

мо решения столь важного практического вопроса. В связи с чем в последнюю редакцию ГК РФ¹² включена новелла — ст. 450¹, положениями которой предусмотрена сама возможность и установлен механизм реализации права на отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору. Также с 1 июня 2015 г. признан утратившим силу п. 3 ст. 450 ГК РФ, предусматривавший следующее: в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным. Анализ проекта изменений ГК РФ свидетельствует о существенном ре-

формировании института отказа от исполнения договора, что требует более пристального дальнейшего научного осмысления и детальной регламентации практики применения указанных норм судами.

В связи с этим особая роль Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ заключается в формировании судебной практики применения новелл ГК РФ. Коллегия в силу ч. 1 ст. 291¹¹ АПК РФ вправе исправить допущенное нижестоящими судами нарушение норм материального и процессуального права, если оно повлияло на исход дела и без его устранения невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

¹² См. Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ.

Библиографический список

- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. 4-е изд. М., 2002.
- Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007.
- Кузнецов Д. В. Расторжение договора и отказ от договора в гражданском законодательстве // Право и экономика. 2004. № 9.
- Оболонкова Е. В. Односторонний отказ от исполнения обязательства: науч.-практ. исследование. М., 2010.
- Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В. В. Витрянский, В. С. Ем, Н. В. Козлова и др.; отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. Т. 2: Обязательственное право. М., 2011.
- Толстой В. С. Понятие и значение односторонних сделок в советском гражданском праве. Труды. Т. V (статьи аспирантов). ВЮЗИ. М., 1966.

Заключение и показания специалиста в уголовном процессе

СЕЛИНА Елена Викторовна, доцент, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Российского университета дружбы народов 117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6
E-mail: elena_selina@bk.ru

В статье рассмотрен новый вид доказательств в уголовном процессе — заключение и показания специалиста. В отношении этого вида доказательств в законе и на практике по-прежнему много пробелов. Области получения по одному и тому же заданию заключений экспертов и специалистов совпадают в части так называемых экспертиз по материалам дела, при этом материалы представлены копиями или выдержками из них, когда в материалах важно именно их текстовое содержание. По вопросам и материалам, по которым может быть да-

но заключение специалиста, всегда может быть дано заключение эксперта. Но далеко не по всем вопросам и материалам, по которым может быть дано заключение эксперта, может быть дано заключение специалиста. Заключение эксперта, основанное на содержании документов (материалов дела), равнозначно заключению специалиста, основанному на копиях материалов уголовного дела. Специалист, приглашенный защитником для изучения уголовного дела, может с разрешения судьи провести краткое исследование при помощи переносного оборудования, если это не повредит изучаемым материалам. Акты обследований на полиграфе, произведенных приглашенным защитником специалистом на добровольной основе для обследуемых лиц, могут рассматриваться как заключения специалистов на основе распространения понятия «неустранимые сомнения» на этот малоисследованный информационный канал, а в связи с этим – на устанавливаемые при его помощи обстоятельства. Применение адвокатом собственных специальных познаний невозможно, если необходима интерпретация общеизвестных специалистам обстоятельств в контексте обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Ключевые слова: специалист, заключение, полиграф, обследование, исследование, адвокат, суд, следователь, методика.

Expert Opinion and Evidence in Criminal Proceedings

E. V. SELINA, doctor of legal sciences, associate professor
Peoples' Friendship University of Russia
6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198
E-mail: elena_selina@bk.ru

Expert opinion and evidence is a new kind of evidence in criminal proceedings. There are still a lot of gaps regarding the expert's opinion in law and in practice. The expert invited by the defender for the criminal case study, conducts a short survey using portable equipment, if it does not damage the materials under study. This requires the judge's permission. Polygraph testing is carried out by a specialist. The expert can check everything that is available for public inspection: streets, buildings, countryside. The defender can announce in court the information obtained on the expert's advice.

Keywords: expert, opinion, polygraph testing, research, lawyer, court, investigator, methodology.

DOI: 10.12737/16644

Заключение и показания специалиста — один из видов доказательств, дополнивший их традиционно консервативный перечень для уголовного судопроизводства в 2003 г. Цель дополнения Уголовно-процессуального кодекса РФ данным видом доказательства никогда не вызывала дискуссий в научном сообществе: необходимо расширение возможностей стороны защиты в состязательном процессе, и особенно предоставление ей права на процессуальные действия, альтернативные проведению судебной экспертизы. Е. Б. Мизулина использует для этой новеллы сравнение с экспертным заключением: «В докладе... есть очень разумные предложения относительно законодательных инициатив... о включении защитников в число субъектов доказывания,

ибо сегодня экспертиза, полученная адвокатом, не равна экспертизе, полученной обвинителем»¹.

