдельное внимание на следующий факт: *«До направления постановления для исполнения следователь, лицо, производящее дознание, обязаны ознакомить с ним подозреваемого, обвиняемого, за исключением случаев, когда обвиняемый находится в розыске, их законных представителей, а также подвергаемых экспертизе потерпевшего и свидетеля и разъяснить им права, установленные статьей 229 настоящего Кодекса».*

Дискуссионным можно назвать положение, в соответствии с которым постановление о назначении судебно-психиатрической экспертизы и заключение экспертов не объявляются лицам, если их психическое состояние делает это невозможным (ч. 5 ст. 227 УПК РБ).

В ч. 1 ст. 229 УПК РБ предусмотрены важные права подозреваемого, обвиняемого, защитника, потерпевшего и свидетеля при назначении и проведении экспертизы – *«знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение и выписывать из них необходимые сведения».* УПК РФ не содержит аналогичной нормы.

Важнейшее положение предусмотрено ч. 2 ст. 229 УПК РБ, согласно которому *«права, указанные в части первой настоящей статьи, имеют также потерпевший и свидетель, подвергаемые экспертизе».* УПК РФ не предоставляет свидетелю никаких прав в отношении процедуры проведения экспертизы, кроме возможности ознакомиться с заключением эксперта (ч. 2 ст. 198 УПК РФ). При этом УПК РБ, в отличие от УПК РФ, отдельно оговаривает, что если свидетели не достигли совершеннолетия, то пись-

менное согласие на проведение экспертизы дается их родителями, усыновителями, опекунами или попечителями (ч. 3 ст. 229 УПК РБ).

УПК РБ предусматривает отдельное правило, согласно которому «в случае удовлетворения ходатайства, заявленного лицом, указанным в частях 1 и 2 настоящей статьи, следователь, лицо, производящее дознание, соответственно изменяют или дополняют свое постановление о назначении экспертизы. В случае полного или частичного отказа в удовлетворении ходатайства следователь, лицо, производящее дознание, выносят мотивированное постановление, которое объявляется под расписку лицу, заявившему это ходатайство». УПК РФ такого правила не предусматривает.

Далее стоит уделить внимание особенностям проведения допроса эксперта (статья 237 УПК РБ). Следователь вправе получить объяснение от эксперта в случае проведения экспертизы до возбуждения уголовного дела или допросить эксперта для разъяснения данного им заключения. Получение объяснения либо допрос эксперта до представления им заключения не допускаются.

Правила статьи *о предъявлении заключения эксперта* применяются и в случаях, когда экспертиза была проведена до привлечения лица в качестве обвиняемого либо признания его подозреваемым или потерпевшим, а также в случаях, когда *экспертиза проведена до возбуждения уголовного дела* (ч. 3 ст. 238 УПК РБ).

Внимания заслуживает проведение экспертизы вне экспертного учреждения (ст. 231 УПК РБ), так как подобная процедура хоть и фактически существует в уголовно-процессуальной практике отечественных следственных органов, но ее процессуальный механизм в УПК РФ не предусмотрен.

Если экспертиза проводится вне экспертного учреждения, следователь, лицо, производящее дознание, до вынесения постановления о назначении экспертизы должны удостовериться в личности лица, которому они намерены поручить проведение экспертизы, в его компетентности, выяснить его отношения с подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим и лицом, подвергаемым экспертизе, и проверить, нет ли оснований для отвода эксперта. Выяснив необходимые сведения, следователь, лицо, производящее дознание, выносят постановление о назначении экспертизы, вручают его эксперту, разъясняют ему права и обязанности и предупреждают об ответственности. О выполнении этих действий следователь, лицо, произ-

водящее дознание, делают отметку в постановлении о назначении экспертизы, которая удостоверяется подписью эксперта.

Важным моментом является указание на тот факт, что при комплексной экспертизе (ч. 3 ст.233 УПК РБ) общий вывод (выводы) делают эксперты, компетентные в оценке полученных результатов. Если основанием для окончательного вывода комиссии или его части являются факты, установленные одним из экспертов (отдельными экспертами), то об этом должно быть указано в заключении.

Последовательнее и логичнее изложены основания назначения повторной экспертизы. В случае *необоснованности* заключения эксперта, *наличия сомнений в его правильности* может быть назначена повторная экспертиза, проведение которой поручается другому эксперту (экспертам) (ч. 2 ст. 239 УПК РБ).

Следующим этапом будет рассмотрение уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее УПК РК). 4 июля 2014 года президентом Республики Казахстан был подписан новый уголовно-процессуальный кодекс страны. Он вступил в силу с 1 января 2015 года и внес ряд важных изменений в уголовное судопроизводство.

Следует оговориться заранее, что некоторые из указанных ниже особенностей нормативного регулирования появились еще в УПК РК 1997 года в качестве последовательных изменений, но в новом кодексе сделана попытка их систематизации. Кроме того, новый УПК РК не лишен и собственных противоречий, однако мы попытаемся на них не останавливаться.

УПК РК, в отличие от УПК РБ, значительно отличается от УПК РФ и имеет ряд важных преимуществ не только в области полноценного понимания процессуальной фигуры специалиста, но и в сфере реализации стороной защиты правомочий по привлечению сведущих лиц: эксперта и специалиста. Однако их полное заимствование видится нам невозможным. Приведенные ниже особенности не стоит рассматривать как единственно правильное руководство к действию, однако их стоит учитывать как полезный опыт.

Для начала обратимся к процессуальной фигуре специалиста. Согласно ч. 1 ст. 80 УПК РК «в качестве специалиста для участия в производстве по уголовному делу может быть привлечено не заинтересованное в деле лицо, обладающее специальными знаниями, необходимыми для оказания содействия в собирании, исследовании и оценке доказательств

путем разъяснения участникам уголовного процесса вопросов, входящих в его специальную компетенцию, а также применения научно-технических средств».

В соответствии с ч. 1 ст. 58 УПК РФ «специалист – лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию».

Анализируя приведенные статьи, стоит отметить следующее. Во-первых, в УПК РК специалист привлекается для участия в производстве «по уголовному делу», что связано с фактом отмены в новом УПК РК стадии возбуждения уголовного дела, вследствие чего производство по уголовному делу начинается с момента регистрации заявления, сообщения об уголовном правонарушении в Едином реестре досудебных расследований либо проведении первого неотложного следственного действия (ч. 1 ст. 179 УПК РК).

Во-вторых, полномочия специалиста в УПК РК сгруппированы последовательнее и логичнее, чем это сделано в УПК РФ. На первом этапе деления в самом широком смысле заявлены три формы вовлечения специалиста в процесс: собирание доказательств, исследование доказательств, оценка доказательств. На втором этапе деления предусмотрено, что специалист делает это путем разъяснения сторонам вопросов, входящих в его компетенцию, и применения научно-технических средств. Под научно-техническими средствами понимают приборы, специальные приспособления, материалы, правомерно применяемые для обнаружения, фиксации, изъятия и исследования доказательства (п.10 ст. 7 УПК РК).

Чтобы не приравнивать специалиста к субъекту доказывания, казахский законодатель, раскрывая возможность специалиста собирать, исследовать и оценивать доказательства, использует термин «содействие», традиционно понимающийся в УПК РФ узко – только как одна из форм участия специалиста в процессе – участие в процессуальном действии.

Формами вовлечения специалиста в производство по уголовному делу, если следовать строго ч. 1 ст. 58 УПК РФ, считаются участие в процессуальных действиях; применение технических средств в исследовании ма-

териалов уголовного дела; разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в профессиональную компетенцию специалиста; постановка вопросов эксперту.

Отметим здесь, что отечественным законодателем в логической операции по разделению форм вовлечения специалиста допущена ошибка избыточного деления. По этой причине образовались лишние члены деления, вводящие правоприменителя в заблуждение. Так, применение технических средств в исследовании материалов уголовного дела охватывается участием специалиста в следственных и процессуальных действиях, а разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в профессиональную компетенцию специалиста, включает в себя постановку вопросов эксперту.

Но самое важное, что в ст. 58 УПК РФ никак не отражается факт влияния специалиста на доказывание, то есть на собирание, исследование и оценку *доказательств*.

В-третьих, казахский законодатель давно решил проблему о наличии исследования в действиях специалиста и отвечает на этот вопрос положительно. Это не раз указывается во многих статьях Кодекса, в том числе идущих ниже по тексту, в частности в ч. 2 ст. 80 УПК РК также закреплено, что «в качестве специалиста для проведения исследования и дачи заключения может быть привлечен сотрудник уполномоченного подразделения правоохранительного или специального государственного органа Республики Казахстан».

Более того, ч. 1 ст. 80 УПК РК, как и ст. 62 УПК РБ (кроме врача), относит к специалистам также педагога, психолога и врача, участвующих в следственных и иных процессуальных действиях. Это важное обстоятельство никак не отражено в УПК РФ.

Далее необходимо перейти к рассмотрению прав и обязанностей специалиста, предусмотренных двумя Кодексами.

Против отечественных четырех правомочий специалиста УПК РК закрепляет двенадцать. Объяснением данному факту служит не столько качественно более высокий уровень юридической техники, сколько раскрытие в УПК РК прав специалиста в том широком смысле, в котором заявлено его место в процессе: содействие в сборе, исследовании и оценке доказательств. УПК РФ, в свою очередь, представляет формулировку статьи 58 односторонне – только как реализацию привлечения специалиста к процессуальным действиям (термин в УПК РФ «содействие»).

Согласно ч. 3 ст. 80 УПК РФ специалист вправе отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями; задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения дознавателя, следователя и суда; знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

Кратко сгруппируем общие правомочия специалиста, отраженные в УПК РК, однако отсутствующие в УПК РФ. К ним, согласно ч. 3 ст. 80 УПК РК, относятся: 1) знать цель своего вызова; 2) обращать внимание специалиста на обстоятельства, связанные с его действиями при оказании содействия в собирании, исследовании и оценке доказательств ... ; 3) ...знакомиться с протоколом заседания суда и делать подлежащие занесению в протокол заявления и замечания; 4) пользоваться бесплатной помощью переводчика; 5) заявлять отвод переводчику; 6) заявлять ходатайство о принятии мер безопасности; 7) получать возмещение расходов, понесенных им в связи с участием в производстве следственных или судебных действий...

Обязанности специалиста в УПК РК в целом, за исключением уже обозначенного отличия в понимании места специалиста в судопроизводстве, повторяют обязанности специалиста в УПК РФ, поэтому нет необходимости останавливаться на них отдельно.

Помимо приведенных выше правомочий УПК РК достаточно детально регулирует права специалиста по составлению им заключения. Так, он вправе знакомиться с материалами, относящимися к предмету исследования; заявлять ходатайства о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения. Данные права корреспондируются с правами эксперта по составлению заключения как в УПК РФ, так и в УПК РК.

Отметим также, что с данными правами соотносятся обязанности специалиста, то есть при составлении своего заключения он не вправе вести переговоры с участниками процесса по вопросам, связанным с проведением исследования, без ведома органа, ведущего уголовный процесс; самостоятельно собирать материалы исследования.

Каково же правовое положение эксперта в УПК РК? Оно абсолютно аналогично положению эксперта в УПК РФ за исключением некоторых

моментов. В ч. 1 ст. 79 УПК РК в качестве эксперта понимается не заинтересованное в деле лицо, обладающее специальными научными знаниями. В ч.1 ст. 270 УПК РК закреплено, что экспертиза назначается в случаях, когда обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть получены в результате исследования материалов, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний.

Отметим, что УПК РФ не видит различий в формах специального знания специалиста и эксперта. Согласно ч. 1 ст. 57 УПК РФ «эксперт – лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном настоящим Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения».

В соответствии с п. 1 ст. 1 Закона РК «О судебно-экспертной деятельности в Республике Казахстан», а также с п. 5 ст. 6 УПК РК специальные научные знания – это область специальных знаний, содержание которой составляют научные знания, реализованные в методиках судебно-экспертных исследований. Согласно п. 5 ст. 1 того же Закона «методика судебно-экспертного исследования – система методов, применяемых при изучении объектов судебной экспертизы для установления обстоятельств, относящихся к предмету определенного рода, вида судебной». В п. 6 под методом судебно-экспертного исследования понимается система логических и (или) инструментальных операций (способов, приемов), применяемых при изучении объектов судебной экспертизы для установления обстоятельств, относящихся к предмету судебной экспертизы.

В соответствии со ст. 9 указанного закона применение при производстве судебно-экспертных исследований научно-технических средств и методов допускается, если они: 1) прямо предусмотрены законами Республики Казахстан или не противоречат их нормам и принципам; 2) научно состоятельны; 3) обеспечивают эффективность производства по делу; 4) безопасны.

Таким образом, в законодательстве РК сделана попытка формализации специальных знаний. Выделение «научного специального знания» целиком опирается на закрепленные в законе методики проведения соответствующих экспертиз. По общему правилу, именно научными специальными знаниями отличается эксперт от специалиста. Логично предположить, по общему правилу, что этот же критерий должен являться одним из способов разграничения заключения эксперта и специалиста.

В ст. 79 УПК РК стоит обратить на ряд правомочий эксперта, отсутствующих в УПК РФ. К ним относятся права представлять заключение и давать показания на родном языке или языке, которым владеет; пользоваться бесплатной помощью переводчика; заявлять отвод переводчику; получать возмещение расходов, понесенных при производстве экспертизы, и вознаграждение за выполненную работу, если производство судебной экспертизы не входит в круг его должностных обязанностей.

Далее рассмотрим особенности заключения специалиста и заключения эксперта в УПК РК. Согласно ст. 117 УПК РК «заключение специалиста – оформленный в соответствии с требованиями части третьей настоящей статьи и представленный в письменном виде официальный документ, отражающий содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед специалистом лицом, ведущим уголовный процесс, или сторонами».

«Заключение эксперта – оформленный в соответствии с требованиями настоящего Кодекса документ, отражающий ход и результаты судебно-экспертного исследования» (ч. 1 ст. 116 УПК РК).

Процессуальная конструкция, применяемая в отношении специалиста, идентична аналогичной конструкции относительно эксперта. Применительно к заключению специалиста, согласно ч. 1 ст. 117 УПК РК, «порядок назначения исследования... устанавливаются главами 34 и 35 настоящего Кодекса с учетом особенностей производства исследования специалистом». Главы 34 и 35 УПК РК посвящены общим условиям получения образцов для сравнительного исследования и порядку проведения экспертизы.

Перейдем к сравнению содержания заключения специалиста и заключения эксперта в законодательстве РК. Стоит отметить, что казахский законодатель отказался от нормы, введенной когда то в УПК РК 1997 года, предусматривающей следующее правило: «При несогласии сторон с заключением специалиста орган, ведущий уголовный процесс, назначает экспертизу».

В соответствии с ч. 3 ст. 117 УПК РК в заключении специалиста должны быть указаны дата его оформления, сроки и место производства исследования; реквизиты протокола следственного действия, к которому прилагается заключение специалиста, сведения о специалисте, который проводил исследование (фамилия, имя, отчество (при его наличии), обра-

зование, специальность, стаж работы по специальности, ученая степень и ученое звание, занимаемая должность); отметка, удостоверенная подписью специалиста, о том, что он предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения; вопросы, поставленные перед специалистом; объекты исследования, их состояние, упаковка, скрепление печатью; содержание и результаты исследований с указанием примененных методов; оценка результатов проведенных исследований, обоснование и формулировка выводов по поставленным перед специалистом вопросам.

Ст. 283 УПК РК и ч. 2 ст. 31 Закона РК «О судебно-экспертной деятельности в Республике Казахстан» предусматривают, что в заключении эксперта должны быть указаны дата его оформления, сроки и место производства судебной экспертизы; основания производства судебной экспертизы; сведения об органе (лице), назначившем судебную экспертизу; сведения об органе судебной экспертизы и (или) судебном эксперте (судебных экспертах), которым поручено производство судебной экспертизы (фамилия, имя, отчество (при его наличии), образование, экспертная специальность, стаж работы по специальности, ученая степень и ученое звание, занимаемая должность); отметка, удостоверенная подписью судебного эксперта (экспертов), о том, что он предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения; вопросы, поставленные на разрешение судебного эксперта (экспертов); сведения об участниках процесса, присутствовавших при производстве судебной экспертизы, и о данных ими пояснениях; объекты исследования; содержание и результаты исследований с указанием использованных методик; оценка результатов проведенных исследований, обоснование и формулировка выводов по поставленным перед судебным экспертом (экспертами) вопросам.

Таким образом, кажется, что УПК РК фактически приравнивает содержание заключения специалиста и эксперта, за исключением единственной особенности о научном специальном знании, указанной выше. Однако еще одна уникальность заключена в п. 6 ч. 3 ст. 80 УПК РФ.

Согласно указанному пункту специалист вправе «по назначению органа, ведущего уголовный процесс, суда проводить не приводящее к полному или частичному уничтожению объектов либо изменению их внешнего вида или основных свойств исследование, за исключением сравнительного, материалов дела с отражением его хода и результатов в протоколе

либо официальном документе, приобщаемом к уголовному делу в порядке, предусмотренном частью девятой статьи 199 настоящего Кодекса. Специалист уполномоченного подразделения правоохранительного или специального государственного органа Республики Казахстан с разрешения органа, ведущего уголовный процесс, вправе проводить сравнительные исследования, приводящие к частичному уничтожению объектов в объеме, не исключающем проведение по этим объектам судебно-экспертного исследования, с отражением его хода и результатов в заключении специалиста, оформленном в соответствии с требованиями статьи 117 настоящего Кодекса».

Итак, во-первых, специалист может составлять «официальный документ», представляющий собой исследование, оно же «заключение специалиста» (ч. 3 ст. 117 УПК РК). Ст. 199 УПК РК посвящена составлению протокола следственного действия, и ее ч. 9 предусматривает, что «если в ходе производства следственного действия по результатам исследования специалиста им был составлен официальный документ, он прилагается к протоколу, о чем в протоколе делается соответствующая запись». Таким способом законодатель попытался придать доказательственное значение (что важно!) исследованиям специалистов, проводимым в ходе различных следственных действий. Практика знает множество таких примеров, например, применение люминола для выявления следов крови.

УПК РК предусматривает также внесение информации о проведенном исследовании непосредственно в протокол следственного действия.

Во-вторых, составленное специалистом заключение может содержать в себе исследование объектов, но только «в объеме, не исключающем проведение по этим объектам судебно-экспертного исследования». При этом в случае дачи заведомо ложного заключения специалист несет уголовную ответственность, установленную законом (ч. 6 ст. 117 УПК РК).

Зачем такая дублирующая конструкция и как она будет работать, покажет время.

Как известно, в УПК РФ под заключением специалиста понимают его «суждение» на основе специальных знаний, а порядок его получения абсолютно не урегулирован.

Следующим этапом рассмотрения особенностей института сведущих лиц в уголовно-процессуальном законодательстве РК будет изучение полномочий по их привлечению участниками процесса.

Полномочия в этом отношении государственных органов не вызывают особого интереса, так как процессуальная конструкция здесь сложилась давно (аналогичная УПК РФ). Орган, осуществляющий уголовное преследование, вправе привлекать как специалиста, так и эксперта получать их заключения и показания.

Иная ситуация складывается с остальными участниками уголовного процесса, в частности со стороной защиты. Как известно, в отечественном законодательстве сторона защиты в лице адвоката обладает весьма урезанными полномочиями. Адвокат вправе привлекать на договорной основе специалистов. Результат такого привлечения приобщается к делу в качестве иного документа.

В УПК РК необходимо обратить внимание два важных момента: получение стороной защиты письменных исследований сведущих лиц, получение стороной защиты показаний сведущих лиц.

Касательно первого момента: адвокат вправе получать на договорной основе заключения эксперта, специалиста по делу и ходатайствовать о приобщении таких заключений к материалам дела перед следователем, дознавателем, прокурором (ч. 3 ст. 70 УПК РК). Если указанные субъекты отказывают, адвокат вправе обратиться к следственному судье (который тоже вправе отказать).

Также в ст. 122 УПК РК, посвященной собиранию доказательств, закрепляется, что защитник вправе получать сведения, необходимые для осуществления защиты, представления интересов потерпевшего, путем инициирования на договорной основе производства судебной экспертизы; направления запроса в экспертное учреждение о проведении на договорной основе соответствующей экспертизы; привлечения на договорной основе специалиста.

Итак, во-первых, адвокат вправе направить запрос в экспертное учреждение о проведении на договорной основе соответствующей экспертизы. Несмотря на то, что как следственный судья (новая процессуальная фигура в УПК РК), так и орган уголовного преследования вправе отказать адвокату в приобщении такого заключения (ст. 99 УПК РК), а адвокат наделен правом сбора сведений, а не доказательств (ч. 1 ст. 122 УПК РК), в том числе он не вправе предупреждать лиц об уголовной ответственности, ч. 7 ст. 79 УПК РК оговаривает, что эксперт, являющийся сотрудником органов судебной экспертизы, считается по роду своей деятельности

ознакомленным с его правами и обязанностями и предупрежденным об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Таким образом, адвокат, обратившийся на договорной основе в государственный орган судебной экспертизы, получает некое заключение эксперта, которому для того, чтобы стать доказательством, не хватает только факта приобщения к уголовному делу, который санкционируется органом, ведущим уголовный процесс.

Во-вторых, адвокат вправе «инициировать» производство судебной экспертизы. Каков же здесь процессуальный механизм? Согласно ч. 5 ст. 272 УПК РК «участники процесса, защищающие свои или представляемые права и интересы, в письменном виде представляют органу, ведущему уголовный процесс, вопросы, по которым, по их мнению, должно быть дано заключение эксперта, указывают объекты исследования, а также называют лицо, которое может быть приглашено в качестве эксперта. Орган, ведущий уголовный процесс, не вправе отказать в назначении экспертизы, за исключением случаев, когда вопросы, представленные на ее разрешение, не относятся к уголовному делу или предмету судебной экспертизы».

Для такой инициации есть два ограничения.

1) участник процесса, по инициативе которого назначается экспертиза, может представить в качестве объектов экспертного исследования предметы, документы. Орган, ведущий уголовный процесс, вправе мотивированным постановлением исключить их из числа таковых (ч. 9 ст. 272 УПК РК).

2) рассмотрев представленные вопросы, орган, ведущий уголовный процесс, отклоняет те из них, которые не относятся к уголовному делу или предмету судебной экспертизы, выясняет, нет ли оснований для отвода эксперта, после чего выносит постановление о назначении экспертизы (ч. 10 ст. 272 УПК РК).

В-третьих, адвокат вправе привлечь на договорной основе специалиста. В таком случае перечень вопросов для специалиста устанавливается адвокатом и государственными органами ограничен быть не может. Материалы, предоставляемые для исследования, также избираются адвокатом. Заключение специалиста находится в перечне доказательств наравне с заключением эксперта (ч. 2 ст. 111 УПК РК). Однако орган, ведущий уголовный процесс, не обязан приобщать полученное адвокатом заключение

специалиста к материалам уголовного дела, а механизм предупреждения специалиста об уголовной ответственности в случае составления им заключения по запросу адвоката отсутствует.

