

адвоката (выделено автором)». То есть в случае, если адвокатское образование разместит отзывы своих доверителей о работе данного адвокатского образования, это не будет попадать под этический запрет.

Литература

1. Богданова И.С. К вопросу о допустимости «рекламы» адвокатской деятельности / И.С. Богданова // Адвокат. 2012. № 8. С. 20–25.
2. Бородин С.В. Парижская адвокатура: новые положения о рекламе адвокатов (перевод Внутреннего регламента Парижской коллегии адвокатов 1971 г.) / С.В. Бородин // Реклама и право. 2014. № 2. С. 21–25.
3. Иванов А.В. Реклама адвокатской деятельности / А.В. Иванов // Профессия юрист. 2014. № 13. С. 11, 14.
4. Мельниченко Р.Г., Козлов А.М. Нужна ли реклама адвокатам? / Р.Г. Мельниченко, А.М. Козлов // Адвокат. 2004. № 12. С. 18–20.
5. Мельниченко Р.Г. Не хвались доверителем своим / Р.Г. Мельниченко // Новая адвокатская газета. 2017. № 1 (234). С. 8.
6. Мишулин Г.М., Яцковский С.В., Хачатурян К.Э. Законодательство о рекламе: проблемы и методологические аспекты их преодоления / Г.М. Мишулин, С.В. Яцковский, К.Э. Хачатурян // Реклама и право. 2011. № 1. С. 1.
7. Мозолев В.В. Миф о рекламе адвокатских услуг / В.В. Мозолев // Реклама и право. 2006. № 2. С. 45–46.

Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: гносеологический аспект

Соловьев Сергей Александрович,
адвокат, управляющий партнер
адвокатского бюро города Москвы «Сословие»
soloviev@soslovie-ab.ru

В работе раскрываются отдельные элементы гносеологических концепций с точки зрения их применения к оценке судом заключения эксперта и заключения (суждения) специалиста. На примерах судебной практики анализируются логические и предметные ошибки, ставшие возможными в связи с излишне широкими дискреционными полномочиями суда при оценке сложных по элементу познания объектов.

Ключевые слова: уголовный процесс, суд, защитник, судебный эксперт, специалист, методы познания, дискреционные полномочия суда.

Limits of Judicial Discretion at Evaluation of Expert Findings and Specialist Opinion: Gnoseological Aspect

Solovyev Sergey A.,
Attorney, Managing Partner of the SOSLOVIE Moscow Law Firm

The article reveals epistemological concepts individual elements in terms of its application to the Court's estimation of expert and proficient conclusion (opinion). Logical and objective faults (errors), which caused by Court's unnecessarily broad discretionary powers in

appraising complicated objects based on perception methods, are being examined through jurisprudence.

Key words: criminal procedure, court, criminal-defense attorney, legal expert, proficient, perception methods, discretionary powers.

Пока эксперт в зале суда один, он неуязвим, хотя бы говорил вздор. Дайте ему противника — речения оракула превратятся в самолюбивый спор.

П. Сергеич¹

Очевидное несовершенство уголовно-процессуальной регламентации присутствия в орбите уголовной юстиции фигуры специалиста отмечается большинством российских ученых-процессуалистов². Причем это несовершенство обусловлено именно наличием формально-логических противоречий, которые, говоря языком Ю.В. Францифорова, «представляют собой внутренние противоречия уголовно-процессуального права, имеющие субъективную природу и вытекающие из логических ошибок при создании уголовно-процессуальных норм»³.

Однако объективное существование этих противоречий и их признание научно-практическим сообществом, профессионально трудящимся на ниве уголовного процесса России, не снимают практической каждодневной задачи судебного сообщества по необходимости познания и оценки сведений, представляемых специалистами и экспертами при рассмотрении уголовных дел по существу.

¹ См.: Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула: Автограф, 1998. С. 191, 192.

² См. Давлетов А.А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы. URL: http://www.juristlib.ru/book_2777.html; Орлов Ю.К. Специалист в уголовном процессе // Российская юстиция, 2004. № 1. С. 12–26; Чеботарева И.Н. К вопросу о праве защитника привлекать специалиста. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства России // Сборник научных статей, посвященных 15-летию кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета. Курск, 2010. С. 110–118; Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК // Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004. С. 153–164.

³ См.: Францифоров Ю.В. Противоречия уголовного процесса: учебное пособие. М.: Приориздат, 2006. С. 76.