Однако экспертиза защитнику недоступна. Области получения по одному и тому же заданию (одним и тем же исходным материалам и вопросам) заключений экспертов и специалистов совпадают лишь отчасти. В случае такого совпадения на первый план выходит неполнота возможностей, которые дает уголовно-процессуальная регламентация получения и использования заключения специалиста: задание не фиксируется в уголовно-процессуальном документе, специалист в от-

¹ Выступление Елены Мизулиной (О деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации). URL: <http://www.elenamizulina.ru/work>.

личие от эксперта не предупреждается об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, поскольку таковая для него не предусмотрена действующим Уголовным кодексом РФ.

Закон подробно не раскрывает отличие заключений эксперта и специалиста. Этот вопрос рассматривается в основном в теории уголовного процесса.

За экспертизой поначалу закрепился термин «исследование» (ст. 80 УПК РФ), но в процедуре дознания в сокращенной форме этот термин используется и для обозначения результатов деятельности специалиста, составившего свое заключение (п. 3 ч. 3 ст. 226⁵ УПК РФ). Законодатель тем самым соединил понятие «предварительное исследование», предваряющее экспертизу (ранее считалось, что оно завершается «справкой об исследовании»), и термин «заключение специалиста». Но значение последнего, которое ему придано в ст. 80 УПК РФ, было тем самым искажено.

Как предполагалось, «исследование» означает предметную деятельность, в ходе которой можно «потрогать вещь руками, разобрать ее, проникнуть в недоступное глазу», исследовать объекты с применением оборудования, препаратов и проч. В отношении заключения специалиста этого не полагалось ввиду необходимости создания единых условий централизованного процессуального режима для вещественных доказательств и иных сложно исследуемых объектов, требующих сохранения. Предусматривалось, что специалист только отвечает на вопросы, поставленные перед ним судом и сторонами, т. е. мысленно анализирует фактические положения, « витающие в воздухе », о которых « все знают ». Если бы ответы специалиста представляли собой не « суждение » (т. е. профессиональную интерпретацию), а констатацию фактов, общеизвестных специалистам данной области знаний, то эти

ответы составили бы справку специалиста (но не справку об исследовании), а не его заключение. « Витающими в воздухе », общеизвестными или широко известными могут быть опубликованные материалы, подлежащие автороведческой экспертизе, опубликованные данные (например, в социальных сетях) о поведении конкретных лиц для психологической посмертной экспертизы. Доступными могут оказаться данные для оценочной экспертизы в отношении товаров, находящихся в свободной продаже.

Подчеркнем, что цель введения в закон нового вида доказательств — заключения специалиста — максимально наделить защитника полномочиями, равными назначению судебной экспертизы (альтернативной экспертизы) следователем, дознавателем, судом. Защитнику доступны копии материалов уголовного дела, которые он вправе снимать при ознакомлении с этими материалами. Поэтому первый комментарий нового вида доказательств был акцентирован на том, что заключение специалиста — это заключение по материалам дела, равнозначное заключению эксперта, составленному также исключительно по материалам уголовного дела. Но, к примеру, следующий случай из апелляционной практики Верховного Суда РФ показывает недостаточность названного критерия.

В суде защитник привел доводы о том, что фамилия следователя Л-ва была допечатана в постановление о расследовании данного дела следственной группой намного позже, чем это постановление было вынесено, и о признании на этом основании недопустимыми всех полученных с участием следователя Л-ва доказательств.

Судом исследовалось представленное адвокатом, составленное по его заказу заключение специалиста, в качестве свидетелей допрошены следователи Л-в и Ш-в, являвшийся руководителем следственной

группы, об обстоятельствах создания следственной группы и участия в ней следователя Л-ва. Исследованы оспариваемое постановление, в котором следователь Л-в указан как входящий в следственную группу, и аналогичное постановление, содержавшееся в надзорном производстве и представленное государственным обвинителем для сравнения; допрошен следователь С-в, пояснивший, что указанное постановление находилось в деле в том виде, в каком оно и подшито в нем в настоящее время, а также что копии материалов дела при ознакомлении с ним защитники снимали на своем оборудовании без его участия. Помимо этого, судом по ходатайству адвоката с соблюдением требований закона была назначена судебно-техническая экспертиза указанного постановления. Согласно выводам эксперта, который допрошен в судебном заседании, им не установлено элементов допечатки в тексте постановления.