Как мы видим, аналогичная процессуальная конструкция для заключения специалиста и стороны защиты на сегодняшний день существует и в УПК РФ.

Остается второй момент – возможность получения стороной защиты показаний сведущего лица. Адвокат вправе требовать допроса свидетеля или специалиста, если он обеспечил их явку в орган, ведущий уголовный процесс. Напрямую об этом указано в ч. 5 ст. 99 УПК РК, которая гласит: «Орган, ведущий уголовный процесс, не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве специалистов или свидетелей лиц, явка которых обеспечена сторонами. Орган, ведущий уголовный процесс, обязан оказывать содействие стороне в обеспечении явки для допроса указанных ими лиц, в том числе и с применением предусмотренных законом мер процессуального принуждения». Остается заметить, что в данном перечне почему-то забыто заключение специалиста. Учитывая, что «показания специалиста – это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном после получения заключения, в целях разъяснения или уточнения данного им заключения» (ч. 6 ст. 117 УПК РК), вопрос о легитимности полученных показаний без приобщения заключения специалиста остается спорным.

Уголовно-процессуальный кодекс Украины (далее УПК Украины) был принят 13.04.2012 г. Несмотря на общее реформирование уголовного судопроизводства Украины, процессуальный механизм регулирования института сведущих лиц во многом схож с тем, что имеется в УПК РФ. Нововведения в нем, коснувшиеся института сведущих лиц, не столь значительны, как в приведенных выше УПК РБ и УПК РК. Они либо уже были приведены в указанных выше двух Кодексах, либо имеются в УПК РФ. В то же время совсем избегать рассмотрения УПК братской страны было бы неразумно.

В соответствии с ч. 1 ст. 71 УПК Украины специалистом в уголовном производстве является лицо, которое владеет специальными знаниями и навыками применения технических или других средств и может предоставлять консультации во время досудебного расследования и судебного разбирательства по вопросам, которые требуют соответствующих специальных знаний и навыков.

Специалист может быть привлечен для предоставления непосредственной технической помощи (фотографирование, составление схем, планов, чертежей, отобрание образцов для проведения экспертизы и тому подобное) сторонами уголовного производства во время досудебного расследования и судом во время судебного разбирательства.

Заключение специалиста, как и его показания, не только не является доказательством по делу (ч. 2 ст. 84 УПК Украины), но и вообще отсутствует в Кодексе как правовое явление. С одной стороны, данное решение стоит признать верным, так как наличие заключения специалиста создает ненужные коллизии в его применении наравне с заключением эксперта, что доказано длящейся в отечественной процессуальной литературе уже более десяти лет по этому поводу дискуссией, с другой – очевиден пробел в отсутствии показаний специалиста как доказательства и игнорировании доказательственного значения информации, добываемой специалистами в ходе проведения процессуальных действий.

В соответствии с ч. 1 ст. 69 УПК Украины экспертом в уголовном производстве является лицо, которое владеет научными, техническими или другими специальными знаниями, имеет право в соответствии с Законом Украины «О судебной экспертизе» на проведение экспертизы и которому поручено провести исследование объектов, явлений и процессов, которые содержат сведения об обстоятельствах совершения уголовного правонарушения, и дать вывод по вопросам, которые возникают во время уголовного производства и касаются сферы его знаний.

Важным стоит признать методологически верное указание на наличие сведений об обстоятельствах совершения уголовного правонарушения в объектах, явлениях и процессах, подвергающихся «вычленению» в процессе исследования. Процесс такого «вычленения» обстоятельств уголовного дела подробно был описан в первом параграфе первой главы данной работы.

В соответствии с УПК Украины заключение эксперта – это подробное описание проведенных экспертом исследований и сделанные по их результатам выводы, обоснованные ответы на вопросы, поставленные лицом, которое привлекло эксперта, или следственным судьей или судом, который поручил проведение экспертизы (ст. 101 УПК Украины).

Каждая сторона уголовного производства имеет право предоставить суду заключение эксперта, которое основывается на его научных, технических или других специальных знаниях (ч. 2 ст. 101 УПК Украины).

Адвокат вправе получать в установленном законом порядке письменные заключения специалистов, экспертов по вопросам, требующим специальных знаний²⁰⁶.

Для получения доказательств сторона защиты наделена правом ходатайствовать о проведении тех или иных процессуальных действий, назначении экспертизы «при наличии соответствующих оснований» (ч. 1 ст. 220 УПК Украины). Основаниями для проведения, например, следственного (розыскного) действия является наличие достаточных сведений, которые указывают на возможность достижения ее цели (ч. 2 ст. 223 УПК Украины).

Таким образом, в УПК Украины, как и в УПК РФ, фактически сторона защиты (в лице адвоката) не имеет весомых рычагов давления на лиц, осуществляющих предварительное расследование.

²⁰⁶ Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 05.07.2012 № 5076-VI. URL: <http://advocat777.com.ua/zakon-ob-advocature> (дата обращения: 20.10.2014).

III Проблемы правового регулирования института сведущих лиц

§ 3.1 Проблема разграничения компетенции сведущих лиц

У понятия «компетенция» есть два определения:

1 Осведомленность в каком-н. круге вопросов, какой-н. области знания. (*К. этого специалиста не вызывает сомнений*).

2 Круг чьих-н. полномочий, прав. (*Это не входит в компетенцию суда*).²⁰⁷

Соответственно и рассматриваемую проблему предлагается понимать с двух сторон: формальной и содержательной. В данном параграфе будет дано понимание каждой из них относительно деятельности сведущих лиц в уголовном процессе. Для начала обратимся к формальной стороне проблемы – полномочия, права.

Предоставление права обращаться к специалисту сторонам, к которым УПК РФ помимо следователя, дознавателя, прокурора относит потерпевшего, обвиняемого, защитника, представителя и ряд других участников уголовно-процессуальной деятельности, ознаменовало переворот в отношении законодателя к использованию специального знания в уголовном процессе. Если до этого обращение к сведущим лицам было исключительной прерогативой органов уголовного судопроизводства, то с 2002 г. данное право приобрели и иные участники уголовного судопроизводства.

Как следствие, возникла проблема разграничения полномочий сведущих лиц, привлекаемых стороной защиты и обвинения. Данная проблема особое развитие получила после нововведений в УПК РФ от 04.07.2003г., согласно которым заключение специалиста оказалось в перечне доказательств рядом с привычным заключением эксперта.

Во избежание смешения этих очень близких и по звучанию, и по происхождению доказательств в ст. 80 УПК РФ появились их нормативные дефиниции. Водораздел между ними законодатель попытался провести через разные нормативные термины. Если заключение эксперта определено как «исследование» сведущего лица, то заключение специалиста – как его «суждение».

В уголовно-процессуальной науке возникли вопросы, что понимать под новыми полномочиями специалиста, какое содержание вкладывать в

²⁰⁷ Крысина Л. П. Толковый словарь иностранных слов. М. : Русский язык, 1998.

эти полномочия, как трактовать термин «суждение», разграничивающий компетенцию эксперта и специалиста. Главным вопросом, ответ на который позволял бы отграничить эксперта и специалиста в российском уголовном процессе, стал вопрос возможности или невозможности проведения специалистом исследования.

Начиная с 2002 года, по данной проблеме в литературе зародилось три точки зрения. Представители первой заняли классическую позицию, согласно которой специалист не может проводить исследование. В обоснование своих доводов они приводят следующие аргументы.

Е.Р. Россинская полагает, что «заключение специалиста представляет собой письменную консультацию по вопросам, входящим в его компетенцию, представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами (ч. 3 ст. 80 УПК)»²⁰⁸.

Е.А. Зайцева утверждает, что «в рамках уголовного судопроизводства только эксперт наделен полномочиями проводить научные исследования и делать из полученных результатов выводы на основе своих специальных познаний. Специалист такие исследования осуществлять не вправе. Иначе размывается грань между экспертом и специалистом»²⁰⁹.

По мнению Л.В. Лазаревой, «специалист не имеет права и не должен проводить каких-либо исследований, поскольку это исключительная прерогатива эксперта»²¹⁰.

П. Воробьев пишет, что «для расширительного толкования ч. 3 ст. 80 УПК РФ оснований нет, а буквальное позволяет утверждать, что в основе заключения специалиста, в отличие от заключения эксперта, не может быть исследований каких-либо объектов»²¹¹.

В. Быков считает, что «специалисту не нужно проводить какие-либо исследования, чтобы ответить на вопросы следователя и суда – в ряде случаев он в состоянии после осмотра объекта, ознакомления с представленными ему предметами, документами или веществами высказать суждение и мнение об осмотренных объектах»²¹².

²⁰⁸ Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М. : Норма, 2005. С. 14.

²⁰⁹ Зайцева Е. А. Концепция развития института судебной экспертизы в условиях состязательного уголовного судопроизводства. М. : Юрлитинформ, 2010. С. 159.

²¹⁰ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юр. наук. Владимир, 2011. С.246.

²¹¹ Воробьев П. Процессуальный статус специалиста: нужны разъяснения Пленума Верховного Суда // Законность. 2005. №11. С. 35.

²¹² Быков В. Заключение специалиста // Законность. 2004. №9.

Как видно из приведенных выше доводов ученых-процессуалистов, все они при поиске ответа на заданный вопрос, во-первых, в большинстве своем приходят к разграничению конкретных документов (заключения специалиста и заключения эксперта) по содержанию, а не их источников (специалиста и эксперта). При этом авторы оперируют законодательными терминами «суждение» и «исследование» (ст. 80 УПК РФ), таким способом копируя позицию законодателя, полностью с ним соглашаясь. Во-вторых, такая логика скорее удовлетворяет потребностям государственных органов.

Представителями второй точки зрения приводятся аргументы в пользу проведения специалистом «неполноценного исследования». Так, А.В. Кудрявцева, анализируя возможность производства специалистом исследования, приходит к выводу о том, что перед специалистом, проводящим исследование, не должны ставиться идентификационные задачи; в заключении должно быть отражено исследование в форме простого логического силлогизма, где первой посылкой являются фактические обстоятельства дела, малой посылкой – специальные знания, а вывод должен быть в форме умозаключения²¹³.

Т.В. Аверьянова предлагает к компетенции специалиста отнести решение диагностических и диагностико-классификационных задач в тех случаях, когда эти исследования не требуют сложных лабораторных условий. К диагностическим задачам может относиться установление класса объекта, механизма совершения преступления, причин и условий, способствовавших совершению преступления²¹⁴.

И.Г. Савицкая считает также, что «не все идентификационные исследования должны быть отнесены к исключительной компетенции эксперта, а лишь идентификация на уровне индивидуального тождества»²¹⁵.

С данным подходом также следует не согласиться. Во-первых, если мы применяем в доказывании логику следующего порядка: ни одно из доказательств не имеет заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК РФ), то как можно вводить в перечень доказательств такой их вид, который заве-

²¹³ Кудрявцева А. В. Заключение и показания специалиста как источник доказательств в уголовном процессе России // Вопросы правовой теории и практики : межвузовский сборник научных трудов. Омск, 2007. Вып. 3. С.489.

²¹⁴ Аверьянова Т. В. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве //Черные дыры в Российском законодательстве. 2004. № 4. С. 261.

²¹⁵ Савицкая И. Г. Формы участия специалиста в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Владимир, 2012. С.112.

домо по своему содержанию должен быть «слабее» другого, а именно заключения эксперта, по каким-то заранее оговоренным критериям.

Во-вторых, если к компетенции эксперта относится решение объема задач, который включает в себя и объем задач, решаемых специалистом в его заключении, то возникает дублирование содержания одного доказательства другим. В таком случае правоприменителю приходится делать выбор, исходя из формы соответствующего доказательства. Согласно ч. 1 ст. 307 УК РФ специалист не несет ответственности за заведомо ложное заключение, что влечет за собой сомнения в достоверности данного доказательства – то есть несовершенство формы. Этот факт, в свою очередь, влечет за собой признание доказательства недопустимым (ч. 3 ст. 7 УПК РФ).

В-третьих, вышеуказанные вопросы (диагностические или неидентификационные) должны ставиться субъектом, не обладающим специальным знанием. Он сможет поставить вопрос, но не сможет определить уровень необходимых исследований, так как состояние конкретного объекта, изучение которого требует специального знания, возможно только при условии владения самим понятием объекта.

В-четвертых, неудачность современной формулировки понятия заключения специалиста является доказательством невозможности, с одной стороны, разделить нормативными средствами на составляющие процесс человеческого мышления, а с другой – качественным образом оформить в нормах уголовно-процессуального закона понятное разделение на виды всех исследований, предположительно проводимых специалистом и экспертом.

Сторонники третьей точки зрения выдвинули иную, навеянную временем гипотезу, согласно которой специалист в уголовном процессе проводит исследование, а в обоснование своей позиции они приводят иные доказательства.

С.А. Шейфер допускает, что деятельность специалиста можно назвать исследованием в том смысле, что «специалист активно выявляет искомую информацию», однако подчеркивает, «такое исследование ни в коем случае нельзя отождествлять с экспертным»²¹⁶.

И. Овсяников пишет: «Если специалисту для ответа на поставленные перед ним вопросы понадобилось не только осмотреть представленные

²¹⁶ Цит. по: Селина Е. В. Применение специальных познаний в уголовном процессе. М. : Юрлитинформ, 2002. С. 93.

ему объекты, но провести какие-либо эксперименты, исследования с помощью физических, химических, биологических, математических или иных методов, то факт проведения таких исследований сам по себе не может служить основанием для упрека в его адрес»²¹⁷.

Т.В. Аверьянова, Ю.Г. Корухов утверждают, что «в философской литературе суждение признается одной из наиболее распространенных форм познания»²¹⁸. Кроме того они полагают, что при отсутствии исследования в заключении специалиста «оно не может быть проверено в соответствии со ст. 88 УПК РФ с позиции достоверности»²¹⁹.

Полагаем, что наиболее перспективной в развитии на сегодняшний день остается вторая точка зрения. В то же время доводы сторонников возможности проведения специалистом исследования нуждаются в уточнении, актуализации и систематизации.

Проведем семантический анализ слова «исследование». Исследовать в широком смысле слова значит «осмотреть (осматривать) для выяснения, изучения чего-нибудь»²²⁰, «тщательно осмотреть кого-, что-либо, внимательно ознакомиться с чем-либо, обследовать»²²¹. Синонимами исследования являются понятия «изучение, поиски, анализ, освидетельствование, обследование, осмотр»²²².

В более узком смысле слова «исследование» – это научный метод (процесс) изучения чего-либо²²³. В этом значении данное понятие традиционно уже с начала XX века применяется по отношению к эксперту, использующему в своей деятельности единые научные методы анализа, синтеза, абстрагирования, эксперимента и проч. Но как понимать указанное понятие по отношению к иному сведущему лицу (специалисту)? Разве он не применяет те же методы?

Обобщая позиции по данному вопросу, можно резюмировать, что проблема имеет как минимум два аспекта: формальный и содержательный. В литературе также встречается разделение на внешнюю (процессу-

²¹⁷ Овсянников И. Заключение и показания специалиста // Законность. 2005. № 7. С. 32-33.

²¹⁸ Аверьянова Т. В., Корухов Ю. Г. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве // Черные дыры в российском законодательстве. 2004. № 4. С. 260.

²¹⁹ Там же. С. 260.

²²⁰ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М. : Азбуковник, 2000. 940 с.

²²¹ Словарь русского языка : в 4 т. / АН СССР, Ин-т рус. яз. ; под ред. А. Г. Евстигнеевой. 2-е изд., испр. и доп. М. : Русский язык, 1981. Т.1. А-Й. С. 423.

²²² Александрова З. Е. Словарь синонимов русского языка : Практический справочник. 13-е изд., стереотип. М. : Русский язык - Медиа, 2005. 568 с.

²²³ Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. М. : Русский язык – Медиа, 2003. 2721 с.

альную) и внутреннюю (гносеологическую) стороны²²⁴. Противники проведения специалистом исследования придерживаются формального (внешнего) подхода, так как не хотят смешивать в рамках уголовно-процессуальной деятельности компетенцию эксперта и специалиста, но сталкиваются с содержательной (гносеологической) проблемой. Их оппоненты исходят из содержательного аспекта, выражающегося в единстве познавательной деятельности всех сведущих лиц, но не всегда предлагают действенные процессуальные решения.

Вернемся к хронологии (истории) развития проблемы «исследования» и «суждения» в Законе и юридической литературе. Впервые конкуренция эксперта и специалиста начала обозначаться после принятия УПК РФ. В период с 2002 по 2010 год Закон стоял на одной позиции – только эксперт проводит исследование (ч. 1 ст. 80 УПК РФ). С 2003 года одной из форм деятельности специалиста стало заключение специалиста, представляющее из себя «суждение» (ч. 3 ст. 80 УПК РФ). Содержание данных явлений (суждения и исследования) презюмировалось при буквальном толковании как различное, однако законодатель не указал даже примерных признаков, по которым они разнятся.

Несмотря на это нормативное упущение, данная позиция получила широкое освещение в литературе указанного периода. Множество авторов благодушно восприняли новый термин «суждение» и продолжили развитие понимания данного явления, а также поиск различий между «суждением» и «исследованием».

Предлагались различные варианты: суждение как поверхностный осмотр, как перечисление нескольких признаков объекта, как логический вывод без практических действий, как решение только диагностических задач, как эмпирический уровень познания и т.п. На этот этап приходится большинство работ, обосновывающих возможность дачи специалистом «суждения» как некоего особого способа познания, отличного от «исследования» эксперта²²⁵.

²²⁴ Классен Н. А. Использование специальных знаний при осуществлении защиты по уголовным делам : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Челябинск, 2009. С. 10.

²²⁵ См. например, Еремин С. Н. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве: Уголовно-процессуальное и криминалистическое исследование : дис. ...канд. юр. наук. Краснодар. 2004; Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М. : Норма, 2005; Бельский А. И. Заключение и показания специалиста как доказательства в уголовном процессе России: дис. ... канд. юр. наук. М., 2006; Зайцева Е. А. Концепция развития института судебной экспертизы в условиях состязательного уголовного судопроизводства. М.: Юрлитинформ, 2010; Смирнов А. В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс : учеб-

Спустя 7 лет, в марте 2010 года законодатель начал менять свою позицию. Впервые применительно к специалисту был использован термин «исследование»²²⁶. В соответствии с изменениями в ст. 144 УПК РФ лицо, проводящее проверку сообщения о преступлении, получило право «требовать... исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов». На этот момент количество работ в литературе, посвященных раскрытию уникальной сущности «суждения» специалиста, уже некоторым образом сократилось и наметилась обратная тенденция.

Как отмечает в своей статье заместитель руководителя отдела процессуального контроля следственного управления Следственного комитета РФ по Республике Татарстан, «Данное полномочие ... "узаконило" практику назначения различных исследований в стадии возбуждения уголовного дела ... в новой редакции ч. 1 ст. 144 УПК к производству исследований привлекаются именно специалисты»²²⁷.

Я.Д. Ревенко пишет в своей диссертации о возможности проведения специалистом исследования, напрямую ссылаясь на текст нового закона, а также приводя в подтверждение стенограмму заседания Государственной Думы и пояснительную записку к новому законопроекту²²⁸. И.Г. Савицкая приходит к философской трактовке «суждения» как одной из форм познания, неразрывно связанной с процессом исследования²²⁹. Л.Г. Шапиро полагает, что «принципиальных различий между существом разрешаемых вопросов специалистом, дающим заключение в порядке ст. 80 УПК, и заключением эксперта не существует... в любом случае суждение является результатом мыслительной (познавательной) деятельности специалиста»²³⁰.

ник / под общ. ред. проф. А. В. Смирнова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : КНОРУС, 2008; Цховребова И. А. О дифференциации специальных знаний эксперта и специалиста // Фундаментальные и прикладные проблемы управления расследованием преступлений : сборник научных трудов : в 2 ч. М. : Академия управления МВД России, 2005. Ч.2. С. 188; Быков В. М., Ситникова Т. Ю. Заключение специалиста и особенности его оценки // Вестник криминалистики. 2004. Вып. 1. С. 20.

²²⁶ Федеральный закон от 09.03.2010 № 19-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

²²⁷ Махмутов М. Назначение исследований в стадии возбуждения уголовного дела // Законность. 2010. № 11.

²²⁸ Ревенко Я. Д. Актуальные вопросы помощи специалиста на стадии возбуждения уголовного дела : дис. ... канд. юр. наук. Челябинск, 2011. С. 70.

²²⁹ Савицкая И. Г. Формы участия специалиста в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Владимир, 2012, С. 106.

²³⁰ Шапиро Л. Г. Ситуационный подход к использованию специальных знаний при расследовании преступлений в сфере экономической деятельности // Эксперт-криминалист. 2013. № 3. С. 15- 7.

Противник возможности проведения специалистом исследования В.М. Быков задается вопросом: «Почему же законодатель использовал именно этот термин – “исследования специалистов”, остается непонятным»²³¹.

В марте 2013 года новеллой Закона²³² стала еще одна форма предварительного расследования, именуемая «сокращенное дознание». В главе, посвященной новой форме, а именно в п. 3. ч. 3 ст. 226.5 УПК РФ дознаватель получил право не назначать экспертизу по вопросам, «ответы на которые содержатся в заключении специалиста по результатам исследования, проведенного в ходе проверки сообщения о преступлении».

Спустя десять лет после принятых изменений законодатель расписался в собственной беспомощности разграничить место и роль в уголовном процессе специалиста и эксперта, одновременно используя при этом термины «суждение» и «исследование» (ст. 80 УПК РФ). С 2010 по 2013 год законодатель начал признавать единство в содержании познавательной деятельности сведущих лиц (специалиста и эксперта). Очевидно, что данный процесс пока не завершен и требует большого количества изменений в УПК РФ и иных нормативных актах.

После обозначения законодательной и научной стороны развития проблемы отдельного рассмотрения по данному вопросу требует история развития и изменения позиции Высшей судебной инстанции.

Первое разъяснение Верховного суда по данному вопросу было дано в 1971 году²³³. Согласно позиции Верховного суда РСФСР «в силу ст. 78 УПК РСФСР и соответствующих статей УПК других союзных республик экспертное исследование может быть проведено только лицом, назначенным в качестве эксперта в установленном законом порядке».

Далее Верховный суд разъяснял, что «при рассмотрении дела в кассационном или надзорном порядке суды не вправе назначать экспертизу, в том числе дополнительную или повторную. Представленные дополнительные материалы, в частности мнение сведущего лица, не могут заменить заключения эксперта и служить основанием к изменению или отмене приговора с прекращением дела».

²³¹ Быков В. М. Новый закон о проверке следователем сообщения о преступлении // Право и политика. 2011. № 7.