Важным элементом здесь является именно познание, так как суды при сегодняшней доктрине уголовно-процессуального права освобождены от доказывания и, выполняя роль арбитра в споре обвинения и защиты, в большей степени занимаются именно познавательной деятельностью, которая во взаимосвязи с практикой выступает формированием знания, необходимого для отправления правосудия и разрешения конкретного уголовного дела.

В этой связи важным моментом для качественного исполнения судьей своих обязанностей является синтез элемента познания и дискреционных полномочий судьи с установлением критериев достоверности и достаточности применительно непосредственно к заключению эксперта и суждению специалиста.

Практическое правоприменение ставит перед его пользователями массу вопросов. При каких обстоятельствах мнение специалиста, пусть даже в форме суждения, должно быть услышано судом? Какое количество его доводов должно перейти в качество, реализуемое в проведении по делу повторной или дополнительной экспертизы? Существуют ли безусловные для суда основания, при которых заключение эксперта, мотивированное оспоренное приглашенным стороной специалистом, будет являться недопустимым доказательством?

При этом хочу сразу отметить, что автор не сторонник тенденции придания суждениям специалиста доказательственного значения. Здесь я полностью поддерживаю позицию профессора С.А. Шейфера об опасности размывания грани между заключением эксперта и заключением специалиста⁴. Однако практика в то же время показывает, что отношение суда к заключению эксперта, как к чему-то незыблемому и априорно достоверному, может влечь за собой куда более существенные ошибки

⁴ См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования: монография. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2014. С. 170.

в отправлении правосудия, нежели более внимательное отношение суда к позиции стороны по делу, подкрепленной мнением специалиста⁵.

В конце концов все действия суда как арбитра в уголовно-правовом споре направлены на то, чтобы на основании представленных доказательств вынести законное, обоснованное и справедливое решение (ст. 297 УПК РФ).

Сложившаяся в уголовном правоприменении тенденция очевидно свидетельствует, что в основном к помощи специалистов прибегает именно сторона защиты, что очевидно, так как органу расследования для решения специальных вопросов в науке, искусстве или ремесле дано право назначения судебной экспертизы (ч. 1 ст. 195 УПК РФ). Более того, единственным способом для стороны защиты посеять обоснованные сомнения в достоверности проведенных в ходе досудебных стадий уголовного судопроизводства экспертиз является именно получение заключения специалиста, так как никакие познания самого защитника, даже самые глубокие в том или ином вопросе, не могут являться для суда основаниями к восприятию данных утверждений как достоверных и заслуживающих внимания.

Оставляя за скобками темы данной статьи вопрос возможного злоупотребления правом со стороны защиты при привлечении специалиста, соглашусь лишь с позицией Т.Ю. Марковой о необоснованности утверждений, что договорные отношения защитника со специалистом являются безусловным свидетельством дачи им заведомо ложного заключения или суждения⁶.

В этой связи необоснованные и немотивированные элементы концепции скептического познания, применяемые судьей в

отношении мнения (суждения) специалиста, могут свидетельствовать лишь о правовом нигилизме и резком снижении профессионального уровня подготовки судей, что, по мнению В. Пастухова, составляет большую проблему российского правосудия, нежели многочисленные, но бездоказательные упреки о его «коррупционности» и «зависимости от власти»⁷, что с практической точки зрения влечет за собой переложение экспертных ошибок в судебные решения. При этом, в первую очередь, речь здесь ведется о предметных ошибках, которые, как справедливо отмечал Н.И. Кондаков, в отличие от логических ошибок, могут быть замечены и исправлены только тем, кто знаком с самим предметом, о котором идет речь⁸.

Поведенческий волевой момент стороны защиты, направленный на реализацию своего права по привлечению специалиста, как правило, имеет под собой некие безусловные фактические обстоятельства, заставляющие защитника для большей убедительности и достоверности своей позиции обращаться к помощи специалистов. Такая профессиональная активность защитника, по нашему мнению, в принципе не может оставаться без надлежащего внимания суда, так как в противном случае вся защитительная деятельность может превратиться в юридическую фикцию, когда любой поведенческий акт защиты будет восприниматься судом скептически и не будет приниматься во внимание.

В этой связи полагаю вполне целесообразным было бы сужение границ дискреции судьи при оценке заключения (суждения) специалиста и при проведении сравнительного анализа между выводами специалиста и выводами, имеющимися в заключении экспертов. П. Сергеевич метко подметил, что сведущие люди редко бывают вполне согласны между собой⁹, однако это не должно быть основанием к категорическому неприятию тех суждений, которые заявляются специалистом в зале суда.