Судом признано убедительным мнение эксперта о том, что для ответа на вопрос: имела ли место допечатка, выполненная в иное, чем остальной текст, время, светокопий документа недостаточно. Необходимо наличие оригинала этого документа. Ответ на вопрос о времени изготовления документов может быть дан в относительно короткий период времени после изготовления оригинала документа.

Выводы же специалиста, содержащиеся в соответствующем заключении, представленном стороной защиты, сделаны по светокопиям постановления, представленным специалисту стороной защиты, без исследования его подлинника. При этом с достоверностью не представляется судить об условиях и обстоятельствах изготовления указанных светокопий².

² См. апелляционное определение ВС РФ от 27 марта 2014 г. по уголовному делу № 58-АПУ14-13.

В данном случае до назначения судебно-технической экспертизы интересующее адвоката постановление не являлось ни объектом сравнительного криминалистического исследования, ни вещественным вспомогательным доказательством, а значит, не подлежало особой упаковке и хранению в особом режиме, закрывающем доступ к нему сторонам, в том числе защитнику. В качестве материалов для исследования по вопросам наличия допечатки светокопии не подходят. Это исследование не может производиться по материалам дела, поскольку охватывает как раз предметную деятельность.

Экспертиза давности составления документа использует органолептические (визуальный анализ и оценка внешних параметров документа — фактуры, блеска, цвета и др.), микроскопические, фотографические, компьютеризированные, химические и физико-химические методы исследования. Многие из этого возможно на основе экспресс-исследования на компактном оборудовании. То есть, если бы защитник пригласил специалиста в суд для участия в ознакомлении с материалами дела, переданными для этого защитнику в соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, специалист мог бы конкурировать с будущим экспертом, поскольку рассматривал бы не светокопии, а подлинник документа.

Мысль об экспресс-исследовании была заложена в УПК РСФСР 1960 г. в части регламентации производства судебной экспертизы в судебном разбирательстве. Считалось, что по установленному порядку эксперт выходит в соседнюю комнату, проводит исследование и возвращается в зал судебного заседания, где его ожидают участники этого заседания. Действующий УПК РФ не содержит правил приостановления производства по уголовному делу в суде на период проведения экспертизы. Но такое приостановление производится в практике, поскольку большин-

ство экспертиз очень продолжительны. Но ведь возможны и экспресс-исследования.

Для работы специалиста, дающего заключение, подходят задания, в которых возможно обойтись переносным компактным оборудованием и органолептическими методами; нет риска повреждения или уничтожения объектов исследования; нет необходимости изъятия документа из подшивки в уголовном деле.

Думается, на такое совместное со специалистом изучение материалов дела защитник должен получить разрешение судьи.

Отметим, что заключение специалиста отличает от экспертного заключения не его исключительная основанность на копиях материалов (хотя это и преимущественный, но не всеобъемлющий признак), а доступность организации выполнения специалистом поставленного задания для защитника, включая и действия, производимые с разрешения судьи.

Заключение специалиста может быть основано и на других доступных защитнику объектах обследования. Это может быть и «открытое место» — фасад здания, проезжая часть, поле, лес (почва, растения) и т. п. Возможно и добровольное участие доверителя этого адвоката (подозреваемого, обвиняемого, лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении, лица, уголовное преследование в отношении которого прекращено). Например, обследования на полиграфе, согласно позиции Верховного Суда РФ, не могут рассматриваться в качестве экспертных исследований. Но возможно рассматривать их как работу специалиста, который в результате составляет свое заключение.

Так, по делу Ш-ва Верховный Суд РФ указал: «Из приговора подлежат исключению ссылки суда на использование в качестве доказательств психофизиологических исследований показаний У-ва и Н-ва

в ходе предварительного следствия, как не соответствующих требованиям, предъявляемым к экспертным заключениям»³.

Верховный Суд РФ при этом не уточнил, каким признакам заключения эксперта акты психофизиологических исследований не соответствуют. Гносеологически это не могут быть признаки, отличающие заключения экспертов от заключений специалистов, поскольку с точки зрения теории познания компетенция специалиста, дающего заключение, полностью поглощается компетенцией эксперта во всех отношениях: задании, исходных данных, методике.