²³² Федеральный закон от 04.03.2013 № 23-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

²³³ Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16.03.1971 № 1 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // СПС «Консультант Плюс».

Таким образом, Верховный суд соглашался с имеющейся практикой применения внеэкспертных методов использования специального знания, выражаемых в самых разных формах, например, в виде «мнения сведущего лица», однако не признавал за ними силы доказательства.

Здесь стоит указать на имевшую место коллизию, вызванную неторопливостью Высшей судебной инстанции, так как указанный Пленум действовал до 2010 года, то есть оставался в силе 7 лет после новелл в УПК РФ о новом доказательстве – заключении специалиста.

Следующим этапом толкования явился Пленум ВС РСФСР 1975 года²³⁴. В нем Верховный суд вполне однозначно указал на место специалиста в уголовном судопроизводстве. Согласно п. 11 указанного Постановления «во всех случаях, когда для установления конкретных обстоятельств дела необходимы специальные познания в науке, технике, искусстве или ремесле, следует решать вопрос, требуется ли проведение экспертизы или эти обстоятельства могут быть выяснены путем привлечения к участию в судебном разбирательстве соответствующего специалиста».

Указанная позиция Пленума полностью соотносится с позицией советского законодателя вообще и ролью специалиста в частности как лица содействующего правосудию. Более того, привлечение специалиста к участию в судебном заседании стало прообразом будущего доказательства – допроса специалиста.

Далее Пленум разъяснял, что «специалист приглашается для участия в судебном разбирательстве в тех случаях, когда суду либо участникам судебного разбирательства при исследовании доказательств могут потребоваться специальные знания и навыки (например, в существе технологического или производственного процесса, специфических особенностях той или иной профессии и т.п.). Мнение специалиста обязательно отражается в протоколе судебного заседания... постановка перед специалистом вопросов, относящихся к компетенции эксперта, недопустима, его мнение не может быть приравнено к заключению эксперта».

На сегодняшний день пункт 11 указанного Пленума не отменен, что выглядит не вполне логично, не говоря уже о том, что мнение специалиста сегодня может реализовываться через его показания или заключение.

²³⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.09.1975 № 5 (ред. от 09.02.2012) «О соблюдении судами Российской Федерации процессуального законодательства при судебном разбирательстве уголовных дел» // СПС «Консультант Плюс».

После принятия УПК РФ Высшая судебная инстанция в нескольких своих разъяснениях последовательно указывала на уникальность экспертизы как единственной формы исследования с привлечением специального знания. Так, в 2002 году Пленум ВС РФ разъяснил, что «при квалификации действий виновного по части второй статьи 162 УК РФ судам следует в соответствии с Федеральным законом от 13 ноября 1996 года "Об оружии" и на основании экспертного заключения устанавливать, является ли примененный при нападении предмет оружием, предназначенным для поражения живой или иной цели»²³⁵.

В то же время уже в 2006 году²³⁶ Верховный суд занял несколько иную позицию, приравняв два доказательства – заключения эксперта и специалиста. Логичным следствием является, соответственно, и приравнивание их содержания, то есть «суждение» стало идентично «исследованию». В частности указывалось: «имея в виду, что для определения вида средств и веществ (наркотическое, психотропное или их аналоги, сильнодействующее или ядовитое), их размеров, названий и свойств, происхождения, способа изготовления, производства или переработки, а также для установления принадлежности растений к культурам, содержащим наркотические средства или психотропные вещества либо их прекурсоры, требуются специальные знания, суды должны располагать соответствующими заключениями экспертов или специалистов».

В 2008 году²³⁷ по аналогичным объектам Пленум предложил применять исключительно экспертизу. В частности указывалось: «поскольку для отнесения предметов контрабанды к наркотическим средствам, психотропным веществам, их аналогам, сильнодействующим, ядовитым, отравляющим, взрывчатым, радиоактивным веществам, а также для определения вида указанных средств и веществ требуются специальные познания, суды при рассмотрении дел данной категории должны располагать соответствующими экспертными заключениями».

Последним этапом в формировании позиции Верховного суда по данному вопросу стал Пленум от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам»²³⁸.

²³⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // СПС «Консультант Плюс».

²³⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // СПС «Консультант Плюс».

²³⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.2008 № 6 (ред. от 28.09.2010) «О судебной практике по делам о контрабанде» // СПС «Консультант Плюс».

²³⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // СПС «Консультант Плюс».

Верховный суд соглашается с существованием на практике внеэкспертных исследований, указывая, что «справки, акты, заключения и иные формы фиксации результатов ведомственного или другого исследования, полученные по запросу органов предварительного следствия или суда, не могут рассматриваться как заключение эксперта и служить основанием к отказу в проведении судебной экспертизы».

В то же время Пленум отграничивает от данных исследований заключение специалиста, так как подчеркивает, что «указанные положения не препятствуют приобщению к материалам уголовного дела и использованию в процессе доказывания заключения специалиста, полученного в соответствии с частью 3 статьи 80 УПК РФ». Далее Верховный суд придерживается единой позиции, согласно которой «специалист не проводит исследование вещественных доказательств и не формулирует выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами. Поэтому в случае необходимости проведения исследования должна быть произведена судебная экспертиза».

При этом Верховный суд признает, что «заключение и показания специалиста также как заключение и показания эксперта в суде, являются доказательствами по делу (часть 2 статьи 74 УПК РФ)». Вместе с тем Пленум забывает в своем разъяснении как-либо оговорить о возможностях стороны защиты получать акты каких-либо исследований.

В заключение можно сделать вывод о том, что Верховный суд испытывает проблемы с занятием единой позиции по данному вопросу. Несмотря на это, в самом последнем из Пленумов видится попытка расставить все точки над *i*. Верховный суд не признает возможность существования в уголовном судопроизводстве наравне с экспертным такого доказательства, которое также являлось бы исследованием на основе специального знания, а также не видит необходимости в проведении специалистом исследования и отдает эту прерогативу эксперту. Данная позиция видится вполне логичной, так как существование в едином перечне двух доказательств с идентичным содержанием неизбежно повлекло бы за собой коллизии в их применении.

В то же время указанная позиция представляется лишь как односторонний способ попытки решения проблемы участия в доказывании государственных органов, а роль и место иных участников процесса в реализации своих правомочий здесь не учитывается совсем. Игнорируются право адвоката на

привлечение специалиста (ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 №63-ФЗ), право адвоката-защитника на привлечение специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ), право специалиста разъяснять сторонам вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58 УПК РФ).

При этом Верховный суд не может раскрыть содержание заключения специалиста и определить признаки (кроме «суждения»), отграничивающие его от заключения эксперта. Таким образом, и Верховый суд не дает окончательного ответа на вопрос о проблеме разграничения эксперта и специалиста, фактически повторяя позицию советского Пленума с учетом неполноценных норм современного УПК РФ.

Кроме того, руководящие разъяснения Пленума зачастую отстают от позиции законодателя, признавшего, например, с 2010 года возможность проведения специалистом исследования. Возможно, соответствующие изменения в позиции Верховного суда стоит ждать через 5-7 лет.

Показательным в этом отношении является практика Верховного суда, который пытается придерживаться обозначенной позиции и при принятии процессуальных решений. Например, в своем апелляционном определении, отказывая в удовлетворении жалобы, суд указал, что «в случае необходимости проведения исследования, связанного с применением специальных знаний, проводится судебная экспертиза, которую заключение или допрос специалиста заменить не могут»²³⁹.

А вот обратный пример. Изучая техническое заключение о причине пожара, Верховный суд в своем кассационном определении указал: «Тот факт, что в рассматриваемом случае заключение было подготовлено специалистом без специального постановления следователя и что специалист не предупреждался об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ, не давало оснований для исключения заключения специалиста из числа доказательств. По смыслу ч. 3 ст. 80 УПК РФ для получения данного доказательства не является обязательным вынесение о том специального постановления. Согласно ст. 307 УК РФ специалист (в отличие от эксперта) может быть привлечен к уголовной ответственности лишь за дачу заведомо ложных показаний, а не заключений»²⁴⁰.

²³⁹ Апелляционное определение Верховного суда РФ от 20.08.2013 № 89-АПУ13-16 // СПС «Консультант Плюс».

²⁴⁰ Кассационное определение Верховного суда РФ от 22.05.2013 № 67-013-32 // СПС «Консультант Плюс».

Возникает вопрос, в чем содержательное, а не указанное формальное отличие технического заключения о причине пожара от аналогичной экспертизы? Данный вопрос суд не рассматривает и, очевидно, удовлетворяясь его содержанием, кладет заключение в основу своего решения.

После рассмотрения позиции законодателя, научной дискуссии по данной проблеме и изучения судебной практики обратимся к примерам реальных документов. Так, например, возьмем один из образцов заключения судебной почерковедческой экспертизы²⁴¹. С другой стороны противопоставим ему заключение о результатах почерковедческого исследования²⁴², составленное заведующим криминалистической лабораторией кафедры криминалистики УрГЮУ А.В. Антроповым (стаж экспертной работы более 20 лет), выступившим по запросу частного лица в качестве специалиста.

В описании применяемых как специалистом, так и экспертом методов встретим идентичные: «Изучалась визуально в косопадающем свете, на просвет, в ультрафиолетовых лучах и инфракрасных лучах...» и т.п. Применяемые в ходе работы как эксперта, так и специалиста инструменты схожи: «Криминалистическая лупа с 4-х кратным увеличением, измерительная линейка, цифровой фотоаппарат, микроскоп» и т.п.

Перечисление признаков единства процессов познания можно продолжать и дальше, так как во многом указанные документы полностью совпадают, кроме предупреждения специалиста об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ. Отметим также, что как эксперт, так и специалист в оформляемом ими документе одинаково ссылаются на традиционную качественно-описательную методику проведения почерковедческих экспертиз, изложенную в одной и той же в специальной литературе.

На указанную идентичность заключений эксперта и специалиста не раз указывалось учеными. Например, в своей статье профессор УрГЮУ, судебно-медицинский эксперт высшей категории П.П. Грицаенко (стаж экспертной работы более 45 лет) приводит случай из практики. Согласно материалам дела «судебно-медицинский эксперт Б., проводивший экспертизу трупа К., пришел к заключению, что причиной смерти стала откры-

²⁴¹ URL: http://tomexp.ru/publ/obrazcy_dokumentov/obrazec_zakljuchenija_sudebnoj_pocherkovedcheskoj_ekspertizy/12-1-0-18 (дата обращения: 21.10.2015).

²⁴² URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=system/files/%D1%8D%D0%BB%D1%80%D1%8E%D0%B6+4-2012.pdf> (дата обращения: 21.10.2015).

тая черепно-мозговая травма, возникшая от удара по голове (в область затылка) тупым предметом»²⁴³.

Однако данное П.П. Грицаенко заключение, выступившим на стороне защиты в качестве специалиста, смогло зародить сомнение у сторон в выводах эксперта. Далее автор пишет, что «в судебное заседание по моему ходатайству был приглашен судебно-медицинский эксперт Б., проводивший экспертизу трупа К. В ходе заседания он согласился с данным мною заключением».

Но так как в заключении специалиста отсутствует предупреждение автора об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ, «судом была назначена повторная (комиссионная) судебно-медицинская экспертиза, которая подтвердила вывод о том, что имел место не удар по голове, а удар головой при падении на плоскость»²⁴⁴.

Еще один случай о состязании заключений специалиста и эксперта мы находим у Л. Александровой. В своей статье она приводит пример об отмене в кассации решения суда первой инстанции и назначении при повторном рассмотрении дела комиссионной экспертизы в связи с жалобой адвоката, приобщившего к своему обращению заключение специалиста (медика), оспорившего выводы судмедэксперта, проводившего первичную экспертизу. В итоге автор также приходит к выводу, что «суждения специалиста зачастую не только не уступают заключению эксперта, но в некоторых случаях его опровергают»²⁴⁵.

Из приведенных примеров видно, что представляемый специалистом процессуальный документ, в отличие от заключения эксперта, во-первых, имеет частично другое название, во-вторых, дается лицом, не занимающим должность эксперта в государственном учреждении, в-третьих, не содержит предупреждения автора по ст. 307 УК РФ. Это признаки, характеризующие формальную сторону явления. Возникает закономерный вопрос, имеются ли содержательные (гносеологические) отличия в заключении специалиста и заключении эксперта? Не являются ли действия специалиста по познанию обстоятельств уголовного дела таким же «исследованием»?

²⁴³ Грицаенко П. П. К вопросу о состязательности эксперта и специалиста в суде // Российский юридический журнал. 2009. № 1. С. 207-213.

²⁴⁴ Там же. С. 207-213.

²⁴⁵ Александрова Л. Мнение специалиста опровергает заключение эксперта? // Уголовный процесс. 2008. №1. С. 77-82.

Как отмечали в своей статье Н.А. Данилова, Т.Г. Николаева, В.И. Рохлин, утверждение об «исследовании» в таком доказательстве, как заключение эксперта, «справедливо в отношении органов предварительного расследования»²⁴⁶. Но далее они обращают внимание, что вся разница только в том, что «защитник собирает не доказательства, а необходимые ему сведения в том или ином виде, которые после представления органам предварительного расследования или суду могут быть приобщены к материалам уголовного дела и использованы в качестве доказательства. Поэтому специалист, привлеченный защитником, может проводить исследование и давать заключение»²⁴⁷.

Полагаем, что проблема «исследования» (суждения) специалиста появилась в современном отечественном уголовном процессе по причине движения законодателя в направлении увеличения процессуальных возможностей защиты в доказывании, в расширении частного интереса в праве.

Думается, что решение данной проблемы должно лежать в плоскости процессуальных возможностей участников процесса, сторон обвинения и защиты, в направлении трансформации публичного интереса в уголовном процессе.

Как показывает многолетняя научная дискуссия, позиция законодателя и мнение Высшей судебной инстанции, для юриста содержательно разделить деятельность эксперта и специалиста если не невозможно, то очень непросто, как следствие, невозможно и подобрать в каждом случае необходимый нормативный термин и вообще донести до правоприменителя желаемую мысль.

Проще говоря, нельзя пытаться изменить форму, игнорируя при этом содержание.

Содержание не может существовать без формы и, наоборот. «Форма существенна. Сущность сформирована»²⁴⁸. Форма есть способ организации содержания, а под содержанием понимается совокупность элементов (сторон, черт, признаков, процессов), составляющих данный предмет, и свойственные ему функции (действия, выполняемые этим предметом, его назначение и т. д.)²⁴⁹.

²⁴⁶ Данилова Н. А., Николаева Т. Г., Рохлин В. И. Использование государственным обвинителем заключения и показаний специалиста // Российский следователь. 2012. № 10. С. 14-18.

²⁴⁷ Там же. С. 15

²⁴⁸ Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В. И. О диалектическом и историческом материализме / под ред. А. П. Шептулин. М. : Политиздат, 1984.

²⁴⁹ Грицанов А. А. Новейший философский словарь. Минск : Книжный Дом, 1999.

Отмечено, что «форма способствует развитию содержания, если она соответствует ему; она тормозит развитие, если устарела и не соответствует содержанию. Для восстановления возможности развития старая форма должна быть заменена новой»²⁵⁰.

Данные противоречия влекут за собой поиск иных формальных критериев для разграничения сведущих лиц.

В литературе можно встретить следующую классификацию разграничения компетенции эксперта и специалиста: 1) процессуальный порядок вовлечения в уголовный процесс специалиста и эксперта; 2) процессуальные последствия приобретения статуса специалиста и эксперта для других заинтересованных участников процесса; 3) объем полномочий специалиста и эксперта на разных этапах досудебного производства; 4) объекты и условия проводимых исследований²⁵¹.

Полагаем, что разграничение между экспертом и специалистом может быть проведено по субъектам, их привлекающим; по процессуальному режиму деятельности; по доказательственному значению результата этой деятельности; по стадиям привлечения. Процессуальный механизм реализации данной идеи будет дан в третьей главе данной работы.

Следующим этапом рассмотрения проблемы компетенции сведущих лиц в уголовном процессе будет изучение ее содержательной стороны — первого определения понятия компетенция, указанного в начале данного параграфа — осведомленность в каком-нибудь круге вопросов, какой-нибудь области знания. При рассмотрении формальной стороны проблемы очевидно было существование противоречий, непреодолимых нормативными методами. Разрешение этих противоречий возможно при детальном рассмотрении процесса доказывания в ходе уголовного процесса с применением правил формальной логики.

Дело в том, что в ходе производства по уголовному делу содержание личных доказательств (сформировавшихся путём отражения информации об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания, в сознании людей) по общему правилу ограничено суждениями о фактах — обстоятельствах, подлежащих доказыванию (о предмете доказывания).

²⁵⁰ Философия : учебное пособие для высших учебных заведений. 6-е изд., перераб. и доп. Ростов н/Д. : Феникс, 2003.

²⁵¹ Мамошин И. А. Участие специалиста в досудебных стадиях уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2013. С. 8.

Как писал Л.Е. Владимиров, свидетель, например, показывает, что супруги дурно жили. Это мнение (умозаключение, прим. – А. В.). Свидетель должен дать факты (суждения, прим. – А. В.), ему известные, из которых уже судьи сделают заключение (умозаключение, прим. – А. В.). Свидетель показывает, что подсудимый вообще вспыльчивого характера (умозаключение, прим. – А. В.): он обязан представить факты (суждения, прим. – А. В.), ему известные, из которых был сделан вывод (умозаключение, прим. – А. В.)²⁵².

Здесь действуют общеизвестные законы формальной логики. Свидетели дают суждения об обстоятельстве, подлежащем доказыванию, а судья (следователь, дознаватель) делает умозаключение о нем на основе этих суждений.

Содержательная сторона компетенции сведущего лица в уголовном процессе уже подвергалась научному изучению. Так, тот же Л.Е. Владимиров писал, что «мнение на суде может быть высказано: 1) сторонами; 2) экспертами»²⁵³. Под «мнением» он понимал именно умозаключение об обстоятельстве, подлежащем доказыванию.

«Они (сведущие лица, прим. – А. В.) приглашаются не для сообщения о воспринятом ими, как свидетели, а для дачи заключений об известных фактах, для указания тех выводов, которые могут быть сделаны из этих фактов. Они приглашаются, как лица, обладающие специальными сведениями, которых недостает следователям или судьям, – какими-либо специальными научными знаниями, опытностью в каком-либо искусстве, ремесле и т. п.»²⁵⁴.

А.И. Винберг и Н.Т. Малаховская обосновывали, что «составление заключения (выводов заключительного суждения из посылок) есть функция эксперта. Показание свидетеля (подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего) – это его суждение (или несколько суждений), и притом единичное. Если свидетель в своем показании делает умозаключение к общему суждению, то вывод его не имеет юридической ценности и как доказательство игнорируется»²⁵⁵.

²⁵² Учение об уголовных доказательствах. Части: Общая и Особенная / Владимиров Л. Е.. 3-е изд., изм. и законч. СПб. : Кн. маг. «Законоведение», 1910. 440 с.

²⁵³ Там же. С. 221.

²⁵⁴ Познышев С. В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913.

²⁵⁵ Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград, 1978. С. 37.

М.С. Строгович отмечал также, что, «проверяя и оценивая показания свидетеля, следствие и суд могут опереться только на факты, устанавливаемые свидетелем, но не на выводы, которые свидетель делает из этих фактов. Выводы же из этих фактов делают сами следствие и суд»²⁵⁶.

Е.Р. Россинская подчеркивает, что «заключение с категорическими выводами служит источником доказательств, а изложенные в нем фактические данные являются доказательствами»²⁵⁷.

Мы полагаем, что вполне логичным видится дальнейшее развитие этой идеи. Сведущее лицо представляет доказательство – умозаключение об обстоятельстве, подлежащем доказыванию, то есть выводы, облеченные в форму заключения, показаний.

Более подробно процесс дачи сведущим лицом умозаключения из суждений, содержащих специальное знание, был описан в первом параграфе первой главы данной работы.

Важным следствием здесь является тот факт, что под сведущими лицами понимаются как эксперт, так и специалист.

Согласно ч. 1 ст. 80 УПК РФ и ч. 1 ст. 57 УПК РФ под заключением эксперта понимаются «представленные в письменном виде содержание исследования и выводы», а под экспертом – «лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном настоящим Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения».

Можно утверждать, что Закон среди личных доказательств под проведением «исследования» на основе специального знания понимает исключительное право эксперта делать умозаключение о доказываемых фактах.

Соответственно, если специалист определяется в Законе как лицо, привлекаемое для применения специального знания, процесс представления им умозаключений о доказываемых фактах ничем не отличается от аналогичных действий эксперта, именуемых в Законе «исследование». Представление же специалистом единичных суждений о фактах не сможет помочь субъекту доказывания в установлении истины по делу, так как они будут содержать специальное знание, а значит, из них невозможно будет сделать умозаключение – вывод – получить фактические данные – установить обстоятельства, подлежащие доказыванию. Если лицо излагает только сужде-

²⁵⁶ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М. : Наука. 1968. Т.1. С. 410.

²⁵⁷ Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М. : Норма, 2006. 656 с.

ния, не делая умозаключения на основе специального знания, значит для уголовного судопроизводства это не сведущее лицо, а свидетель.

То есть содержательная сторона компетенции едина, вопрос только в форме: в каких стадиях, кем, в каком порядке и с каким результатом эти субъекты привлекаются в уголовный процесс.

Ключ к толкованию здесь лежит в описанной в первом параграфе первой главы данной работы уникальности специального знания как предмета логико-познавательной деятельности участников уголовного судопроизводства.

Единственным спорным моментом в приведенной модели является идея о сведущем лице как о так называемом «судье факта». Данная идея получила свое развитие в дореволюционной литературе, например, в трудах Л.Е. Владимирова (хотя подвергалась обоснованной критике И.Я. Фойницким) и была полностью отброшена советской уголовно-процессуальной наукой.

Фактически советские авторы признавали возможность судьи или следователя познать те же обстоятельства дела, что и сведущее лицо. В частности, указывалось: «опираясь на свою общеобразовательную и криминалистическую подготовку, включающую изучение возможностей различных видов экспертиз, на жизненный и профессиональный опыт, следователь, судьи анализируют не только иллюстрации, если они имеются, но и содержание заключения, обращая особое внимание на условия и методы проводившихся исследований»²⁵⁸.

Суть идеи «научного судьи» заключается в том, что сведущее лицо, обладая недоступным правоприменителю знанием, остается «судьей факта», то есть его выводы принимаются судьей как должное и неоспоримое доказательство. Действительно, если судья не обладает достаточными знаниями в определенной области науки или искусства, как он может соперничать со сведущим лицом?

Обоснованная критика данной идеи заключается в указании на тот факт, что таким образом осуществляется подмена субъекта доказывания сведущим лицом, что противоречит базовым принципам уголовного процесса. Сведущее лицо не вправе «судить» человека и выносить ему какой бы то ни было, пусть даже научный «приговор».