⁵ Профессор Смирнов А.В. в своем выступлении на Всероссийской научно-практической конференции 20–21 марта 2015 г. в г. Санкт-Петербурге на тему «Справедливость и равенство в уголовном судопроизводстве» привел цифры, в соответствии с которыми доверие судей заключениям судебных экспертиз, представленных следователями и дознавателями, составляет 77,5 %, что является веским подтверждением позиции автора статьи.

⁶ Маркова Т.Ю. Некоторые проблемы использования в уголовном процессе заключения специалиста. URL: http://www.juristlib.ru/book_4793.html

⁷ См.: Пастухов В. Российское правосудие: «отделение от власти» // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49). С. 120.

⁸ См.: Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. 2-е изд. М.: Наука, 1975. С. 273.

⁹ См.: Сергеев П. Указ. соч. С. 192.

Так, по одному из дел, слушавшемся по существу в Московском окружном военном суде¹⁰, мной как защитником в процессе было представлено консультативное заключение специалиста в области почерковедения, имеющей на тот момент стаж экспертной работы по специальности более 30 лет и занимавшей до февраля 2002 года должность заведующей лабораторией судебно-почерковедческих экспертиз РФСЦЭ при Минюсте РФ. Доводы, изложенные ею в своем письменном заключении и в последствии подтвержденные в судебном заседании, явились основанием к вынесению судом постановления об исключении из числа допустимых доказательств заключения судебно-почерковедческой экспертизы, проведенной на досудебной стадии органом расследования. Поводами к такому решению суда послужили в том числе и указания специалиста в судебном заседании на грубые нарушения эксперта, методики проведения почерковедческой экспертизы, обусловленной отсутствием в распоряжении эксперта свободных образцов почерка, подвергающегося исследованию (предметная ошибка¹¹), а равно исследование экспертом ряда букв и цифр, которых нет в записях, представленных на экспертизу (деятельностные, они же, операционные ошибки¹²).

В приведенном примере сложности познания заключения эксперта были преодолены судом при помощи привлеченного стороной защиты специалиста, не позволившего суду допустить гносеологическую ошибку и положить в основу приговора не просто ошибочное, а даже ложное заключение эксперта. Вряд ли при отсутствии специалиста в судебном разбирательстве суд смог бы надлежащим образом оценить имеющееся в деле заключение эксперта, ограничившись только собственным усмотрением.

Главные признаки, по которым судьей может быть определено достоинство за-

ключения экспертов, в его внутренних свойствах, в способности и личных качествах эксперта¹³. И если способности и личные качества эксперта входят в систему логической проверки, то есть наличествует возможность их оценки без знания предмета экспертизы, то проверка внутренних свойств заключения эксперта для судей-специалистов может представлять определенные затруднения.

В ряде случаев выводы специалиста настолько вступают в противоречие с выводами «официальной» экспертизы, что могут влиять на степень достоверности установления фактических обстоятельств дела органом расследования.

Так, Калининградским областным судом осенью 2013 года с участием коллегии присяжных заседателей рассматривалось уголовное дело по обвинению М. в совершении организации умышленного убийства гражданина Ш. из автоматического огнестрельного оружия¹⁴. Автором, как защитником по делу, было обращено внимание на то обстоятельство, что на месте происшествия были обнаружены 32 гильзы разной маркировки и один патрон (по терминологии эксперта — «осечечный»). Лицо, непосредственно осуществлявшее стрельбу на месте происшествия, в своих показаниях утверждало, что магазин автомата при стрельбе им не менялся. Наличие на месте происшествия следов как минимум от 33 боеприпасов (32 гильзы + патрон), а также разной маркировки на обнаруженных гильзах позволило защите усомниться в правильности вывода эксперта относительно производства выстрелов на месте происшествия из одного экземпляра автоматического оружия.

Привлеченный защитой по делу в качестве специалиста эксперт 111 Главного Государственного центра судебно-медицинских и криминалистических экспертиз, имеющий стаж работы с 1975 года, в судебном заседании, на котором присутствовал и эксперт, давший оспариваемые

¹⁰ Архив Московского окружного военного суда. Дело № 1-0014/04 в отн. Д. и З. Из адвокатской практики автора.

¹¹ См. подробнее: Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. 528 с. URL: <http://www.studfiles.ru/preview/429751/page:12>

¹² См.: Белкин А.Р. Указ. соч. С. 12.

¹³ См.: Терновский Н.А. Юридические основания достоверности доказательств. Тула, 1901. Печатается под редакцией проф. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2007. С. 126.

¹⁴ Из архива Калининградского областного суда. Дело № 2/14-2013 в отн. М. Из адвокатской практики автора.