Иными словами, по вопросам и материалам, по которым может быть дано заключение специалиста, всегда может быть дано заключение эксперта. Но далеко не по всем вопросам и материалам, по которым может быть дано заключение эксперта, может быть дано заключение специалиста. Заключение специалиста как интерпретирующий источник содержит менее овецированную информацию, но оно при этом также является самостоятельным источником доказательств. В судопроизводстве отдельные виды доказательств различаются между собой не по качеству достоверности информационного канала (которая не имеет степеней, а всегда должна быть абсолютной), а по отнесению к определенной сфере получения информации. В данном случае заключение специалиста отличается лишь признаком доступности для собирания стороной защиты. Следует признать, это единственный случай выделения вида доказательства по признаку, не имеющему гносеологического содержания. Отсюда все сложности, связанные с заключением специалиста.

³ Апелляционное определение ВС РФ от 4 октября 2012 г. по уголовному делу № 34-012-12.

И все же Верховный Суд РФ не указал на ненаучность, недостаточную достоверность обследования при помощи полиграфа, а установил лишь, что заключение не является экспертным. Думается, аргумент в пользу использования актов обследований на полиграфе в качестве заключений специалистов сохранится в признаке принадлежности этих заключений к средствам доказывания со стороны защиты: неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого (презумпция невиновности). Неустранимые сомнения, безусловно, относятся к обстоятельствам, имеющим значение для правильного разрешения уголовного дела. Но, думается, возможно распространение понятия «неустранимые сомнения» и на малоисследованные информационные каналы (средства доказывания), а в связи с этим — на устанавливаемые при их помощи обстоятельства. К такому выводу приводит и формулировка, избранная Верховным Судом РФ.

Защитник, как и следователь (дознатель), в случаях необходимости в специальных познаниях, не требующих назначения судебной экспертизы, вправе пригласить специалиста, а также проконсультироваться у сведущих лиц вне процессуальных действий и самостоятельно сослаться на обстоятельства, общеизвестные специалистам.

Однако в практике это может быть осложнено подбором не вполне соответствующих формулировок. По одному из уголовных дел Верховный Суд РФ указал: «Доводы защитника о том, что суд выводы о данных обстоятельствах построил на недопустимых доказательствах, поскольку сведения о рыночной стоимости квартир не соответствуют Федеральному закону от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации», не могут быть приняты во внимание, поскольку понятие допустимости характеризует законность способа

получения доказательства, а не его содержание, которое должно отвечать критериям достоверности и отнесенности.

Федеральный закон «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» не регулирует вопросы допустимости доказательств в уголовном процессе. Судом вышеуказанные сведения о рыночной стоимости квартир оценены как достоверные, доводы стороны защиты направлены на переоценку достоверности доказательств, для чего Судебная коллегия оснований не усматривает»⁴.

Оценочная деятельность относится к сфере применения специальных познаний. Хотя Уголовно-процессуальный кодекс РФ и не содержит обширного перечня случаев обязательного применения специальных познаний, общепризнано, что оценка имущества должна совершаться сведущим лицом.

Если бы для сообщения доводов, в пользу которых адвокат в рассмотренном случае сослался на названный выше Федеральный закон, был привлечен специалист, то на первый план вышли бы методические положения, которые оспаривались адвокатом, а не сопоставление УПК РФ и другого федерального закона в вопросах допустимости доказательств. Использование законов или иных нормативных актов (инструкций, стандартов и правил) специалистом на уровне доказательственной полемики уже бы и не вышло. В принципе удачно подобранные аргументы адвоката должны также достигать своей цели. И все же следует отметить, что обращение к специалисту в таком случае содействует процессу установления истины. Применение адвокатом собственных специальных познаний нецелесообразно еще и потому, что от адвоката (как и от следователя, прокурора, дознавателя

⁴ Апелляционное определение ВС РФ от 1 июля 2014 г. по уголовному делу № 46-АПУ14-19.

ля, суда) не могут исходить доказательств. Если сообщением фактов, общеизвестных специалистам, задача не ограничивается и необходима интерпретация этих обстоятельств в контексте обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, то должно быть составлено заключение специалиста, которое по закону является доказательством, хотя зачастую его содержание составляет акт интерпретации, в том числе имеющегося в уголовном деле заключения эксперта. Данная интер-

претация — тоже сведение о факте, интересующем судопроизводство, но сведение интерпретационного характера.

Итак, заключение специалиста введено в уголовный процесс в целях расширения возможностей стороны защиты по доказыванию в состязательном процессе. Введение в процесс заключения специалиста — единственный случай выделения вида доказательства по признаку, не имеющему гносеологического содержания. Отсюда все сложности, связанные с заключением специалиста.

Библиографический список

Выступление Елены Мизулиной (О деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации). URL: <http://www.elenamizulina.ru/work>.