²⁵⁸ Теория доказательств в советском уголовном процессе / Белкин Р. С., Винберг А. И., Дорохов В. Я., Карнеева Л. М. и др.; редкол.: Н. В. Жогин (отв. ред.), Г. М. Миньковский, А. Р. Ратинов, В. Г. Танасевич, А. А. Эйман. 2-е изд., испр. и доп. М. : Юр. лит., 1973. С. 727.

Мы в свою очередь поддерживаем приведенные критические аргументы, однако хотим заметить, что в некотором роде теория о «судье факта» верна, требуется лишь ее дальнейшее развитие и вплетение в материю существующего судопроизводства. Представленные в данной работе идеи о сущности специального знания и содержательной стороне компетенции сведущих лиц позволяют это сделать.

Рассмотрим здесь пример с судьей, выносящим приговор. Для начала отметим, что такие обстоятельства, подлежащие доказыванию, как, например, характер и размер вреда, причиненного преступлением (п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), то есть тяжесть телесных повреждений; событие преступления (п. 1 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), то есть отнесение конкретного вещества к перечню наркотических; обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), то есть невменяемость лица, совершившего преступление – устанавливаются сведущим лицом – экспертом путем проведения экспертизы.

Иных способов установить эти обстоятельства судья не имеет. Поэтому в приговоре судья укажет вывод, взятый из заключения эксперта, как доказательство, обосновывающее то, или иное обстоятельство, подлежащее доказыванию. Не является ли в таком случае сведущее лицо «судьей», но только одного единственного факта? Мы полагаем, является, но не до конца.

Во-первых, кроме установленного сведущим лицом факта, судье необходимо установить и иные обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ). Только все вместе они составят необходимые посылки (суждения) для окончательного умозаключения о виновности или невиновности подсудимого при вынесении приговора судьей. Как писал М.С. Строгович, «Сам главный факт один – это действительное положение вещей»²⁵⁹.

Таким образом, окончательную точку в деле может поставить только правоприменитель.

Во-вторых, умозаключение сведущего лица об одном из обстоятельств, подлежащих доказыванию, есть не что иное, как новое суждение (отличие лишь в том, что оно не содержит специальных знаний). Указанное новое суждение подлежит оценке судьей путем сравнения его с иными

²⁵⁹ Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М. : Изд-во Академии Наук СССР, 1955. С. 238.

доказательствами (суждениями) по делу, то есть построения умозаключения из вновь полученных суждений. Для принятия окончательного решения судья пользуется всеми предоставленными ему суждениями, строя тем самым собственное промежуточное или итоговое умозаключение. М.С. Строгович же указывал, что «главный факт является сложным фактом... потому, что он включает в себя факты, являющиеся его составными частями»²⁶⁰.

Например, вывод (суждение) эксперта о неменяемости подсудимого, наступившей до совершения преступления, опровергается суждениями соседей подсудимого, свидетелей преступления, описывающими его действия как адекватные обстановке, а также протоколом обыска жилища подсудимого, при котором был изъят, к примеру, целый арсенал вооружения, говорящий о планомерной подготовке к совершению преступления.

Тогда судья может вполне обоснованно, на базе имеющихся у него знаний, подвергнуть сомнению заключение эксперта и после допроса эксперта назначить, например, повторную экспертизу.

«Каждое отдельное доказательство содержит определенный объем информации и потому дает не полную картину события, а только его фрагмент. Для перехода познания от доказательств к фактическим обстоятельствам надо проделать умственную работу... Эта мыслительная работа есть умозаключение или вывод из доказательств, приводящий к качественно новому знанию...²⁶¹».

Итак, подведем некоторые итоги.

1 Проблема «исследования» специалиста возникла в новом УПК РФ после предоставления стороне защиты права использовать в доказывании специальное знание.

2 Законодатель, а вслед за ним Высшая судебная инстанция и многие ученые-процессуалисты, попытался разграничить компетенцию специалиста и эксперта, используя нормативные термины «суждение» и «исследование».

3 На сегодняшний день стало очевидно, что данная попытка потерпела неудачу. Заключение специалиста и заключение эксперта признаются идентичными в своем содержании, термин «суждение» показал свою несостоятельность. Законодатель начал менять свою позицию.

²⁶⁰ Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М. : Изд-во Академии Наук СССР, 1955. С. 238.

²⁶¹ Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания. Екатеринбург, 1998. С. 165.

4 Формальное разграничение компетенции между экспертом и специалистом может быть проведено по нескольким критериям: по субъектам их привлекающим; по процессуальному режиму деятельности; по доказательственному значению результата этой деятельности; по стадиям привлечения.

5 Содержательное разграничение компетенции между экспертом и специалистом некорректно. Любое сведущее лицо представляет доказательство – умозаключение об обстоятельстве, подлежащем доказыванию, то есть выводы, облеченные в форму заключения, показаний.

§ 3.2 Проблемы института сведущих лиц в стадии возбуждения уголовного дела

В предыдущем параграфе было предложено разграничивать сведущих лиц по четырем критериям: субъектам привлечения, стадиям, процессуальному механизму, доказательственному значению результата привлечения.

По субъектам привлечения. Рассмотрим должностных лиц государственных органов в качестве субъектов, имеющих право привлекать в уголовный процесс как эксперта, так и специалиста в стадии возбуждения уголовного дела.

Согласно ч. 1 ст. 144 УПК РФ к ним относятся дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа. Данная норма гласит: «При проверке сообщения о преступлении дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов»²⁶².

²⁶² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 13.07.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 15.09.2015) // СПС «Консультант Плюс».

Исходя из логики данной нормы, в стадии возбуждения уголовного дела полномочиями на привлечение сведущего лица обладают лица, наделенные в УПК РФ по общему правилу компетенцией не только на проведение предварительного расследования, но и на проведение отдельных следственных действий без принятия дела к своему производству.

При таком положении вещей кажется законодательным упущением исключение из данного перечня начальника органа дознания и начальника подразделения дознания. Последний, как напрямую указано в УПК РФ, вправе «возбудить уголовное дело в порядке, установленном настоящим Кодексом, принять уголовное дело к своему производству и произвести дознание в полном объеме, обладая при этом полномочиями дознавателя» (ч. 2 ст. 40.1 УПК РФ).

Помимо лиц, обладающих компетенцией по проведению предварительного расследования, УПК РФ предусматривает круг субъектов, наделенных контрольно-надзорными функциями.

К ним относятся прокурор, руководитель следственного органа, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания. Их полномочия в отношении следователя, дознавателя заключаются, в том числе, в отмене незаконных решений указанных должностных лиц без принятия дела к своему производству.

УПК РФ напрямую не предусматривает возможность привлечения сведущих лиц для осуществления контрольно-надзорных мероприятий. Соответственно, возникает нормативный пробел, не дающий формального права привлекать сведущих лиц (логичнее возложить эту функцию на специалиста как на лицо содействующее) для проверки тех материалов, которые получены с использованием специальных знаний (например, заключения эксперта). Эти материалы остаются вне компетенции сотрудников контрольно-надзорного органа. Их знания в данной отрасли презюмируются.

В стадии возбуждения уголовного дела отдельно остановимся на полномочиях прокурора. Так, ст. 30 Федерального закона от 17.01.1992 № 2202 «О прокуратуре Российской Федерации» устанавливает, что «полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие, устанавливаются уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации и другими федеральными законами».

Однако ни иные федеральные законы, ни УПК РФ не дают прокурору полномочий для привлечения специалиста при надзоре за органами, осуществляющими предварительное следствие и дознание, в то время как ст. 22 указанного закона в рамках проведения общенадзорных проверок дает прокурору полное право «требовать от руководителей и других должностных лиц выделения специалистов для выяснения возникших вопросов».

Ярким примером может служить реализация прокурором функции проверки исполнения требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях (п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК РФ) в отношении органов дознания МЧС (ОГПН). Так как состоящие в должностях штатных дознавателей лица получили специальное образование, позволяющее им проводить следственные действия (например, осмотр места происшествия в случае пожара) и устанавливать при этом особые не общеизвестные признаки наличия либо отсутствия состава преступления, знаний прокурора для проверки правомерности проведенных ими следственных действий и вынесенных при этом решений порой оказывается недостаточно.

Полагаем, необходимо как можно шире реализовывать возможности специалиста по привлечению его органами, осуществляющими уголовное преследование в качестве лица, содействующего не только проведению следственных действий, но и контрольно-надзорным мероприятиям по отмене незаконных решений следователя (дознавателя).

Для этого необходимо внесение дополнений о праве «привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 УПК РФ» (подобно праву защитника в п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ) в ст. 37, 39, 40.1 УПК РФ. Особняком здесь стоит формальное отсутствие в УПК РФ нормы, отдельно посвященной начальнику органа дознания. Очевидно, разработка такой нормы – дело будущего.

Проблема субъектного состава лиц, правомочных привлекать специалиста или эксперта со стороны защиты, имеет свою отдельную историю, подробно изложенную во втором параграфе второй главы данной работы. В ней был сделан вывод о расширении полномочий адвоката на привлечение в процесс специального знания, а также предложено концептуальное обоснование адвокатской помощи как средства уравнивания прав сторон в доказывании.

Не является здесь исключением и стадия возбуждения уголовного дела как первоначальный этап уголовного судопроизводства. Адвокатская помощь распространяется на все стадии уголовного процесса, существенным отличием является лишь процессуальный статус участвующего адвоката.

Закон напрямую указывает два таких статуса: это адвокат-защитник и адвокат-представитель. Мы полагаем обоснованным высказанное в литературе мнение о существовании и третьего статуса – адвоката-консультанта²⁶³.

Отталкиваясь в данном случае необходимо от ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ, которая предусматривает следующие положения: «Лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, разъясняются их права и обязанности, предусмотренные настоящим Кодексом, и обеспечивается возможность осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе права не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса, пользоваться услугами адвоката...».

Как отмечал Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П, Конституция РФ, закрепляя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, не связывает предоставление помощи адвоката (защитника) с формальным признанием лица подозреваемым или обвиняемым.

Стадия возбуждения уголовного дела не предусматривает таких процессуальных фигур, как подозреваемый (обвиняемый), потерпевший, гражданский истец (представитель), частный обвинитель, поэтому фигурирование в данной стадии двух вышеозначенных статусов адвоката (защитник и представитель) невозможно. В то же время ч. 1.1 ст. 144 УПК позволяет участникам сообщения о преступлении пользоваться услугами «адвоката», но не определяет процессуальный статус данной фигуры.

Думается, в стадии возбуждения уголовного дела реализуемым было бы использование третьего процессуального статуса – адвоката-консультанта.

В литературе указывалось, что полномочия защитника, указанные в ст. 53 УПК РФ, также должны быть скорректированы с учетом его возможного участия в проверке сообщения о преступлении. Например, необ-

²⁶³ Подробнее см. Давлетов А. А. Адвокат-консультант в уголовном процессе // Электронное приложение к российскому юридическому журналу. URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=system/files/%D0%B4%D0%B0%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D1%82%D0%BE%D0%B2.pdf>

ходимо закрепить право иметь свидания с лицом, в отношении которого инициирована доследственная проверка, участвовать при даче доверителем объяснений, а также в ходе производства иных процессуальных действий, знакомиться с материалами проверки сообщения, по которому в возбуждении уголовного дела было отказано²⁶⁴.

Как уже отмечалось, чтобы усовершенствовать УПК РФ, в него необходимо внести корректировки, направленные на полную и ясную нормативную регламентацию третьего статуса адвоката. Для этого достаточно свести воедино правомочия адвоката, предусмотренные ст. 6 ФЗ об адвокатуре, и правомочия адвоката свидетеля (ч. 5 ст. 189 УПК РФ), предоставленные ему нормами УПК РФ, уточнив, что все эти права адвокат имеет не только при допросе, но и при производстве любых процессуальных действий с доверителем²⁶⁵.

По процессуальному режиму деятельности. Для решения проблемы специальных знаний на данной стадии первоначально стоит определиться с концептуальным подходом к ней. Таких существует два. Первый²⁶⁶ – сохранение и дальнейшее развитие стадии возбуждения уголовного дела. Второй²⁶⁷ – уничтожение данной стадии и слияние ее с предварительным расследованием.

Мы полагаем наиболее рациональным развитие первого варианта, однако вступать в глубокую дискуссию по этому поводу – задача, выходящая за границы данной работы. Поэтому обозначим лишь общие поло-

²⁶⁴ Ряполова Я. П. Участие адвоката в стадии возбуждения уголовного дела в свете новых изменений уголовно-процессуального закона // Российская юстиция. 2013. № 11. С. 59-62.

²⁶⁵ Подробнее см. Давлетов А. А. Адвокат-консультант в уголовном процессе // Электронное приложение к российскому юридическому журналу. URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=system/files/%D0%B4%D0%B0%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D1%82%D0%BE%D0%B2.pdf>

²⁶⁶ Жогин Н. В., Фаткуллин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела М. : Госюриздат, 1961. 206 с.; Михайленко А. Р. Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / под ред. А. Л. Цыпкин. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1975. 150 с.; Кузнецов Н. П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. Воронеж : Изд-во Воронежского ун-та, 1983. 117 с.

²⁶⁷ Ищенко В. Краткое практическое руководство для народных следователей. М., 1925. С. 7-8; Коваленков М. П. Основы советского уголовного судопроизводства. Л., 1925. С. 10; Вышинский А. Я. Курс уголовного процесса. М., 1927. С. 145; Громов Вл. Предварительное расследование по уголовным делам. М., 1930. С. 121, 122, 124 и др.; Дорохов В. Я. Возбуждение уголовного дела как первоначальная часть стадии предварительного расследования в советском уголовном процессе // Ученые записки Пермского ун-та. Т. X. Вып. 4. 1955. С. 114-117; Шамонова Т. Н. О новеллах УПК РФ, регулирующих проверку заявлений и сообщений о преступлении // Органы предварительного следствия в системе МВД России : история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следств. аппарата в системе МВД России) : сб. материалов всерос. науч.-практ. конф. : в 2 ч. Ч. 2. М. : Акад. упр. МВД России, 2013. С. 127-131; Дикарев И. С. Стадия возбуждения уголовного дела – причина неоправданных проблем расследования // Российская юстиция. 2011. № 11. С. 38-40; Усачев А. А. Некоторые вопросы оптимизации начального этапа уголовного судопроизводства // Вестник Российской правовой академии. 2005. № 4. С. 72-77.

жения. Думается, однозначное направление в данном случае избрать не получится, так как любое развитие противоречиво и движется одновременно по двум направлениям. Однако приоритетным стоит считать сохранение стадии возбуждения уголовного дела и ее дальнейшее развитие.

Одной из проблем, стоящих перед государственными органами, осуществляющими уголовное преследование, является необходимость привлечения специальных знаний в случаях, когда затруднено использование таких форм применения специальных знаний, как экспертиза, допрос эксперта, допрос специалиста. Одним из таких проблемных случаев и является стадия возбуждения уголовного дела.

Рассмотрение многих вопросов в науке уголовного процесса целесообразно начинать с установления понятия доказательства. Оно является базовым. На сегодняшний день юристы сходятся в понимании доказательства как фактических данных (данных о фактах прошлого), обличенных в установленную законом форму и исходящих от источников этих данных. Термин «данные», согласно толковому словарю С.И. Ожегова, обозначает «сведения, необходимые для какого-н. вывода, решения»²⁶⁸.

В соответствии с ч. 2 ст. 140 УПК РФ «основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления». В то же время при установлении «достаточных данных» никаких требований к их источнику и форме не предъявлено, поэтому действия по их получению именуют не следственными, а проверочными. Законодатель упрощает процесс доказывания. Таким образом, в данной стадии уголовного процесса задачей доказывания является обязательное установление только одного из составляющих элементов доказательства (содержательного) – это фактические данные (сведения/данные).

Поэтому в стадии возбуждения уголовного дела возможно применение свободных от строгой формы сведений, так называемых материалов проверки, содержащих те самые «достаточные данные», на необходимость которых указывает ч. 2 ст. 140 УПК РФ. Как уже было отмечено ранее в данной работе, содержательная сторона деятельности сведущих лиц едина, а значит идентичным является содержание составляемых ими документов.

²⁶⁸ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М. : Азбуковник, 1999. 944 с.

Данное положение является первым основанием подхода к решению проблемы.

Вторым основанием является идея об универсальности прав человека в современном государстве, гуманизации закона, превалировании интересов личности над интересами государства, реализации основополагающих принципов международного права. Согласно ст. 2 Конституции РФ «признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». Декларированию же прав человека, закрепленных в основном законе страны, посвящена гл. 2 УПК РФ.

Любое следственное действие в той или иной степени может затрагивать личность, а значит ограничивать ее права. Никаких процессуальных проблем не возникает в стадии предварительного расследования, когда применение государственными органами мер принуждения уже санкционировано установлением факта совершения преступления. Другое дело в стадии возбуждения уголовного дела.

До изменений в УПК РФ от 04.03.2013 года, существенно расширивших полномочия участников процесса на стадии возбуждения уголовного дела, решение данной проблемы было весьма нетривиальным. Государственные органы не вправе были ранее проводить большинство следственных действий, в том числе производить экспертизу. Привлечение специалиста осуществлялось в рамках небольшого закрытого перечня следственных действий.

Однако внесенные изменения нарушили устоявшийся баланс. К осмотру места происшествия, осмотру трупа и освидетельствованию были добавлены осмотр предметов и документов, назначение и производство судебной экспертизы, взятие образцов для сравнительного исследования (ч. 1 ст. 144 УПК РФ). Также было установлено, что «полученные в ходе проверки сообщения о преступлении сведения могут быть использованы в качестве доказательств при условии соблюдения положений статей 75 и 89 настоящего Кодекса. Если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или потерпевшим будет заявлено ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы, то такое ходатайство подлежит удовлетворению» (ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ). Нельзя не согласиться с высказываемыми в литературе по этому поводу точками зрения.

Так, Н.П. Ведищев пишет: «Не решившись сразу отказаться от стадии возбуждения уголовного дела, авторы Закона № 23-ФЗ перенесли элементы следственной деятельности в первую стадию процесса»²⁶⁹.

А.С. Александров и М.В. Лапатников в своей статье отмечают: «Распространение режима "доказательство" за пределы процессуального поля указывает на закладывание нового смысла устоявшихся понятий. Грань между процессуальной и непроцессуальной деятельностью практически стерта»²⁷⁰.

А.Р. Белкин пишет, что назначение и производство экспертизы до возбуждения уголовного дела – идея, имеющая давнюю историю. Инициаторы постановки указанного вопроса (Я.П. Нагнойный, 1967; Р.С. Белкин, 1969; Х. Рооп, 1971, и др.), исходя из реальностей следственной практики, предлагали разрешить по закону наряду с осмотром места происшествия при необходимости или в определенных случаях производство экспертиз в стадии возбуждения дела²⁷¹.

На сегодняшний день статья 144 УПК РФ допускает широкий спектр следственных действий. Например, взятие образцов для сравнительного исследования, обязательное назначение экспертизы в отношении живых лиц (ч. 2 ст. 195 УПК РФ) затрагивает право на неприкосновенность личности (ст. 10 УПК РФ); неуведомление лица, в отношении которого ведется проверка сообщения о преступлении, о назначении экспертизы, незнакомление его с результатами проведенного исследования и несоблюдение иных прав, предусмотренных статьей 198 УПК РФ, нарушает право личности на защиту (ст. 16 УПК РФ); непредоставление аналогичных прав потенциальному потерпевшему и в исключительных случаях свидетелю нарушает принцип охраны прав и свобод человека (ст. 11 УПК РФ). В единстве все эти упущения противоречат принципу законности при производстве по уголовному делу (ст. 7 УПК РФ).

Стадия возбуждения уголовного дела имеет строго определенную задачу, не связанную с доказыванием «обстоятельств, подлежащих доказыванию» (ст. 73 УПК РФ). Значит, данный этап деятельности не нужда-

²⁶⁹ Ведищев Н. П. Новый закон – новые проблемы у адвокатов // Адвокат. 2013. № 9. С. 26.

²⁷⁰ Александров А. С., Лапатников М. В. Старые проблемы доказательственного права в новой уголовно-процессуальной упаковке «сокращенного дознания» // Юридическая наука и практика. Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 22. С. 23-28.

²⁷¹ Белкин А. Р. Новеллы уголовно-процессуального законодательства – шаги вперед или возврат на проверенные позиции? // Уголовное судопроизводство. 2013. № 3. С. 4-13.

ется в развернутой системе следственных действий²⁷². Не работает еще в полную силу аппарат государственного принуждения. Формальные требования к получаемым на этой стадии материалам лояльнее, чем требования, предъявляемые к доказательствам из перечня ч. 2 ст. 74 УПК РФ.

Конституционный суд по данному вопросу указывал следующее: «Не может быть сделан вывод о виновности лица в совершении преступления на стадии возбуждения уголовного дела, когда сугубо предварительно, с целью определения самой возможности начать расследование решается вопрос о наличии в деянии лишь признаков преступления, когда еще невозможно проведение всего комплекса следственных действий по собиранию, проверке и оценке доказательств виновности лица в совершении преступления»²⁷³. В литературе давно отмечалось, что только лишь «возбуждение уголовного дела, произведенное правомочным государственным органом с соблюдением установленных законом условий, дает этому органу право совершать все необходимые действия, связанные с расследованием и разрешением дела»²⁷⁴.

«Ввиду специфических задач, а также учитывая требование быстроты, закон не устанавливает развернутой процессуальной формы (процедуры) обнаружения признаков преступления. В ней нет необходимости, поскольку в данном случае не решается задача установления виновности определенного лица в совершении преступления, т.е. истины по уголовному делу, и не применяются меры процессуального принуждения»²⁷⁵.

Третьим основанием решения проблемы является обязанность государства осуществлять уголовное судопроизводство «в разумный срок... в целях своевременного осуществления уголовного преследования» (ст. 6.1 УПК РФ). Укороченный срок принятия решения по сообщению о преступлении, составляющий от 3 до 10 суток (по собственным наблюдениям автора продление до 30 суток является скорее исключением, чем правилом), диктует правоприменителю условие об экономии времени при производстве процессуальных действий.

²⁷² Давлетов А. А., Кравчук Л. А. Стадия возбуждения уголовного дела – обязательный этап современного отечественного уголовного процесса // Российский юридический журнал. 2010. № 6. С. 114-120.

²⁷³ Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2013 № 354-О «По жалобе гражданки Тришкиной Татьяны Петровны на нарушение ее конституционных прав положениями пункта 4 части первой статьи 24 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

²⁷⁴ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. II: Порядок производства по уголовным делам по советскому уголовно-процессуальному праву. М., 1970. С. 10.

²⁷⁵ Зажицкий В. И. Соотношение доказывания в уголовном процессе и познания, осуществляемого в стадии возбуждения уголовного дела // Российская юстиция. 2010. № 7. С. 31-36.

Таким образом, в стадии возбуждения уголовного дела критериями, определяющими востребованность применения государственными органами материалов проверки, должны являться свобода оформления, соблюдение прав человека, высокая скорость формирования. В нашем случае к данным материалам следует отнести заключение и опрос сведущего лица.

Следует согласиться с имеющимися в литературе замечаниями касательно существующего механизма привлечения специальных знаний государственными органами на стадии возбуждения уголовного дела.

М.В. Махмутов верно указывает, что от исследований как самостоятельного процессуального действия следует отказаться, заменив их правом следователя получать заключение специалиста в стадии возбуждения уголовного дела²⁷⁶. Также следует в ч. 3 ст. 80 УПК РФ слово «суждение» заменить на «исследование», а из п. 3.1 ч. 2 ст. 74 УПК РФ изъять слова «заключение специалиста».

А.Р. Белкин точно замечает, что возможность безусловно потребовать производства повторной экспертизы (ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ) фактически сводит на нет все преимущества производства экспертизы до возбуждения уголовного дела и может привести все к тому же дублированию экспертных исследований, от которого так хотели уйти процессуалисты и специалисты в области судебной экспертизы²⁷⁷. Действительно, существование такой нормы скорее вызывает проблемы, чем способствует раскрытию уголовного дела.

И.О. Воскобойник и М.Г. Гайдышева пишут, что «ст. 198 «Права подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля при назначении и производстве судебной экспертизы» УПК РФ не дополнена соответствующими правами лиц, участвующих в ходе доследственной проверки»²⁷⁸. Поэтому требуется дальнейшая детализация процессуальных механизмов.

При сохранении стадии возбуждения уголовного дела (то есть сохранении идеи использования свободных от формы сведений) дальнейшее усложнение формы (всегда идущее в единстве с упрощением) в рамках стадии потребует появления новых процессуальных фигур: заявителя; ли-

²⁷⁶ Махмутов М. В. Закон о дознании в сокращенной форме и реформа стадии возбуждения уголовного дела // Законность. 2013. № 7. С. 39-43.

²⁷⁷ Белкин А. Р. Новеллы уголовно-процессуального законодательства – шаги вперед или возврат на проверенные позиции? // Уголовное судопроизводство. 2013. № 3. С. 4-13.

²⁷⁸ Воскобойник И. О., Гайдышева М. Г. Проблемы формирования доказательственной базы при проверке сообщений о преступлениях // Адвокатская практика. 2013. № 5. С. 23-26.

ца, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении и т.п. Иначе появление на данной стадии прав государственных органов на производство экспертизы – это лишь бесполезная полумера. Однако отметим, что изучение в целом правового статуса новых для существующего законодательства процессуальных фигур выходит за границы нашего исследования. Мы попытаемся обозначить только те их правомочия, которые касаются вовлечения в процесс специальных знаний.

В случае появления таких процессуальных фигур полагаем возможным внести в УПК РФ статью 207.1 «проведение экспертизы до возбуждения уголовного дела», содержащую следующие положения:

1 Требования главы 27 настоящего Кодекса распространяются также и на случаи назначения и проведения экспертизы до возбуждения уголовного дела с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей.

2 Судебная экспертиза может быть назначена и проведена до возбуждения уголовного дела исключительно в случае отсутствия лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении.

3 Заявителю предоставляются правомочия потерпевшего, предусмотренные п. 11 ч. 2 ст. 198 настоящего Кодекса. Судебная экспертиза может быть также назначена и проведена при получении письменного отказа заявителя от правомочий, предоставленных ему п. 11 ч. 2 ст. 198 настоящего Кодекса.

Такая формулировка статьи предполагает наличие дополнительного, кроме заключения эксперта, способа получения письменного исследования сведущего лица в данной стадии. Думается, решение этого вопроса должно лежать в плоскости получения «свободных» от формы сведений.

Именно строгая форма, как уже было отмечено, влечет за собой ограничения прав и свобод личности, и она же является гарантом получения достоверных доказательств.

Возможно, процессуальным решением этого вопроса могло бы стать узаконивание письменных исследований сведущих лиц, получаемых в данной стадии вместо заключения эксперта.

Изменениями от 04.03.2013 № 23-ФЗ законодателем в ст. 226.5 УПК РФ (Особенности доказывания при производстве дознания в сокращенной форме) предложено следующее решение: «не назначать судебную экспертизу по вопросам, ответы на которые содержатся в заключении специали-

ста по результатам исследования, проведенного в ходе проверки сообщения о преступлении...».

Действительно, процессуальная фигура специалиста, как лица, наделенного специальными знаниями, является наиболее удобной для использования ее в самых различных случаях оперирования специальным знанием. Так как процессуальная фигура эксперта исторически сложилась в весьма строгую конструкцию, возможными путями решения задачи вовлечения специальных знаний в те стадии уголовного судопроизводства, где эксперт не властен, видится либо появление новой процессуальной фигуры, либо расширение компетенции специалиста.

Действия законодателя за последние 10 лет говорят о реализации второго варианта. Так, например, федеральным законом от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ внесено дополнение в ч. 1 ст. 179 УПК РФ, в соответствии с которым в случаях, не терпящих отлагательств, освидетельствование может быть произведено до возбуждения уголовного дела. В соответствии с ч. 3 ст. 179 УПК РФ, кроме врача, следователь может привлечь к участию в производстве освидетельствования и другого специалиста. В том же Законе было впервые зафиксировано, что осмотр трупа (с обязательным участием специалиста) при необходимости может быть произведен до возбуждения уголовного дела.

Федеральным законом от 9 марта 2010 г. № 19-ФЗ должностным лицам и органам, рассматривающим сообщения о преступлениях, предоставлено полномочие требовать исследования документов, предметов, трупов и привлекать к участию в этих проверках, ревизиях, исследованиях специалистов. Также предусмотрена возможность продления до 30 суток срока рассмотрения сообщений о преступлениях, при проверке которых назначены подобные исследования.

Думается, нормативное регулирование «заклучения сведущего лица» должно лежать в той же плоскости, что и «материалы проверки», например, те же объяснения. Однако законодателем пока не предпринимается никаких нормотворческих мер в направлении урегулирования процедуры получения материалов проверки. Более того, не все ученые-процессуалисты согласны с данной позицией.

Е.А. Зайцева, например, пишет, что, по ее мнению, «лишено логики сохранение предварительных исследований в ряду проверочных мероприятий, если в стадии возбуждения уголовного дела по закону разрешается

назначение и производство судебной экспертизы (которая вводится прежде всего для устранения дублирующей практики предварительных исследований!)»²⁷⁹.

Хочется здесь заметить, что сохранение проверочных мероприятий в стадии возбуждения уголовного дела оставляет данную стадию самой собой, а не сливает ее границы с предварительным расследованием. В литературе высказывалось мнение, что «законодателю следует направить свои усилия не на расширение круга следственных действий, а на совершенствование системы и правового регулирования проверочных действий»²⁸⁰.

Кроме того, УПК РФ не предусматривает никакого срока для проведения экспертизы и никак не ограничивает эксперта в этом аспекте. Данное отношение урегулировано, в частности, п. 1.4 «Наставления по организации экспертно-криминалистической деятельности в системе МВД России», согласно которому экспертиза проводится «кроме случаев, не терпящих отлагательств, в срок, не превышающий 15 суток». А ведь стадия возбуждения уголовного дела, как говорится, не резиновая... Показательно также, что для назначения экспертизы и истребования заключения эксперта следователю требуется выполнить как минимум четыре процессуальных действия, для получения сводного от формы заключения сведущего лица – только одно.

Далее Е.А. Зайцева пишет: «Фактически лиц, применяющих специальные познания в непроцессуальных формах (ревизия, аудит, налоговые проверки, исследования трупов, исследования в порядке п. 5 ст. 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности"), ошибочно причислили к участникам процессуальных отношений, распространив на них статус специалиста, предусмотренный ст. 58 УПК РФ»²⁸¹.

С данным мнением можно поспорить. Вынесение исследований специалиста за рамки уголовного процесса, с одной стороны, усложняет данное исследование другими, не закрепленными в УПК РФ нормами. Например, ст. 11 указанного Закона «Об ОРД» предусматривает, что

²⁷⁹ Зайцева Е. А. Новый закон о сокращенном дознании и регламентация использования специальных познаний в досудебном производстве по уголовным делам, или Хотели как лучше, а получилось как всегда... // Российский судья. 2013. № 4. С. 36-39.

²⁸⁰ Давлетов А. А., Кравчук Л. А. Стадия возбуждения уголовного дела – обязательный этап современного отечественного уголовного процесса // Российский юридический журнал. 2010. № 6. С. 114-120.

²⁸¹ Зайцева Е.А. Новый закон о сокращенном дознании и регламентация использования специальных познаний в досудебном производстве по уголовным делам, или Хотели как лучше, а получилось как всегда... // Российский судья. 2013. № 4. С. 36-39.

«представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, налоговому органу или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами». Процедура предоставления вполне подробно описана²⁸² и требует некоторых сил и средств, об экономии которых опять же упоминалось.

С другой стороны, такое положение дел никак не способствует «прозрачности» решений и действий, производимых государственными органами в стадии возбуждения уголовного дела.

На сегодняшний момент в ст. 144 УПК РФ не отсутствует логика, а имеется выбор из двух решений: экспертиза (в строгой форме) или «исследование сведущего лица» (в свободной форме).

В свою очередь полагаем, что вполне возможно, совмещая идею о «свободных» от формы сведениях с занимаемой законодателем позицией и применяемой им терминологией, использовать в стадии возбуждения уголовного дела «заклЮчения специалиста», однако не том ключе, в каком он понимается сегодня в УПК РФ.

Под заключением специалиста предлагается понимать материал проверки, то есть представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед специалистом следователем, дознавателем, органом дознания, начальником органа дознания, начальником подразделения дознания, начальником следственного органа, судьей или прокурором. Данное положение может быть закреплено в ст. 144 УПК РФ.

В литературе отмечалось, что «процессуальный закон не определяет момента, с которого в уголовном судопроизводстве России появляется специалист как процессуальная фигура»²⁸³. Полагаем, что процессуальный статус специалиста оформляется с момента наступления соответствующе-

²⁸² См. например Приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.2013 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд» или Временную инструкцию о порядке представления оперативными подразделениями органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, дознавателю, следователю, прокурору или в суд, утвержденную приказом ФСКН России от 12 мая 2006 г. № 147.

²⁸³ Рябинина Т. К., Пашутина О. С. Допрос специалиста и истребование его заключения в уголовном судопроизводстве России: проблемы и пути их разрешения // Мировой судья. 2011. № 10. С. 16-20.

го юридического факта, предусмотренного процессуальным режимом его деятельности.

По доказательственному значению результата привлечения сведущего лица. В литературе существует мнение о необходимости вынесения следователем (судом) постановления (определения) для получения заключения специалиста, а также установления уголовной ответственности специалиста за дачу заведомо ложного заключения и оформления заключения специалиста по аналогии с заключением эксперта²⁸⁴.

Мы же предлагаем развить иную конструкции. Для получения заключения специалиста проведение следственных действий не требуется, инициация получения заключения специалиста происходит посредством процессуального действия, например, вынесения уполномоченным лицом отношения о проведении исследования. Форма заключения специалиста остается свободной, ответственность за дачу заведомо ложного заключения отсутствует. Аналогично никаких серьезных требований как к проверочному действию не предъявляется и к опросу специалиста.

О праве адвоката на представление квалифицированной юридической помощи в стадии возбуждения уголовного дела уже упоминалось в литературе²⁸⁵. Действительно, данное правомочие не может быть ограничено какими-либо стадиями.

Обоснование юридической помощи как универсального явления, средства реализации идей Концепции судебной реформы 1991 года, уже давалось во втором параграфе второй главы данной работы.

Вопрос о процессуальном режиме получения письменного исследования сведущего лица представителями стороны защиты, а именно адвокатом, в стадии возбуждения уголовного дела остается открытым, так как в УПК РФ он никак не урегулирован.

Необходимо предоставить возможность адвокату донести собранные им сведения до лица, ведущего уголовный процесс, без существенных на то процессуальных ограничений.

За системообразующую предлагается взять идею об «адвокатском расследовании», учитывая два основных критерия: равенство участников

²⁸⁴ Гришина Е. П., Константинов А.В. Логико-гносеологическая сущность заключения специалиста и его доказательственное значение в уголовном процессе // Современное право. 2005. № 12.

²⁸⁵ Бургер Б. М. Квалифицированная юридическая помощь в стадии возбуждения уголовного дела // Общество и право. 2009. № 4. С. 211-215.

процесса в доказывании, публичность как метод уголовного судопроизводства.

С одной стороны, лицо, ведущее уголовный процесс в стадии возбуждения уголовного дела, так же, как и адвокат, собирает не доказательства (за некоторым исключением), с другой – собранные адвокатом материалы могут стать частью «материалов проверки сообщения о преступлении» только по воле «хозяина дела».

Как решение, нам думается возможным обязать следователя, дознавателя, орган дознания приобщать добытые адвокатом сведения к материалам проверки. При этом существенного ущемления компетенции государственных органов не произойдет. Во-первых, они все еще располагают правом на получение некоторых доказательств в данной стадии, которые формально стоят выше материалов, представляемых адвокатом. Во-вторых, небольшие сроки данной стадии не дадут адвокату существенно затруднить производство проверки. Скорее наоборот, действия адвоката будут направлены на рационализацию действий государственных органов в данной стадии. В-третьих, итоговое решение фактически принимает независимый арбитр, третье лицо – прокурор. Точнее, прокурор, осуществляя предоставленные ему полномочия по надзору, санкционирует два ключевых решения, принимаемые в данной стадии: возбуждение уголовного дела, отказ в возбуждении уголовного дела.

В ч. 4 ст. 146 УПК РФ предусмотрено, что копия постановления руководителя следственного органа, следователя, дознавателя о возбуждении уголовного дела незамедлительно направляется прокурору. В случае, если прокурор признает постановление о возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, он вправе в срок не позднее 24 часов с момента получения материалов, послуживших основанием для возбуждения уголовного дела, отменить постановление о возбуждении уголовного дела, о чем выносит мотивированное постановление, копию которого незамедлительно направляет должностному лицу, возбудившему уголовное дело.

Согласно ч. 4 ст. 148 УПК РФ копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в течение 24 часов с момента его вынесения направляется заявителю и прокурору. В соответствии с ч. 6 ст. 148 УПК РФ, признав постановление органа дознания, дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, прокурор

отменяет его и направляет соответствующее постановление начальнику органа дознания со своими указаниями, устанавливая срок их исполнения. Признав отказ руководителя следственного органа, следователя в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, прокурор в срок не позднее 5 суток с момента получения материалов проверки сообщения о преступлении отменяет постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, о чем выносит мотивированное постановление с изложением конкретных обстоятельств, подлежащих дополнительной проверке, которое вместе с указанными материалами незамедлительно направляет руководителю следственного органа.

Кроме того, собранные как следователем (дознавателем, органом дознания), так и адвокатом материалы проверки не перегружают собой будущее уголовное дело. Их задача установить возможность для возбуждения уголовного дела.

Доказательственное значение. Заключение специалиста не является доказательством по уголовному делу и не должно находиться в п. 3.1 ст. 74 УПК РФ и ч. 3 ст. 80 УПК РФ. Его место в главе 19 УПК РФ. Более подробно данный вопрос рассмотрен в следующем параграфе данной работы.

Процессуальный режим письменного исследования сведущего лица, получаемого представителями стороны защиты, а именно адвокатом, одинаков для любых стадий уголовного судопроизводства, так как адвокату не важно, на какой из стадий принимать участие в доказывании – он всегда занимает подчиненную роль, собирая «сведения», но не доказательства.

§ 3.3 Проблемы института сведущих лиц в стадии предварительного расследования

По субъектам. Рассмотрим должностных лиц государственных органов в качестве субъектов, имеющих право привлекать в уголовный процесс как эксперта, так и специалиста в стадии предварительного расследования.

Данные лица в своей деятельности преследуют задачи защиты прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (ч. 1 ст. 6 УПК РФ).

Государственные органы привлекают сведущих лиц в следующих случаях: получение заключения эксперта, показаний эксперта, показаний специалиста, заключения специалиста, привлечение специалиста и эксперта к содействию в проведении следственных действий. Проблемы непосредственного процессуального механизма привлечения сведущих лиц будут рассмотрены ниже, в данном же случае остановимся на проблеме определения перечня субъектов, уполномоченных пользоваться помощью сведущих лиц в некоторых ситуациях.

В литературе существует мнение, согласно которому «право пригласить специалиста для участия в уголовном процессе в качестве специалиста принадлежит любому субъекту уголовного процесса, которым рассматриваемое процессуальное действие осуществляется (готовится) Это аксиома»²⁸⁶. Если согласиться с данной аксиомой, то очевидных проблем не возникнет.

Однако же если обратиться напрямую к системному анализу норм УПК РФ, то можно установить, что правом привлечения специалиста к проведению следственного действия обладают только следователь (ст. 168 УПК РФ) и дознаватель (ч. 1 ст. 223 УПК РФ). Определения данных процессуальных фигур даны в законе (п. 40 и п. 7 ст. 5 УПК РФ соответственно), чем подчеркивается их самостоятельность.

Схожая норма устанавливает право эксперта «участвовать с разрешения дознавателя, следователя и суда в процессуальных действиях (согласно п. 32 ст. 5 УПК РФ понятие процессуальные действия включает в себя понятие следственные, прим. – А. В.) и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы» (п. 3 ч. 3 ст. 57 УПК РФ).

Возникает вопрос, может ли кто-то иной привлекать специалиста или эксперта к проведению следственных действий? Если может, то в каком случае? Согласно нормам действующего закона полномочиями следователя и дознавателя в случае «принятия дела к своему производству» наделяются руководитель следственного органа (ст. 39 УПК РФ), следователь-криминалист (п. 40.1 ст. 5 УПК РФ), начальник подразделения дознания (ст. 40.1 УПК РФ).

УПК РФ единственный раз прямо обозначает возможность начальника следственного органа, а также органа дознания «привлекать специа-

²⁸⁶ Участие специалистов в следственных действиях, производимых на досудебных стадиях. Комментарий к статье 168 УПК РФ // СПС «Консультант Плюс».

листа и назначать экспертизу» (ч. 1 ст. 144 УПК РФ) в стадии возбуждения уголовного дела. Фактически УПК РФ разрешает им это сделать только в тот момент, когда уголовное дело еще не возбуждено и не принято к производству следователем или дознавателем.

Таким образом, в стадии предварительного расследования правом на привлечение специалиста или эксперта обладает лицо, принявшее дело к своему производству.

Проблема видится нам в случае производства уполномоченным лицом государственного органа следственных действий без принятия дела к своему производству и необходимости привлечения в таком случае сведущих лиц в качестве содействующих. Так, например, в соответствии п. 4 ч. 1 ст. 39 УПК РФ руководитель следственного органа вправе давать согласие следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, о продлении, об отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения, лично допрашивать подозреваемого, обвиняемого без принятия уголовного дела к своему производству, при рассмотрении вопроса о даче согласия следователю на возбуждение указанного ходатайства перед судом.

Руководитель следственного органа вправе допрашивать уголовно преследуемое лицо, однако УПК РФ не оговаривает при этом его правомочий по привлечению специалиста (эксперта), что, на наш взгляд, является законодательным упущением. Так, например, ч. 4 ст. 425 УПК обязывает «обеспечить» привлечение педагога или психолога при допросе несовершеннолетнего. Но где в нормах УПК РФ найти право, корреспондирующее этой обязанности?

Аналогичный пробел допущен в отношении следователя-криминалиста. Согласно п. 40.1 ст. 5 УПК РФ он определяется как должностное лицо, уполномоченное осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, а также участвовать по поручению руководителя следственного органа в производстве отдельных следственных и иных процессуальных действий или производить отдельные следственные и иные процессуальные действия без принятия уголовного дела к своему производству.

Полагаем, что данный нормативный пробел должен быть устранен путем замены в ст. 168 УПК РФ и п. 3 ч. 3 ст. 57 УПК РФ слова «следователь» на словосочетание «лицо, проводящее следственное действие».

Помимо лиц, обладающих компетенцией по проведению предварительного расследования, УПК РФ предусматривает круг субъектов, наделенных в отношении указанных лиц контрольно-надзорными функциями и в стадии предварительного расследования.

Так, например, прокурор вправе возвратить уголовное дело следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями (п. 2 ч. 1 ст. 221 УПК РФ). Подвергая сомнению, например, заключение эксперта при составлении соответствующего постановления (о возвращении уголовного дела), прокурор мог бы указывать в описательно-мотивировочной части, установленные специалистом как лицом содействующим, фактические данные, послужившие, в том числе основанием для вынесения решения. Участие специалиста в таком случае может быть подтверждено его подписью в процессуальном документе.

На этом рассмотрение проблемы привлечения сведущих лиц субъектами, обладающими властными полномочиями, можно закончить и перейти к проблемам аналогичного субъектного состава со стороны защиты. Как частный случай, Н.А. Классеном высказана точка зрения о возможности получения, например, заключения специалиста только «защитником (подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, их представителям)»²⁸⁷.

Полагаем, так как в качестве защитника в уголовном процессе может выступать адвокат, то данная возможность опосредованно транслируется через адвокатскую помощь на любых граждан, вовлеченных в уголовный процесс в том или ином качестве, в том числе в качестве свидетеля, заявителя, участника проверки сообщения о преступлении и т.д.

Если быть последовательным, то адвокаты привлекают в уголовный процесс не специалиста как процессуальную фигуру, а сведущее лицо, так как они не располагают властными полномочиями.

По процессуальному режиму деятельности. Самостоятельной проблемой является процессуальный механизм привлечения сведущего лица (как правило, в статусе специалиста) органами, осуществляющими уголовное преследование, к проведению следственных действий.

²⁸⁷ Классен Н. А. Использование специальных знаний при осуществлении защиты по уголовным делам : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Челябинск, 2009. С. 10.

При рассуждении в данном вопросе за основу необходимо взять гипотезу, поддерживаемую большинством процессуалистов, согласно которой доказательство рассматривается как триединство²⁸⁸. Например, А.А. Давлетов рассматривает «фактическую сторону доказательства» как состоящую из «объекта носителя, сведений, формы»²⁸⁹. Сведения содержатся в объектах по причине всеобщего качества материи – отражения. Форму им придает субъект доказывания, пользуясь при этом собственными знаниями и законом. Носителями неких «сведений» (в литературе также используют и более широкий термин – «информация») в ходе осмотра места происшествия выступают, в частности, предметы обстановки осмотра, то есть окружающая действительность. Но перед этим они должны быть найдены и, как следствие, отражены наивысшей формой материи – человеческим мозгом.

На данном этапе познания необходимо обратить внимание на специалистов, участвующих в следственном действии. Считается, что в ходе познания по уголовному делу субъект доказывания получает «сведения» от носителей «информации», буквально отражая их в своем сознании, после чего переносит таковые в процессуальную форму. В перечень носителей информации входят свидетели, вещественные доказательства, а также показания и заключения экспертов и специалистов. При этом подчеркивается такой «характер познания» по уголовному делу, как его ретроспективность, т.е. направленность в прошлое²⁹⁰.

Во-первых, видится, что разделение носителей информации по такому признаку, как время произошедшего отражения следа, должно быть вполне очевидным, и смешение в одну группу сведений, поступающих от специалиста, со сведениями, извлекаемыми из обстановки осмотра, выглядит нелогично. Во-вторых, искомые сведения могут носить признаки специального знания, а значит либо не вполне полно и верно отражаться в сознании субъекта доказывания, либо быть полностью недоступны ему.

Лаконичнее и вернее схема познания в ходе осмотра места происшествия с привлечением специалиста должна выглядеть так: на первом этапе сведения прошедшего события отражаются на предметах обстановки, на

²⁸⁸ Эйсман А. А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. М., 1967. С. 126.

²⁸⁹ Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания. Екатеринбург, 1998. С. 81.

²⁹⁰ Подробнее см. Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок, и доказательственное значение. Самара : Самарский университет, 2004. С. 12-23.

втором – в сознании специалиста (эксперта), на третьем – в сознании субъекта доказывания.

Проблема видится в том случае, когда облеченные в форму сведения теряют своего второго отражающего субъекта (сведущее лицо), действия которого могут быть не зафиксированы в протоколе осмотра. В нормах УПК РФ презюмируется, что следователи умеют пользоваться дактило-пленкой, изготавливать гипсовые слепки, высвечивать следы крови люминолом, а специалист им в этом «содействует».

В таком случае сведения оказываются собранными только субъектом доказывания, что хоть и соответствует УПК РФ, но влечет за собой «безличие» участвующих в следственном действии специалистов.

Полагаем, что для привлечения специалиста (эксперта) к участию в следственном действии необходимо внесение в протокол данного действия соответствующей пометки, включающей в себя полное имя сведущего лица и его подпись. В протоколе должны отражаться все действия, производимые сведущим лицом, что также подтверждается его подписью под описанием данных действий.

Взглянем, как поступает следователь сегодня. В ходе осмотра места происшествия он «вместе» со специалистом описывает и/или изымает (право такое имеется в ч. 3 ст. 177 УПК РФ) объекты, содержащие те или иные сведения, и, может быть, отправляет их для проведения предварительных исследований или экспертизы. Несомненно, правовая наука сделала большой шаг вперед, выделив процессуальную фигуру специалиста в следственном действии, но несправедливо забыла о фиксации его действий и, как следствие, ответственности за эти действия.

Во-первых, необходимо найти и изъять объект, свойства которого относимы к специальным знаниям, и также сделать это законно. У суда всегда вполне обоснованно могут возникнуть вопросы кто, когда и где обнаружил те или иные сведения. Согласно действующим нормам УПК РФ специалист «содействует» в поиске и фиксации сведений. Фактически он остается «тенью» следователя, и какие действия проводил конкретно специалист в ходе осмотра места происшествия, может остаться для суда тайной, так как уголовно-процессуальный закон не обязывает специалиста, подобно п. 3 ч. 2 ст. 25.8. КоАП РФ, «удостоверить своей подписью факт совершения указанных действий, их содержание и результаты».

Во-вторых, если объект все-таки не изымается (например, такое сделать невозможно), его требуется описать. И суть проблемы вытекает из вышесказанного о безличии предоставляемых в протоколе сведений. Если сведения, данные в описании, были получены посредством применения специальных знаний, то суд должен быть уверен, что их автор – сведущее в проблеме лицо (специалист). Иначе доказательственное значение таких сведений сводится к нулю.

В-третьих, количество специалистов, участвовавших в следственном действии, может быть больше одного. Фактически их число не ограничено, на месте осмотра места происшествия может работать хоть целая криминалистическая лаборатория, хотя ч. 1 ст. 168 УПК РФ некорректно говорит о специалисте в единственном числе. В то время как следователь может быть один, проблема обезличенности проведенных специалистами действий только усугубляется, и доказательственное значение полученных таким способом сведений вновь под вопросом.

Можно составить протокол осмотра так, что действия специалиста будут ясно выражены, и в случае недоброкачества сведений вину конкретных лиц можно будет доказать. Можно, но не обязательно.

Согласно норме действующего закона, а именно ч. 2. ст. 180 УПК РФ, «в протоколах описываются все действия *следователя*, а также все обнаруженное при осмотре и (или) освидетельствовании в той последовательности, в какой производились осмотр и освидетельствование, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра и освидетельствования».

В соответствии с ч. 3 ст. 177 УПК РФ, «если для производства такого осмотра требуется продолжительное время или осмотр на месте затруднен, то предметы должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, *заверены подписью следователя* на месте осмотра».

Часть 5 ст. 164 УПК РФ гласит: «...Если в производстве следственного действия участвует потерпевший, свидетель, *специалист*, эксперт или переводчик, то он также предупреждается об ответственности, предусмотренной статьями 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации».

Ни в какой из норм действующего УК РФ мы не найдем ответственности специалиста (эксперта) за предоставление подложных, ошибочных сведений при проведении следственного действия. Хотя, например, Федеральным законом от 29.11.2012 № 207-ФЗ в ст. 303 УК РФ добавлена ч. 4

(фальсификация результатов ОРД), закрепляющая ответственность лица, уполномоченного на проведение оперативно-розыскных мероприятий.

Мы полагаем, что в случаях, когда в УПК РФ отсутствует строгий императив, подкрепленный уголовной ответственностью, всегда создается задел для злоупотреблений или ошибок. В моментах доказывания этого допускать никак нельзя. Если в законе не существует императива, не существует и государственного доказывания, как следствие не существует формализованных доказательств, на которые всегда опирается обвинение. Одна из причин – это наличие более активной, чем в УПК РСФСР 1960 г., стороны защиты.

С одной стороны, специалист предоставляет следователю лишь сведения тактического характера, за фальсификацию которых уголовной ответственности нет и быть не может по определению, но с другой – все меняется, когда эти сведения приобретают процессуальную форму, становятся частью доказательства, превращаются в осмотры, выемки, освидетельствования, вещественные доказательства. В итоге мы видим, что специалист юридически безнаказан.

Данная проблема упоминается в литературе. Так, например, предлагалось ч. 4 ст. 58 УПК РФ (специалист не в праве) изложить в следующей редакции: «Умышленно скрывать или уничтожать следы, предметы, которые могли бы иметь значение доказательств, а также давать заведомо ложные консультации, пояснения и советы»²⁹¹.

Кроме того, в литературе встречается мнение, согласно которому, если во время осмотра места происшествия специалист обнаруживает некие объекты, исследование которых необходимо расследованию, то затем в соответствии со ст. 80 УПК РФ он получает соответствующие вопросы от лица, производящего осмотр, проводит предварительное исследование и сообщает о его результатах в виде отдельного заключения²⁹².

Такой способ не совсем соответствует задачам столь оперативного мероприятия, как следственное действие в частности, и непригоден для расследования в целом, так как решает проблемы скорее формы, чем содержания – проще указать изложенные специалистом сведения в протоко-

²⁹¹Тхакумачев Б. Ю. Тактико-организационные особенности участия специалиста при производстве следственных действий : дис. ... канд. юр. наук. Нальчик, 2005. URL: <http://www.dissercat.com/content/taktiko-organizatsionnye-osobennosti-uchastiya-spetsialista-pri-proizvodstve-sledstvennykh-d#ixzz2ci9rqaZS>

²⁹² Плесовских Ю. Г. Заключение специалиста, участвующего в осмотре места происшествия, как объект судебно-экспертного исследования // Эксперт-криминалист. 2006. № 2.

ле того же следственного действия. Кроме того, ответственности за дачу заведомо ложного заключения специалист не несет.

Еще в 1968 году Н.А. Селиванов отметил, что установление уголовной ответственности специалиста является правовой гарантией точности сообщаемых им справочных сведений и результатов технической помощи, оказываемой следователю²⁹³.

Поэтому мы предлагаем изложить в следующей редакции ч. 2 ст. 180 УПК РФ: «В протоколах описываются все действия следователя *и специалиста*, а также все обнаруженные при осмотре и (или) освидетельствовании *сведения, имеющие значение для расследования уголовного дела*, в той последовательности, в какой производились осмотр и освидетельствование, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра и освидетельствования».

Изложить ч. 3 ст. 168 УПК РФ в следующей редакции: «*Специалист обязан удостоверить своей подписью содержание и результаты совершенных им действий по обнаружению, закреплению и изъятию сведений, имеющих значение для расследования уголовного дела*».

Добавить в ч. 4 ст. 58 УПК РФ и ч. 4 ст. 57 УПК РФ предложение следующего содержания: «предоставлять в ходе проведения следственного действия заведомо ложные сведения». Уточнения требует п. 3 ч. 3 ст. 57 УПК РФ: «Участвовать с разрешения дознавателя, следователя и суда в следственных действиях *в порядке ст. 168 настоящего Кодекса*».

Также через призму проблемы участия сведущего лица в следственных действиях необходимо рассматривать и механизм его участия в процессуальных действиях. Стоит, однако, иметь в виду, что попытка установления уголовной ответственности специалиста за проведение процессуальных действий, на которые уполномочен и адвокат-защитник, может повлечь за собой неблагоприятные последствия.

В связи с этим предлагается изложить ч. 1 ст. 307 УК РФ в следующей редакции: «Заведомо ложные показания свидетеля, потерпевшего либо заключение или показание эксперта, показание специалиста, *а равно предоставление специалистом, экспертом, привлекаемым органом, осуществляющим уголовное преследование, и судом к содействию в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении тех-*

²⁹³ Селиванов Н. А. Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. М. : Изд-во юр. лит., 1968. Вып. 7. С. 117.

нических средств в исследовании материалов уголовного дела, заведомо ложных сведений, в том числе заведомо неправильный перевод в суде либо при производстве предварительного расследования».

Переходя к процедуре получения государственными органами «заключения специалиста», отметим, что основные идеи на этот счет уже были высказаны в первом параграфе третьей главы данной работы. В стадии предварительного расследования использование государственными органами свободных от формы сведений в виде исследования сведущего лица стоит признать скорее исключением, чем правилом, так как в данной стадии ничего не мешает получить легитимное доказательство – экспертизу.

К таким случаям, на наш взгляд, относятся следующие.

Первое – получение заключения специалиста прокурором в рамках осуществления надзорных мероприятий. В данном случае такие действия прокурора обоснованы ограниченностью его полномочий в сфере доказывания – прокурор не может формировать доказательство.

Второе – получение заключения специалиста следователем (дознавателем) в ходе сбора доказательств (и иных сведений) для возбуждения перед судом ходатайства о заключении лица под стражу. В данном случае действия следователя (дознавателя) обусловлены максимально сжатыми сроками для сбора таких доказательств (сведений) вместе с обязанностью соблюдения прав человека. Дело в том, что на практике в подавляющем большинстве случаев человека сначала задерживают в порядке ст. 191-192 УПК РФ, а уже потом следователь переходит к подготовке материалов для ходатайства. Успеть подготовить заключение эксперта для приобщения к «материалам» ходатайства невозможно, так как срок задержания ограничен 48 часами (в исключительных случаях он может быть продлен судом до 72). Субъект доказывания обращается к упрощенной форме исследования, так как зачастую для квалификации установленных обстоятельств и определения тяжести инкриминируемого преступления требуются специальные знания.

Третье – закон не требует обязательного проведения экспертизы, однако говорит о необходимости привлечения специальных знаний в форме «заключения» в ч. 4 ст. 187 УПК РФ («при наличии медицинских показаний продолжительность допроса устанавливается на основании заключения врача»), в п. 4 ч. 1 ст. 208 УПК РФ («в временное тяжелое заболевание подозреваемого или обвиняемого, удостоверенное медицинским заключением, препятствует его участию в следственных и иных процессуальных действиях»),

ч. 1 ст. 437 УПК РФ («лицу, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, должно быть предоставлено право лично осуществлять принадлежащие ему и предусмотренные статьями 46 и 47 настоящего Кодекса процессуальные права, если его психическое состояние позволяет ему осуществлять такие права. При этом учитываются заключение экспертов, участвующих в производстве судебно-психиатрической экспертизы, и при необходимости медицинское заключение медицинской организации, оказывающей психиатрическую помощь в стационарных условиях»), ч. 1. ст. 445 УПК РФ («по подтвержденному медицинским заключением ходатайству администрации медицинской организации, оказывающей психиатрическую помощь в стационарных условиях, а также по ходатайству лица, к которому применена принудительная мера медицинского характера, его защитника или законного представителя суд прекращает, изменяет или продлевает на следующие 6 месяцев применение к данному лицу принудительной меры медицинского характера»).

Важно обратить внимание, как в последнем примере законодатель напрямую указывает, что письменное исследование сведущего лица («медицинское заключение») может быть использовано не только администрацией медицинской организации, но и иными лицами, в том числе защитником при заявлении ходатайства. Это факт еще раз подтверждает полномочия адвоката по оперированию в доказывании специальным знанием.

Последней рассматриваемой формой вовлечения в процесс специального знания по инициативе государственных органов является допрос специалиста. УПК РФ определяет показания специалиста как «сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями статей 53, 168 и 271 настоящего Кодекса».

На фактическую необходимость появления в УПК РФ норм, регулирующих данные правоотношения, не раз указывалось учеными-процессуалистами²⁹⁴.

Так, в литературе отмечается, что «предметом допроса специалиста «могут быть обстоятельства его участия ранее в следственных и иных

²⁹⁴ Гришина Е. П. Совершенствование нормативно-правового регулирования вопросов участия специалиста в уголовном судопроизводстве России // Российский следователь. 2005. № 10. С. 11- 12; Овсянников И. Заключение и показания специалиста // Законность. 2005. С. 33-34; Хитрова О. В. Заключение и показания специалиста – новые доказательства в уголовном судопроизводстве // Материалы междунар. науч.-практ. конф. М., 2004. С. 149-153.

процессуальных действиях, равно как и любые иные обстоятельства, требующие специальных знаний»²⁹⁵. Кроме того, отличительной особенностью показаний специалиста является то, что сведения, сообщаемые им, имеют (с точки зрения их доказательственного значения) характер нового, выводного знания, полученного путем логических умозаключений²⁹⁶.

Ю.К. Орлов, Е.В. Селина именуют специалиста «сведущим свидетелем» и полагают, что в его показаниях доказательственное значение имеют также выводы, умозаключения, сделанные на основе специальных познаний²⁹⁷.

П.В. Копнин именовал такую деятельность «мысленным экспериментом». «Мысленный эксперимент – это обычное теоретическое рассуждение, принимающее внешнюю сторону эксперимента. ...Вывод в данном случае сделан не на основе чувственного, практического наблюдения действия, а в итоге умозрительного рассуждения. Исследователь мысленно представляет, что случится с интересующим его явлением в тех или иных условиях. Это помогает уяснить теоретическое положение, но не имеет той доказательной силы, которая присуща настоящему эксперименту. Здесь отсутствует одно из необходимых его качеств – непосредственная действительность. Однако, как и любое другое теоретическое рассуждение, мысленный эксперимент может приводить к достоверным заключениям, если исходные положения его доказаны практикой и не допускается логических ошибок в ходе самого рассуждения»²⁹⁸.

Стоит согласиться с данной точкой зрения. На наш взгляд, такой подход выглядит вполне логично, если обратиться, во-первых, к истории формирования форм вовлечения сведущих лиц в уголовный процесс, во-вторых, к содержательным особенностям этого самостоятельного вида доказательств.

Процедура производства логических умозаключений сведущим лицом с использованием специального знания была подробно описана в первом параграфе первой главы данной работы. Уникальность такого действия, его объективная необходимость, выводной характер полученных данных, а также отнесение к исключительной компетенции лиц, облада-

²⁹⁵ Манова Н. С. Заключение и показания специалиста: опыт и перспективы использования в доказывании по уголовным делам // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 2. С. 214-221.

²⁹⁶ Там же.

²⁹⁷ Орлов Ю. К. Специалист – это сведущее лицо, не заинтересованное в исходе дела // Рос. юстиция. 2003. № 4. С. 37; Селина Е. В. Доказывание с использованием специальных познаний по уголовным делам. М. : Юрлитинформ, 2003. С. 82.

²⁹⁸ Копнин Я. В. Эксперимент и его роль в познании // Вопросы философии. 1955. № 4. С. 31.

ющих специальным знанием, не требуют повторного изложения. Равно как не требует и повторного описания исторически сложившаяся необходимость такой формы привлечения сведущего лица, как допрос, описанной в первом параграфе второй главы данной работы.

На данное обстоятельство указывал и Верховный суд РФ: «Обратить внимание судов на необходимость наиболее полного использования достижений науки и техники в целях всестороннего и объективного исследования обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, путем производства судебной экспертизы *во всех случаях*, когда для разрешения возникших в ходе судебного разбирательства вопросов требуется проведение исследования с использованием специальных знаний в науке, технике, искусстве или ремесле. Если же проведение исследования не требуется, то возможен допрос специалиста»²⁹⁹.

Таким образом, Верховный суд указывает, что во всех случаях, когда нет необходимости в проведении исследования в форме экспертизы, допрос специалиста возможен по любым вопросам, требующим специальных знаний. К сожалению, Высшая судебная инстанция для разграничения допроса сведущего лица и получения его письменного заключения применяет понятие «исследование», хотя по своему содержанию оно может включать любую деятельность сведущих лиц вообще.

Думается, что наиболее близкой к действительности будет следующая дефиниция показаний специалиста: «Сведения и выводы, сообщенные им на допросе, об обстоятельствах, требующих специальных знаний, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями статей 58, 187-191 настоящего Кодекса».

Далее следует перейти к процессуальному механизму по привлечению в процесс сведущих лиц, представленного стороне защиты. Далеким от совершенства на сегодняшний день в УПК РФ является воплощение идеи предоставления права адвокату на привлечения специальных знаний. Главным вопросом, неурегулированность которого порождает многие споры, является вопрос о формах привлечения специального знания адвокатом и государственными органами, о соотношении этих форм.

Решение данного вопроса зависит от общей формы (типа) уголовного процесса и применяемых в нем методов. В отечественном уголовном

²⁹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // СПС «Консультант Плюс».

процессе традиционным является превалирование публичного метода над частным. Баланс этих методов определяет форму (тип) российского уголовного процесса как смешанную (розыскное досудебное следствие и в какой-то мере состязательное судебное). Общий вопрос о соотношении форм привлечения специальных знаний разбивается на множество частных проблем. Одной из них является механизм привлечение специалиста.

Единственной процессуальной фигурой, правом на использование которой обладает сторона защиты в лице адвоката, является специалист. В литературе обосновано положение о «мнимом» характере права адвоката на привлечение специалиста как процессуальной фигуры³⁰⁰. Для привлечения в процесс специалиста адвокат не располагает правами на вынесение каких-либо постановлений или проведение следственных действий, не располагает властными полномочиями. С данным мнением следует полностью согласиться. Правильнее было бы говорить, что адвокат привлекает «сведущее лицо».

Оформление взаимоотношений между адвокатом и сведущим лицом (специалистом в широком смысле слова) возможно в свободной форме, например, в форме гражданско-правового договора на проведение работ или оказание услуг, «возмездного договора о консультировании»³⁰¹.

Как отмечает Т.Ю. Маркова, «ничто не мешает заключить соответствующий договор и привлечь компетентное лицо в качестве специалиста для дачи заключения»³⁰². Результатом может быть опрос сведущего лица или заключение специалиста в свободной форме без предупреждения автора об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ.

Однако здесь следует обратить внимание на один очень важный момент. В случае привлечения сведущего лица адвокатом ему не может разъясняться ч. 3 и ч. 4 ст. 58 УПК РФ, то есть его права и ответственность специалиста, так как адвокат не располагает властными полномочиями.

Дело в том, что получение лицом, имеющим некий процессуальный статус, (например, адвокатом) неких сведений у лица, таковым статусом

³⁰⁰ См. Лазарева Л. В. Проблема определения доказательственного статуса заключения и показаний специалиста в уголовном процессе // Мировой судья. 2008. № 9; Давлетов А. А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. 2003. №9; Рябинина Т. К., Пашутина О. С. Допрос специалиста и истребование его заключения в уголовном судопроизводстве России: проблемы и пути их разрешения // Мировой судья. 2011. № 10.

³⁰¹ Карякин Е. А. Вовлечение специалиста в уголовное судопроизводство и последующая оценка его заключения и показаний // Современное право. 2006. № 6.

³⁰² Маркова Т. Ю. Некоторые проблемы использования в уголовном процессе заключения специалиста // Уголовное судопроизводство. 2010. № 1. С. 23-26.

не обладающего (его права и обязанности не только не защищены УПК РФ, но и не ограничены никакими нормами), выглядит неправомерно.

Любое доказательство в триединстве представляет из себя совокупность объекта носителя, формы, сведений. Адвокат в ходе своей процессуальной деятельности (опроса лиц с их согласия, запроса справок и т.п.) получает от некоего «носителя» один из составляющих элементов доказательства – это «сведения». «Сведения» могут быть использованы им двумя способами: путем ходатайства о приобщении к делу «как есть», то есть в качестве иных документов; путем легитимизации, то есть превращение их в самостоятельные доказательства опять же путем заявления ходатайства лицу, ведущему уголовный процесс. В первом случае добытые адвокатом сведения ложатся в материалы уголовного дела «напрямую», во втором – влияют на субъекта доказывания при принятии им решения об удовлетворении или отказе в удовлетворении ходатайства.

Не может ли носитель сведений оказаться священнослужителем, присяжным, адвокатом? Не сообщит ли он в ходе опроса сведения, запрещенные к использованию в качестве доказательства в УПК РФ? Не может ли опрошенное адвокатом лицо ходатайствовать о применении к нему мер безопасности? Думается, более детальное регулирование правомочий лиц, привлекаемых стороной защиты, в том числе гарантия некоторых их прав государством, могло бы послужить неплохим подспорьем к повышению уровня доверия между гражданами и адвокатами, качества проводимых адвокатом действий по сбору сведений в пользу своего подзащитного.

Полное игнорирование в УПК РФ, во-первых, правового режима получения таких «сведений», во-вторых, их содержательной стороны, может повлечь за собой негативные последствия.

Заключая договор и соглашаясь сотрудничать с адвокатом как участником уголовно-процессуальной деятельности, то есть беря на себя некоторые обязанности, гражданин должен быть уверен в появляющихся у него в таком случае корреспондирующих правах. На сегодняшний день данные права (как и обязанности) могут быть предусмотрены только гражданским законодательством в рамках заключения договора между гражданином и адвокатом.

Полагаем, что закрепление этих стандартных «договорных» прав в УПК РФ пошло бы на пользу работе адвокатуры в целом. УПК РФ фиксирует такие правомочия (ходатайствовать о применении мер защиты, не

свидетельствовать против своих родственников) только в отношении процессуальных фигур (специалист, свидетель). Следует иметь в виду в том числе, что наиболее общие гражданские права закреплены в Конституции РФ и не ограничены конкретными процессуальными статусами.

Именно по пути укрепления правового статуса всех лиц, так или иначе вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства, идет законодатель (изменения в УПК РФ от 04.03.2013), когда закрепляет за участниками проверки сообщения о преступлении ряд новых правомочий. Согласно ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ «лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, разъясняются их права и обязанности, предусмотренные настоящим Кодексом, и обеспечивается возможность осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе права не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса, пользоваться услугами адвоката, а также приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса. При необходимости безопасность участника досудебного производства обеспечивается в порядке, установленном частью девятой статьи 166 настоящего Кодекса, в том числе при приеме сообщения о преступлении».

Таким образом, возвращаясь к нашей конкретной проблеме, заключим, что по факту адвокат привлекает специалиста, но не совсем в том содержании этого понятия, в каком его понимает УПК РФ. «Специалист следователя» наделяется обязанностями только исходя из норм УПК РФ, «специалист адвоката» – исходя из норм гражданско-правового договора. Такой плавающий статус специалиста может не вызывать вопросы.

Поэтому, вырабатывая наиболее общий подход к данной проблеме, логичнее было бы рассматривать указанную процедуру как привлечение адвокатом сведущего лица в качестве специалиста по уголовному делу с разъяснением ему соответствующих прав и обязанностей, предусмотренных договором и иными федеральными законами.

Далее при решении проблемы о *равенстве прав сторон в доказывании* и наличии публичности как метода уголовного судопроизводства полагаем, что адвокату-защитнику должен быть предоставлен механизм за-

явления обязательных для удовлетворения ходатайств о проведении властно-публичным субъектом действий по формированию доказательств.

По мнению С.Н. Еремина, данный механизм должен выглядеть следующим образом. Специалист составляет заключение по инициативе и по вопросам защиты, не будучи предупрежденным формально, но ознакомившись с соответствующими статьями УПК и УК РФ. При представлении его заключения следователю последний предупреждает специалиста об ответственности по ст. 307 УК и отбирает у него соответствующую подписку. В судебном заседании это делает суд. При отобрании подписки специалисту должна быть предоставлена возможность отказаться от заключения или изменить его. Такое предложение должно быть сделано следователем или судом в форме вопроса³⁰³.

Мы же полагаем, что процессуальный механизм, позволяющий защитнику (адвокату) заставить орган публичной власти сформировать доказательство, должен отвечать трем критериям. Во-первых, непроцессуальные сведения, собираемые защитником (адвокатом) и служащие основанием ходатайства, не должны являться доказательствами. Во-вторых, данный механизм должен быть реализуемым для государственных органов как «хозяев» публичного процесса. В-третьих, перечень случаев, обязывающих орган публичной власти сформировать доказательство по инициативе адвоката, должен быть ограничен.

Как отмечалось, «на следователя необходимо возложить обязанность по фиксации данных, которые необходимы защите и которые в дальнейшем могут быть утрачены, при этом четко определить случаи, в которых в ходатайстве об их закреплении не может быть отказано»³⁰⁴. Далее автор приводит в пример случаи допроса лиц, которые могут не дожить до судебного разбирательства дела, иностранных граждан, которые в дальнейшем могут не явиться в процесс, предметы и вещи, свойства которых могут быть с течением времени утрачены. Нельзя не согласиться с последним мнением, однако эта мысль требует развития.

В свою очередь, полагаем, что ст. 159 УПК РФ должна быть расширена положением, согласно которому следователь (дознатель) обязан

³⁰³ Еремин С. Н. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Краснодар, 2004. С. 45.

³⁰⁴ Пилюк А. В. Собрание доказательств защитником – декларация или реальность? // Российская юстиция. 2010. № 3. С. 32-35.

допросить лицо в качестве специалиста или свидетеля в порядке статей 187-191 УПК РФ, явка которого обеспечена стороной.

Проблема законодательного урегулирования показаний сведущего лица (в статусе специалиста) остается дискуссионной начиная с 1960 года (УПК РСФСР) и до сегодняшнего дня. В частности, указывается на «отсутствие в законе регламентации порядка вызова специалиста на допрос для дачи показаний, порядка получения показаний специалиста, порядка фиксации его показаний» и т.д. Думается, что с формальной стороны вполне достаточно указания на общий порядок проведения допроса в порядке ст.187-191 УПК РФ.

Об обязательности приобщения следователем «заключения специалиста», то есть не процессуального документа, получаемого адвокатом у сведущего лица, уже упоминалось в литературе. Однако каждое такое предложение сводится к норме: «следователь обязан приобщить заключение специалиста». Не принимается во внимание, что приобщить такой не процессуальный документ можно, теоретически, только в качестве иного документа. Доказательственное значение его минимально, хотя бы по причине невозможности предупредить автора об уголовной ответственности.

В то же время обойтись только допросом сведущего лица без письменного исследования невозможно по объективным причинам, требующим, например, в некоторых случаях проведения лабораторных анализов и тестов. Ведь такие методы находятся в распоряжении эксперта как стороны противоборствующей, а оценка работы сведущего лица проводится в том числе по применяемым им методам.

Решение вопроса о приобщении письменного исследования сведущего лица видится нам в следующем. В соответствии с ч. 3 ст. 189 УПК РФ допрашиваемый вправе «пользоваться документами и записями», к которым в нашем случае может относиться письменное исследование (заключение), проведенное сведущим лицом за рамками уголовно-процессуальной деятельности. Данный документ в случае использования его допрашиваемым лицом должен быть приложен к протоколу допроса (по аналогии с ч. 8 ст. 166 УПК РФ и ст. 279 УПК РФ).

В таком случае «исследование» становится частью протокола допроса, то есть такого доказательства, как показания специалиста. Данное нормативное решение о форме имеет методологическое обоснование с позиции содержания, уже ранее обосновывавшееся в данной работе.

Обозначенный подход должен повлечь соответствующие изменения в ст. 58 УПК РФ, то есть привести к переосмыслению роли адвоката-защитника, следователя (дознавателя), места и роли специалиста в уголовном процессе.

Предлагается некоторые положения ст. 58 УПК РФ изложить следующим образом:

- часть 1: «специалист – лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое в уголовное судопроизводство для следующих целей: содействия в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств, дачи показаний, дачи заключения»;

- часть 2: «Вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 80, 144, 159, 168, и 270 настоящего Кодекса».

По доказательственному значению. Еще одна проблема состоит в том, что заключение специалиста, доступное «сторонам», а фактически взятое на вооружение адвокатами, формально находится в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, то есть является доказательством.

Возникает три вопроса. Первый (общий): самостоятельное ли это доказательство? Второй и третий частные: необходимо ли государственным органам такое доказательство? Может ли сторона защиты формировать такое доказательство? (адвокат – субъект доказывания?).

Касательно общего вопроса мнения ученых разделены на две группы. Первая – сторонники заключения специалиста как доказательства. Однако никто из них не приводит достаточных доводов (кроме имеющихся в УПК РФ норм) в пользу признания заключения специалиста самостоятельным доказательством. С одной стороны, они ограничиваются общими фразами, как, например, «необходимость отражения возрастающей роли состязательности уголовного-судопроизводства и формирования механизма обеспечения гарантий участвующих в нем сторон»³⁰⁵; «расширение возможностей доказывания»³⁰⁶, «предоставить возможность стороне защиты привлекать специальные знания в уголовный процесс, не обращаясь с ходатайством к следователю, прокурору и суду»³⁰⁷.

³⁰⁵ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юр. наук. Владимир, 2011. С.237.

³⁰⁶ Еремин С. Н. Заключение специалиста как новый вид доказательства в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Краснодар, 2004. С. 7; Петрухина А. Н. Заключение и показания эксперта и специалиста как доказательства в современном уголовном судопроизводстве России : автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2009. С. 19.

³⁰⁷ Кудрявцева А. В. Формы использования специальных знаний по УПК РФ // Эксперт-криминалист. 2008. № 1.

С другой стороны, эти же авторы выступают за доработку норм, касающихся заключения специалиста, суть которых состоит в том, чтобы «заключения специалиста могли составляться по аналогии с заключением эксперта»³⁰⁸. Либо предлагается дополнить УПК РФ статьями «заключение специалиста», «привлечение специалиста для дачи заключения»³⁰⁹. Существует предложение «регламентировать право стороны защиты на получение и представление заключения специалиста и соответственно предусмотреть обязанность следователя приобщить это заключение к материалам уголовного дела»³¹⁰ и т.п.

Видится, что с позиции формы единственным доводом вышеуказанных авторов, обосновывающим самостоятельность заключения специалиста как доказательства, является только само формальное нахождение «заключения специалиста» в п.3.1 ч. 2 ст. 74 УПК РФ и в ч. 3 ст. 80 УПК РФ.

Позиция второго лагеря процессуалистов, критикующих заключение специалиста с позиции формы и не принимающих его как самостоятельное доказательство, обоснована более серьезно. Основную идею здесь высказал В. П. Божьев. Он пишет, что «собрание доказательств (ч. 1 ст. 74, ч. 1 ст. 86 УПК РФ) возложено на определенный круг лиц (дознателя, следователя, прокурора, суд), наделенных властными полномочиями. Ничего подобного в отношении заключения специалиста законом не предусмотрено»³¹¹. Сторонникам заключения специалиста как самостоятельного доказательства он замечает: «Авторы, поддерживающие рассматриваемую законодательную новеллу, отмечают, что в заключении специалиста заинтересована сторона защиты. Именно на нее, вопреки публичному началу уголовного судопроизводства, возложены основные полномочия «по собиранию» указанных «доказательств». Нетрудно заметить, что эти нововведения не соответствуют ч. 1 ст. 86 УПК, определяющей субъектов обязанности доказывания»³¹².

В итоге В.П. Божьев умозаключает, что нововведения не были связаны с инкорпорацией в УПК РФ норм, предусматривающих процессу-

³⁰⁸ Быков В. М., Ситникова Т. Ю. Заключение специалиста и особенности его оценки // Вестник криминалистики. М., 2004. Вып. 1(9). С. 22.

³⁰⁹ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юр. наук. Владимир, 2011. С.251.

³¹⁰ Савицкая И. Г. Формы участия специалиста в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юр. наук. Владимир, 2012. С.125.

³¹¹ Божьев В. П. Изменение УПК – не всегда средство его совершенствования // Законность. 2005. № 8. С. 4.

³¹² Там же. С. 4.

альный порядок получения указанных доказательств, структуру и содержание самого заключения, полномочия участников процесса, ответственных за ведение производства по делу, права других участников процесса, отнесенных законом к той или другой стороне. Поэтому говорить о самостоятельности заключения специалиста как доказательства, соответствующего требованиям формы, не приходится.

Согласимся здесь с указанным мнением и в свою очередь обратим внимание на следующее. Логика сторонников расширения возможностей доказывания и повышения роли состязательности требует понимания «заключения специалиста» в качестве основного инструмента защиты. Но закрепление в ч. 2 ст. 74 УПК РФ заключения специалиста как самостоятельного доказательства не согласуется с ч. 3 ст. 86 УПК РФ, именуемой «способы сбора доказательств защитником» (получения предметов, документов и иных сведений; опрос лиц с их согласия; истребования справок, характеристик и т.п.). Данная статья не упоминает о заключении специалиста. Более того, в ч. 2 ст. 74 УПК РФ такой вид доказательства, как «опрос лиц с их согласия», добавлен не был, хотя именно этого и требует логика сторонников расширения возможностей доказывания.

В ст. 58 УПК РФ, посвященной специалисту как самостоятельной процессуальной фигуре, правомочие на дачу заключения не упоминается. Установлено, что «вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 168 и 270 УПК РФ». Обращаясь к указанным статьям, мы не увидим в них права специалиста на представление своего заключения. Также в ст. 42, 46, 47 УПК не указано право потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого на привлечение специалиста. Схожую критику формы заключения специалиста высказывала и его сторонник В.А. Лазарева, однако эти обстоятельства не мешают ей утверждать о самостоятельности заключения специалиста, опираясь на доводы о развитии принципа состязательности³¹³.

Если обратиться к истории принятия вышеуказанных поправок в УПК РФ, а именно паспорту проекта федерального закона №279596-3, то можно пронаблюдать следующее. Принятый в первом чтении проект не содержал положений об изменении ст. 74 и 80 УПК РФ, несмотря на то, что согласно ст. 118 Регламента Государственной Думы Федерального

³¹³ Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учебно-практическое пособие. М. : Юрайт, 2012. 300 с.

Собрания РФ именно в первом чтении «обсуждается его концепция, дается оценка соответствия основных положений законопроекта Конституции Российской Федерации, его актуальности и практической значимости».

Во втором чтении происходит рассмотрение поправок. Именно в этот момент появились (во временной промежуток не более 3 месяцев) вышеуказанные нововведения. Стоит также добавить, что первоначальная формулировка ч. 1 ст. 23 законопроекта №279596-3, вносящая изменения в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, включала только «показания специалиста» без его заключения.

Обратимся теперь напрямую ко второму вопросу. Доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств (ст. 85 УПК РФ). В ч. 3 ст. 86 УПК РФ указан перечень способов получения доказательств защитником: получение предметов, опрос лиц, истребование иных документов – но результаты адвокатской деятельности могут быть признаны только иными документами (п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ, ст. 84 УПК РФ). Хотя логичнее было бы поместить все формы адвокатской деятельности в ч. 2 ст. 74 УПК РФ. Более того, следовало бы установить уголовную ответственность за предоставление заведомо ложных сведений адвокату в статье 307 УК РФ. Однако ничего этого не сделано, и заключение специалиста, доступное сторонам, смотрится в перечне доказательств ч. 2 ст. 74 УПК РФ белой вороной.

Проверка доказательств производится дознавателем, следователем, прокурором и судом (ст. 87 УПК РФ). Адвокат в этом перечне не указан.

Оценка доказательств (ст. 88 УПК РФ) производится следователем, дознавателем (ст. 215 УПК РФ), прокурором (ст. 37, 221, 226, 226.8 УПК РФ), судом (305 УПК РФ). Адвокат и здесь не у дел.

Разве в таком случае адвокат – субъект доказывания? Разве собирает он «доказательства»?

Несмотря на формальное отсутствие в УПК РФ принципа всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела, фактически данный принцип остается руководящим началом (ст. 33, ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 154, 239.1, ч. 2 ст. 325 УПК РФ) в деятельности государственных органов по познанию обстоятельств совершенного преступления. Именно на следователе, дознавателе, прокуроре лежит обязанность доказывания.

Адвокат не располагает в данном отношении никакими процессуальными полномочиями: защитник не проводит ни одного следственного действия, не обладает правом государственного принуждения, то есть не может предупреждать лиц об уголовной ответственности. Мы располагаем сейчас последовательной системой доказывания, когда адвокат остается ходатаем и просителем перед «хозяином дела» (следователем, дознавателем, судом) в приобщении тех или иных «сведений», могущих стать доказательствами по делу.

Следует согласиться с мнением А.С. Барабаша, который определяет цель участия защитника в процессе, базирующимся на публичном начале, как воспрепятствование односторонности в деятельности органов государства в тех случаях, когда подобное может угрожать правам и законным интересам его подзащитного³¹⁴.

Таким образом, результат (форма) привлечения в процесс специальных знаний адвокатом не может представлять собой доказательство. Адвокат – это не субъект доказывания. Но кем же тогда он является в процессе?

Думается, что адвокат остается «фигурой влияния». Представляемые им посредством ходатайств различные материалы являются не доказательствами, а «сведениями» и остаются «средством воздействия», воспрепятствования односторонности в деятельности органов государства.

Возвращаясь к первому вопросу, отметим следующее. Заключение специалиста не может являться доказательством и стоять в одном ряду с заключением эксперта в ч. 2 ст. 74 УПК РФ. На то есть несколько помимо указанных выше учеными-процессуалистами причин.

Первая – при том, что разграничить исследование сведущего лица от его «суждения» невозможно, существование в одном перечне двух одинаковых письменных исследований сведущих лиц бессмысленно. Деятельность сведущих лиц едина и уникальна, на что уже указывалось выше.

Вторая – заключение специалиста рационально использовать в тех случаях, когда невозможно применение заключения эксперта, например в стадии возбуждения уголовного дела, то есть в качестве материала проверки, а не доказательства.

Данное правило должно трактоваться в рамках некоторых исключений. Так, в литературе существует мнение, согласно которому следователь

³¹⁴ Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. Юридический центр Пресс. СПб., 2009. С. 320-321.

и судья при необходимости решения тех вопросов, для которых достаточно компетенции специалиста, должны получать его «мнение», оформленное в виде справки или акта исследования, имеющих доказательственное значение «иного документа»³¹⁵.

Мы полагаем, что дело здесь не в форме и содержании документа. Если по конкретному вопросу возможно получение такого доказательства как заключение эксперта, то необходимости в приобщении дублирующего «мнения» по этому же вопросу в качестве иного документа для решения задач государственных органов попросту нет. Разграничить содержательно заключение специалиста и эксперта, как уже было показано в третьем параграфе второй главы данной работы, не та задача, которую можно решить законодательным путем.

Непроцессуальные документы, именуемые «заключение», «опрос специалиста» доказательствами, в том числе иными документами, по делу не являются в следующих случаях. Во-первых, это прямо не предусмотрено в законе, во-вторых, если для их легитимизации возможно проведение допроса сведущего лица (в качестве специалиста) либо экспертизы. Стоит учитывать при этом, что невозможность легитимизации может быть обусловлена, например, смертью сведущего лица, от которого получен не процессуальный документ.

Третье – использование заключения специалиста как письменного исследования сведущего лица в доказывании вместо заключения эксперта имеет закрытый перечень описанных выше случаев. Во всех таких случаях заключение специалиста («заключение врача» — наименование может быть любым) в силу отсутствия нормативной регламентации его получения должно приобщаться к материалам дела в качестве иного документа.

Одним из исключений, предусмотренных законодательно, вместе с примерами применения «заключения врача», указанными выше, является «заключение специалиста», полученное по инициативе государственных органов в одной из упрощенных форм предварительного расследования – сокращенном дознании.

³¹⁵ Классен Н. А. Использование специальных знаний при осуществлении защиты по уголовным делам : автореф. дис. ... канд. юр. наук. Челябинск, 2009. С. 10.

ПРИЛОЖЕНИЕ А

Эксперт и специалист в судебной электротехнической экспертизе

Электроустановка – совокупность машин, аппаратов, линий и вспомогательного оборудования (вместе с сооружениями и помещениями, в которых они установлены), предназначенных для производства, преобразования, трансформации, передачи, распределения электрической энергии и преобразования её в другой вид энергии.

Объектами электротехнической экспертизы являются электрооборудование, электроприборы, их части, фрагменты электропроводов и кабелей, устройства электрозащиты (плавкие предохранители, автоматические выключатели и проч.), электрокоммутирующие устройства и т.п. В качестве сравнительных образцов при назначении электротехнических экспертиз представляются аналогичные приборы и оборудование, отрезки проводов и кабелей, предохранители, аппараты защиты и др.

Судебные электротехнические экспертизы, как правило, выполняются в тех же экспертных учреждениях, что и судебные пожарно-технические, поскольку многие эксперты компетентны в обеих областях. Весьма часто эти экспертизы назначаются в комплексе с другими родами судебных инженерных экспертиз.

Объектом электроэкспертиз, где востребованы знания специалиста, являются как действующие объекты, так и реконструируемые, модернизируемые и вновь строящиеся энергетические объекты³¹⁶.

Специалист должен принимать участие как в расчетах электроустановок, так и в расследовании технологических нарушений и аварий на оборудовании, использующем электрическую энергию; в определении причин неисправностей, выявленных в процессе эксплуатации электроустановок. Знания специалиста бывают востребованы в следующих случаях: неизвестны причины возникновения и возможные результаты изучаемых процессов; нет возможности провести экспериментальную проверку предполагаемого развития процесса; нет возможности предсказать поведение объекта в будущем на основании известных законов; имеются факторы неопределенности, которые нельзя проконтролировать; имеется много вариантов для решения проблемы и требуется выбрать оптимальный.

³¹⁶ URL: <https://www.google.ru/search?client=opera&q=Центр+по+проведению+судебных+экспертиз&sourceid=opera&ie=UTF-8&oe=UTF-8> (дата обращения: 15.01.2016).

Знания специалиста могут быть востребованы и в случае несогласия обвиняемой стороны с решением официального эксперта по тому или иному делу. В качестве примера рассмотрим следующий случай. В двухкомнатной квартире происходит возгорание, пожар, квартира полностью выгорает. При этом в квартирах, находящихся на одной площадке, выходят из строя все электроприборы (телевизоры, компьютеры и др.), которые в момент пожара имели контакт с сетью (при выключении телевизора редко отключают розеточный разъем). Эксперт приходит к следующему заключению: так как в квартире оставался включенным роутер, то в результате слабых контактов в розетке произошло сначала нагревание, потом замыкание фазного провода на нулевой провод. Далее по нулевому проводу эта фаза появилась во всех квартирах, что находятся на площадке. Другими словами, у соседей в розетках уже было не 220 вольт, а 380. Следствием этого, по заключению эксперта, был выход из строя электроустановок в данных квартирах. Пожар же в квартире обвиняемой стороны возник все из-за того же плохого контакта в розетке, где был включен роутер. Адвокат со стороны обвиняемой не согласился с доводами эксперта и обратился к специалисту. Изучив материалы дела, специалист пришел к выводу, что во вводном электрическом щите на площадке, где находилась выгоревшая квартира, было временное отсутствие «нуля», в результате чего возник так называемый «перекос фаз» и, как следствие, выход из строя («сгорели») электрооборудования в квартирах на площадке, а также пожар в самой квартире. Была назначена дополнительная экспертиза, которая установила следующее. В доме производился сантехнический ремонт. Во время работ был «перебит» нулевой провод, подходящий к этажному щитку. Затем он был быстро восстановлен, но этого времени хватило и на возникновение пожара в квартире обвиняемого и на то, чтобы вышло из строя включенное электрооборудование в соседних квартирах. Обвиняемая сторона в результате профессиональных действий адвоката (его идея привлечь специалиста) превратилась в пострадавшую.

Подводя итоги вышесказанному, получаем следующие выводы. В уголовном, гражданском и административном праве допускается участие лиц, не заинтересованных в исходе дела. Наряду с переводчиками и секретарями активно привлекаются эксперты и специалисты, чье мнение по ряду вопросов может быть положено в основу решения суда. Чем отличаются данные лица друг от друга и есть ли какие-то особенности получения от них информации?

Эксперт – лицо, не заинтересованное в исходе процесса, обладающее профессиональными познаниями в определённой области и привлекаемое для проведения экспертизы. По её результатам выносится мотивированное заключение, которое может быть положено в основу решения суда. Работа эксперта предусматривает вознаграждение, пропорциональное труду и затраченному времени. За вынесение заведомо ложного заключения, равно как и за необоснованный отказ от его дачи, предусмотрена уголовная ответственность.

Специалист – не заинтересованное в исходе дела лицо, которое обладает специальными познаниями в определённой сфере и привлекается к участию в процессе в порядке, установленном законодательством. Специалист не проводит специальные исследования, а лишь ставит вопросы эксперту и высказывает своё мнение относительно имеющейся информации. Ему запрещено разглашать какую-либо информацию, которая стала известна вследствие профессиональной деятельности.

Различия между указанными участниками процесса закреплены в ст.57 и 58 Уголовно-процессуального кодекса. Эксперты, как и специалисты, обладают специальными знаниями, уровень которых подтверждён соответствующими документами. Они являются незаинтересованной стороной судебного разбирательства, а потому должны быть максимально объективными и беспристрастными.

Эксперт работает лишь с теми материалами, которые ему предоставлены лицом, назначившим экспертизу, и не может заниматься их самостоятельным сбором. За дачу заведомо ложного заключения предусмотрена уголовная ответственность. Специалист не занимается проведением экспертизы и лишь высказывает своё мнение. Он может быть привлечён к ответственности за разглашение информации, которая стала ему известна в силу профессиональной деятельности.

Для дачи ответов на поставленные вопросы эксперту необходимо проведение специальных исследований. Специалист может высказать своё мнение без подготовки, используя собственные знания или обратившись к технической литературе. Его можно вызвать в процесс для разрешения отдельных вопросов, в то время как экспертизу можно только назначить.

Эксперты назначаются для проведения экспертиз, специалисты же привлекаются для поиска, закрепления и изъятия доказательств, а также

для разъяснения остальным участникам процесса технических нюансов, составляющих его профессиональные знания.

Эксперт обладает правом проведения экспертизы, а специалист лишь может ставить вопросы и разъяснять участникам процесса вопросы, которые входят в его компетенцию.

Эксперт отвечает на вопросы, поставленные ему на разрешение следователем, дознавателем или судьёй, специалист может лишь формулировать вопросы эксперту.

Эксперт даёт мотивированное заключение по вопросам, указанным в постановлении, а специалист – лишь высказывает своё мнение.

А теперь обратимся к УПК РФ.

Статья 57. Эксперт. Определение эксперта по УПК³¹⁷.

1 Эксперт — лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном настоящим Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения.

2 Вызов эксперта, назначение и производство судебной экспертизы осуществляются в порядке, установленном статьями 195 — 207, 269, 282 и 283 настоящего Кодекса.

3 Эксперт вправе:

1) знакомиться с материалами уголовного дела, относящимися к предмету судебной экспертизы;

2) ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, либо привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов;

3) участвовать с разрешения дознавателя, следователя и суда в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы;

4) давать заключение в пределах своей компетенции, в том числе по вопросам, хотя и не поставленным в постановлении о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования;

5) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права;

³¹⁷ «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 13.07.2015)(с изм. и доп., вступ. в силу с 15.09.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

б) отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы специальных знаний, а также в случаях, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения. Отказ от дачи заключения должен быть заявлен экспертом в письменном виде с изложением мотивов отказа.

4 Эксперт не вправе:

1) без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы;

2) самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования;

3) проводить без разрешения дознавателя, следователя, суда исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств;

4) давать заведомо ложное заключение;

5) разглашать данные предварительного расследования, ставшие известными ему в связи с участием в уголовном деле в качестве эксперта, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса;

б) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя или в суд.

За дачу заведомо ложного заключения эксперт несет ответственность в соответствии со статьей 307 Уголовного кодекса Российской Федерации.

За разглашение данных предварительного расследования эксперт несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Комментарий к статье 57³¹⁸

1 Статья содержит понятие эксперта, включающее два основания: фактическое (наличие специальных познаний в какой-либо отрасли применения знания) и процессуальное (письменное решение должностного лица (органа), в чьем производстве находится дело, о привлечении его для производства экспертизы и дачи заключения по уголовному делу). В отличие от специалиста эксперт проводит исследование, применяя свои

³¹⁸ Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / О. Н. Ведерникова, С. А. Ворожцов, В. А. Давыдов и др. ; отв. ред. В. М. Лебедев; рук. авт. кол. В. А. Давыдов. М. : НОРМА, ИНФРА-М, 2014. 1056 с.

познания в науке, технике, ремесле или искусстве. Специалист осуществляет только техническое содействие в проведении какого-либо процессуального действия. На основании ч. 2 ст. 195 УПК эксперты подразделяются на государственных судебных экспертов и иных лиц, обладающих специальными знаниями.

2 Эксперт не решает и не предрешает вопросов, связанных с правом (юридическими понятиями, применением норм права, квалификацией преступления), так как эта деятельность относится к прерогативе следственно-судебных органов. Эксперт может быть вызван на предварительном следствии и в судебном заседании для дачи разъяснений по поводу проведенного им исследования по уголовному делу.

3 В комментариях к статье содержатся процессуальные права, обязанности эксперта и его ответственность. Институт судебной экспертизы предполагает наличие у эксперта достаточных навыков, образования, опыта и знаний, необходимых для объективного заключения и ответов на поставленные вопросы. Эксперт несет персональную ответственность за полноту выводов, применение способов и методик проводимого им исследования.

4 Эксперт не вправе отказаться от проведения экспертизы, если к тому нет оснований, т.е. когда он владеет специальными познаниями по вопросам, поставленным на разрешение; в его распоряжение предоставлены достаточные материалы (в том числе заключения предыдущих экспертиз) и нет других препятствий для проведения исследования. Эксперт – лицо, не заинтересованное в исходе дела, ему может быть заявлен отвод при наличии обстоятельств, перечисленных в ст. 70 УПК. Эксперт вправе принимать участие в деле, если он ранее участвовал в производстве процессуальных действий в качестве специалиста. Он должен сообщить дознавателю, следователю, прокурору или судье о сведениях, исключающих его участие в деле (заявить самоотвод). Невозможность проведения экспертизы должна быть письменно (устно) мотивирована и обоснована экспертом с указанием конкретных причин, фактов.

5 Устное или письменное ходатайство о необходимости предоставления дополнительных материалов может быть заявлено экспертом лицу, в чьем производстве находится уголовное дело, в любой момент после объявления эксперту о его участии в экспертизе. Эксперт вправе с разрешения следователя принимать участие в следственном действии и зада-

вать вопросы, если это необходимо для проведения экспертизы. В случае нарушения процессуальных прав эксперт может обжаловать действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда по правилам, установленным гл. 16 УПК.

6 Эксперт не вправе осуществлять действия, направленные на не-санкционированное лицом (органом), назначившим экспертизу, соби- рание материалов (п. 2 ч. 4), уничтожение или повреждение вещественных доказательств или других материалов, являющихся объектами экспертизы (п. 3 ч. 4), и действий, связанных с разглашением тайны предварительного следствия (п. 5 ч. 4), необъективности исследования (п. 1, 4 ч. 4), а также уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокуро- ра или в суд (п. 6 ч. 4).

7 Эксперт как специальный субъект несет уголовную ответственность в случае совершения общественно опасных деяний, подпадающих под дей- ствие ст. ст. 307, 310 УК. Заведомая ложность экспертного заключения со- стоит в осознанности экспертом несоответствия выводов составленного им заключения фактически установленным обстоятельствам и желание состав- ления такого заключения. Добросовестное заблуждение эксперта в ложно- сти сделанных им выводов или неправильное применение методики прове- дения экспертизы ввиду недостаточного опыта, специального образования не может являться основанием привлечения к уголовной ответственности по указанным статьям. Примечание к ст. 307 УК содержит условие, при ко- тором эксперт должен быть освобожден от уголовной ответственности по этой статье (если он добровольно в ходе дознания, предварительного след- ствия или судебного разбирательства до вынесения приговора суда или ре- шения суда заявил о ложности данного им заключения).

Статья 58. Специалист. Определение специалиста по УПК РФ³¹⁹.

1 Специалист – лицо, обладающее специальными знаниями, привле- каемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследо- вании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профес- сиональную компетенцию.

³¹⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 13.07.2015)(с изм. и доп., вступ. в силу с 15.09.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

2 Вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 168 и 270 настоящего Кодекса.

3 Специалист вправе:

1) отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями;

2) задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения дознавателя, следователя и суда;

3) знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол;

4) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

4 Специалист не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя или в суд, а также разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве специалиста, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования специалист несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Статья 58 имеет комментарии, которые нами также приводятся³²⁰.

1 Специалист привлекается к производству процессуальных действий как на предварительном следствии (дознании), так и в ходе судебного заседания по уголовному делу. Специалист, в отличие, например, от свидетеля, лицо заменимое. Он должен обладать теми знаниями, которые необходимы для производства конкретного процессуального действия.

2 По смыслу ст. 71 УПК, предусматривающей отвод, привлечение одного и того же лица в качестве специалиста к участию в деле может быть многократным. В ст. 71 отсутствует указание на возможность привлечения специалиста, если он ранее участвовал по делу в качестве эксперта, как это указано в ст. 70.

3 Привлечению лица в качестве специалиста должно предшествовать установление его уровня знаний, навыков, необходимых для проведения следственного или судебного действия. Это может быть документ, свиде-

³²⁰ Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Ведерникова О. Н., Ворожцов С. А., Давыдов В. А. и др. ; отв. ред. В .М. Лебедев; рук. авт. кол. В. А. Давыдов. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2014. 1056 с.

тельствующий о специальном образовании, опыте работы в данной области и пр.

4 Назначение специалиста в процессе производства по уголовному делу состоит в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов. Закон не содержит прямого указания, что эти предметы и документы должны иметь отношение к делу, так как это их свойство, качество может быть установлено только после проведения специальных исследований (судебной экспертизы, осмотра, опознания и пр.). Специалист привлекается для постановки вопросов эксперту в целях всесторонности, полноты и объективности проведения судебной экспертизы.

5 Применение технических средств возлагается на специалиста в связи с улучшением качественного оборудования, оснащения органов внутренних дел, прокуратуры и суда. Лицо, в чьем производстве находится уголовное дело, не обязано знать и уметь пользоваться иногда достаточно сложными в обращении техническими устройствами. В этом ему оказывает помощь специалист.

6 На основании ст. 71 УПК специалисту может быть заявлен отвод на общих основаниях. Кроме того, специалист вправе заявить самоотвод.

7 Специалисту предусматривается выплата вознаграждения за его участие в производстве по делу (ч. 2 ст. 131 УПК).

8 Статья 164 УПК, регламентирующая общие условия следственных действий, предусматривает полномочие, т.е. право, а не обязанность следователя на привлечение специалиста к производству процессуальных действий (ст. 168 УПК).

Судебная электротехническая экспертиза производится в целях изучения работы электроустановок, причин возникновения в них аварийных режимов. Она относится к инженерно-техническим исследованиям. Этот вид экспертиз производится в целом несколько реже, чем остальные виды инженерно-технического анализа. Электротехническая экспертиза, как следует из ее названия, исследует любые инженерные объекты, так или иначе включающие в себя электрические компоненты.

Объектом исследования могут быть электрические сети или предметы электрического оборудования, как бытового, так и промышленного. Перечисленные объекты анализируются для определения причины поломок, выхода оборудования из строя, факторов, приведших к аварии, и так далее.

Иначе говоря, судебная электротехническая экспертиза с привлечением эксперта и специалиста производится в целях изучения работы электроустановок, причин возникновения в них аварийных режимов. К подобной экспертизе прибегают по инициативе суда, представителя следственного органа или сотрудника МЧС для того, чтобы на основании выводов электротехнической экспертизы определить возможного виновника произошедших событий, связанных с поломкой электросети или электрического оборудования. Спектр конкретных видов анализа, проводимого в рамках электротехнической экспертизы, экспертиза электрооборудования весьма широк. Он включает в себя различные направления деятельности эксперта и специалиста.

Электротехническая экспертиза и привлечение специалиста на производстве. На производстве осуществляется электротехническая экспертиза электросетей и производственного оборудования. Если произошел несчастный случай, причина которого была в неисправности любого электрического прибора, для установления виновных лиц проводится специальное исследование. Также на производстве прибегают к электротехнической экспертизе в случаях, когда из-за аварии электросети на продолжительное время остановился производственный процесс, вследствие чего предприятие понесло серьезные убытки. Чтобы определить, была ли вызвана авария конечным потребителем (то есть предприятием) или поломка произошла по вине владельца электросети или управляющего ею, проводят экспертизу. Также экспертиза может определить причину неполадок в работе оборудования – вызваны ли они ненадлежащей эксплуатацией или допущены непосредственно при сборке на фабрике. Особенно часто к электротехнической экспертизе прибегают в случаях, когда неполадки в работе оборудования и вызванные ими аварии повлекли за собой значительные человеческие жертвы. Экспертизе подлежат следующие виды промышленного оборудования:

1 Электротехническое оборудование – трансформаторы, светотехника, кабельные системы, электродвигатели, инверторы, насосы. Исследуются основные параметры сетей, допустимая нагрузка, устойчивость систем при допустимых колебаниях.

2 Электроуправляемая транспортная техника – погрузчики, перевозчики, конвейерные ленты для перемещения грузов. Анализируются причины поломок и возникновения дефектов.

3 Промышленное оборудование – линии для производства товаров, конвейерные производственные ленты, штамповочная техника, станки, роботизированное промышленное оборудование и пр. Определяется, были ли поломки вызваны ненадлежащей эксплуатацией оборудования. Также выявляются другие причины поломок и неисправностей.

4 Холодильное оборудование – промышленные холодильники, морозильники, холодильные камеры и цеха, холодные комнаты. Исследуются наличие внутри холодильных приборов определенной температуры, причины поломок, допустимость нагрузок и т.д.

В качестве примера рассмотрим следующий случай привлечения эксперта и специалиста. Одна организация покупает у другой силовой трансформатор, устанавливает его на имеющуюся у них подстанцию, подключает, соблюдая все требования ПУЭ. Через некоторое время в офисном здании, а также в подсобных помещениях данной организации выходит из строя все электрооборудование. При первичном установлении причины оказалось, что «отгорела» одна из фаз на трансформаторе со стороны высшего напряжения. Организация, купившая трансформатор, подает в суд на возмещение ущерба организацией, продавшей трансформатор. Назначается электротехническая экспертиза. Заключение эксперта приводим практически дословно. В результате обрыва фазы «В» внутри трансформатора провод от нее стал «гулять» по внутреннему пространству трансформатора, замыкаясь то на фазу «А», то на фазу «С». И как результат – выход из строя всего электрооборудования, подключенного со стороны низшего напряжения. В дальнейшем по настоянию адвоката к расследованию был привлечен специалист. Заключение специалиста сводилось к тому, что обмотки трансформатора со стороны низшего трансформатора соединяются по схеме «звезда с нулевым проводом». Нулевой провод заземляется на контур, сопротивление которого не должно превышать 4 Ом («глухозаземленная нейтраль»). Одно из основных назначений нулевого провода – выравнивание напряжения по фазам при несимметричной нагрузке. Следовательно, однофазные приемники должны были работать, как работали, а у трехфазных приемников должна была сработать защита – отключение последних от сети. И, как дополнение, специалист заметил, что при замыкании фаз со стороны высшего напряжения

трансформатор должны отключит плавкие предохранители с высокой стороны³²¹.

Электротехническая экспертиза в быту. Электротехническую экспертизу проводят и в отношении бытовых приборов. Это связано с увеличившимся количеством продаж приборов ненадлежащего качества и, как следствие, большим количеством несчастных случаев в быту, связанных с использованием бытовых электрических приборов. Перечень устройств, подлежащих электротехнической экспертизе, довольно большой и расширяется с каждым днем. Вот основные категории бытового оборудования, подлежащего анализу:

1 Компьютеры. Является одним из наиболее популярных видов исследований. Компьютеры сопровождают практически все сферы деятельности человека. В бытовом отношении компьютерная техника может присутствовать в жизни человека как в виде простенького планшета, так и в виде мощных систем, состоящих из нескольких машин, управляющих большими объектами – например, системы типа «Умный дом», регулирующие жизнь целого коттеджа. Экспертиза определяет соответствие купленного компьютера характеристикам, заявленным в сопроводительной документации. Проверяется быстродействие, наличие указанных объемов памяти (постоянной и оперативной), соответствие других деталей техническим характеристикам.

2 Оборудование домашних прачечных. Стиральные, сушильные и гладильные машины проверяются для выявления причин появления дефектов и отказа техники от работы. Устанавливается, были ли поломки вызваны ненадлежащей эксплуатацией прибора.

3 Оборудование, предназначенное для просмотра видеоматериалов и прослушивания аудиофайлов. Установки для прослушивания музыки, большие hi-fi системы анализируются на предмет соответствия заявленным характеристикам. Также исследуются причины поломок и ненадлежащего звучания или искажений при показе изображения.

4 Кондиционеры. Агрегаты, предназначенные для охлаждения воздуха и регуляции микроклимата в помещении, приобретают все большее значение в жизни современного города. Будучи весьма дорогими при покупке и в эксплуатации, подобные механизмы должны быть надлежащего

³²¹ URL: <http://www.job-mo.ru/e/307552/> Центр по проведению судебных экспертиз и исследований АНО «Судебный эксперт» (дата обращения: 15.01.2016).

качества и долговечны в использовании. При несоблюдении этих требований владельцы могут инициировать судебное разбирательство по вопросу возмещения средств, потраченных на некачественное оборудование. При разбирательстве по подобным делам прибегают к электротехнической экспертизе.

5 Холодильное оборудование. Экспертизе могут быть подвергнуты холодильники, морозильные камеры, специализированные холодильные шкафы (для косметики, вина, сигар и т.д.), миниатюрные и переносные холодильники. При исследовании проверяется, работает ли оборудование должным образом и поддерживается ли внутри холодильного прибора заявленная температура. Кроме того, анализируются причины возникновения дефектов, поломок, отказов от работы.

6 Мобильные телефоны. Еще один повсеместно используемый вид электронных приборов. В случае ненадлежащей работы анализируются причины поломок, место производства, работа программного обеспечения.

7 Фотоаппараты. Традиционная форма инженерно-технической экспертизы. Ранее исследованию подвергались зеркальные фотоаппараты с ручным спуском. С появлением цифровой фототехники этот вид анализа тоже был отнесен к электротехническим исследованиям. При экспертизе фотоаппаратов проверяется, работает ли должным образом каждая из функций фотоаппарата. Также проверяется цельность матрицы фотоаппарата. Матрица, на которой запечатлевается снимок, состоит из пикселей. Техническими нормами предписано определенное количество неисправных, так называемых «битых» пикселей в матрице. Битые пиксели неспособны отображать цвет, поэтому программное обеспечение фотоаппарата автоматически заменяет данные о цвете данной точки на основании анализа цвета соседних пикселей. Понятно, что при большом количестве неисправных пикселей в матрице качество конечного изображения сильно страдает. Электротехническая экспертиза фотоаппаратов также проверяет, не превышает ли количество неисправных пикселей в матрице допустимого значения.

8 Другая бытовая техника. Экспертизе также подлежат пылесосы, посудомоечные машины, системы принудительной вентиляции и прочие бытовые приборы. Они исследуются на предмет установления причины поломки³²².

³²² URL: <http://www.job-mo.ru/e/307552/> Центр по проведению судебных экспертиз и исследований АНО «Судебный эксперт» (дата обращения: 15.01.2016).

Задачи, которые решает электротехническая экспертиза. Электротехническая экспертиза предназначена для определения причин поломки или выхода из строя электросетей или электрооборудования. Электротехническая экспертиза решает задачи диагностического характера:

- технические характеристики исследуемой установки или отдельных ее элементов;

- выяснение причин, по которым электроустановка, электрическая сеть неисправна или находится в аварийном состоянии;

- установление причин неисправности: нарушена технология изготовления; нарушены правила эксплуатации; иные причины;

- электропроводка, кабельная продукция и их параметры, соответствие сечения потребляемой мощности, характеристики изоляции и их соответствие классу нагревостойкости;

- степень соответствия, характеристика устройства электрозащиты (плавкого предохранителя, автоматического выключателя) требованиям правил устройства электроустановок (ПУЭ);

- токовые нагрузки на кабельные изделия на отдельных участках электросети при штатных режимах работы. Работа отдельных участков электросети в режиме токовой перегрузки;

- изучение устройств электротехнической защиты на предмет наличия в них переделок и модификаций. Заключение специалиста по поводу переделок и модификаций;

- изучение состояния, работы и соответствия ПУЭ устройств молниезащиты и заземления;

- анализ и ответ на вопрос, имеются ли на представленных вещественных доказательствах признаки аварийных явлений (оплавления, следы токовой перегрузки, короткого замыкания и т.п.);

- анализ механизма возникновения аварийной ситуации в электроустановке и заключение эксперта и специалиста;

- заключение эксперта и специалиста по поводу срабатывания устройства электрозащиты при аварийном режиме электроустановки, а если не сработало, то чем это вызвано;

- заключение эксперта и специалиста по вопросу разрушения плавкой вставки предохранителя;

- заключение эксперта и специалиста по схеме подключения нагрузки к электросчетчику.

Правовая база электротехнической экспертизы. Электротехническая экспертиза относится к разряду инженерно-технических экспертиз и наравне с ними может проводиться в том числе и негосударственными организациями, имеющими сотрудников, обладающих необходимыми знаниями и достаточным уровнем компетенции. Это положение регламентировано Статьей 41 Федерального закона от 31 мая 2001 г. №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», в которой обозначено, что судебная экспертиза может проводиться не только в государственных организациях судебно-экспертного характера, но и другими лицами, имеющими специальные знания в соответствующей области.

Для решения поставленных вопросов необходимо представлять на исследование следующие материалы и документы:

1 Определение суда о назначении экспертизы или заявление (для организаций и частных лиц).

2 Материалы дела, в которых изложены технические характеристики исследуемых объектов и иная информация об объектах исследования.

3 Документы, отражающие состояние объекта исследования, различные процессы, происходящие с ним и дающие дополнительную информацию о нем (сертификаты, удостоверения о качестве, технические паспорта, правила по эксплуатации, гарантийные талоны, претензионные материалы, процессуальные документы и т.п.).

4 Образцы для сравнительного исследования для изучения экспертом.

5 Заключение эксперта, если к делу подключается специалист.

Научное издание

Александр Викторович Чарыков

Виктор Иванович Чарыков

**ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ИНСТИТУТА ЭКСПЕРТА И СПЕЦИАЛИСТА
В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ**

Монография

Редактор Н.М. Быкова

Подписано в печать 23.08.16

Формат 60x84 1/16

Бумага 80 г/м²

Печать цифровая

Усл. печ.л. 11,31

Усл.-изд. л. 11,31

Заказ № 136

Тираж 60

Редакционно-издательский центр КГУ.

640000, г. Курган, ул. Советская, 63/4.

Курганский государственный университет.