защитой заключения, будучи предупрежденным об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, категорично заявил, что обнаруженные на месте происшествия 32 гильзы стреляны минимум в двух экземплярах огнестрельного оружия, что обусловлено существенными отличиями в следах локализации следов боя на капсюлях гильз (в ряде гильз следы боя расположены эксцентрично с сильным смещением к краю капсюля).

Одновременно с этой предметной ошибкой специалист вслед за защитником обратил внимание и на субъективную ошибку, допущенную экспертом и выразившуюся в отсутствии исследовательской части в одном из заключений эксперта при наличии выводов по якобы проведенному исследованию.

Стоит отметить, что только последний довод послужил для суда основанием об исключении из числа допустимых доказательств заключения судебно-баллистической экспертизы и то только в части несоответствия ее выводов исследовательской части заключения.

Довод же специалиста о производстве выстрелов на месте происшествия из двух экземпляров автоматического оружия был судом отвергнут по классическим мотивам отсутствия у суда оснований сомневаться в заключении экспертизы, а также в связи с тем, что предметом исследования специалиста были лишь фотографии гильз, сделанные экспертом при производстве экспертизы, а эксперт непосредственно исследовал объекты (гильзы), что, по мнению суда, делает его заключение достоверным и допустимым доказательством.

На мой взгляд, уровень судебного усмотрения в принятом судом решении не соответствовал элементу сложности объекта познания и, в связи с этим, перестал отвечать интересам и задачам уголовного судопроизводства. Мотивированные доводы специалиста были настолько существенны для правильного установления фактических обстоятельств по делу, а реально обнаруженные профессиональные упущения эксперта были настолько очевидны, что процессуальное поведение суда, отказавшего защите в повторном исследовании гильз с места происшествия при назначенной судом повторной судебно-баллистической

экспертизы по иным объектам с места происшествия, выглядело крайне противоречиво и непоследовательно.

Л.Е. Владимиров писал, что трудное положение получается для решающего суда при разногласии одинаково компетентных экспертов¹⁵.

В приведенном примере, на мой взгляд, такой трудности для суда не имелось, так как компетенция специалиста была очевидно и существенно выше компетенции эксперта. Это выразилось и в мотивировке доводов, и в их обосновании, и в их изложении. Судебное усмотрение суда, отказавшегося принять позицию специалиста, было необоснованным.

Однако, помимо скептической концепции в оценке элементов познания судом заключения специалиста, в описанном случае можно вычленить и рационалистическую концепцию в элементе судебного познания, заключающуюся в построении судом в собственном восприятии перспективной модели развития и хода рассмотрения конкретного уголовного дела. Очевидно, что если бы доводы специалиста, изложенные в судебном заседании о том, что на месте происшествия стрельба велась не из одного, а минимум из двух автоматов, подтвердились, то рассмотрение данного уголовного дела при сформулированном органом расследования обвинении не имело бы никакой обвинительной перспективы. Одновременно с этим ставился бы под сомнение приговор в отношении непосредственного «стрелка», действовавшего на месте происшествия, и дело которого было рассмотрено в особом порядке в связи с заключенным этим лицом досудебным соглашением о сотрудничестве со следствием. Я не исключаю, что именно эти внутренние умозаключения суда, не имевшие, естественно, никаких официальных уголовно-процессуальных обозначений, могли быть главной причиной отказа в принятии доводов специалиста¹⁶.

¹⁵ См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. С. 245.

¹⁶ Здесь стоит отметить, что уголовное дело в отношении М. 21 ноября 2013 г. завершилось вынесением оправдательного вердикта присяжных заседателей и последующим вынесением 28 ноября 2013 г. оправдательного приговора Калининградским областным судом по всем эпизодам обвинения: 13 марта 2014 г. апелляция

Подводя итог, можно утверждать, что заключение эксперта и суждение специалиста имеют свою специфику с гносеологической точки зрения, обусловленную сложностью, в том числе и самого экспертного познания. Привлекаемый стороной защиты специалист не противник для непредвзятого и справедливого судьи. Он — его помощник и опора, так как только лицо, обладающее специальными познаниями, может оценить не столько формальное соответствие экспертного заключения процессуальным правилам (это может и должен сделать сам судья), но и внутреннее содержание заключения и обоснованность его выводов¹⁷.

Сужение пределов судебного усмотрения при оценке проведенных по делу на досудебной стадии экспертиз, а равно полученных стороной защиты заключений (суждений) специалистов по вопросам науки, ремесла или искусства, поможет избежать судебных ошибок, обусловленных, в первую очередь, возможными гносеологическими и операционными ошибками самих экспертов, на которые судье своевременно может указать привлеченный по делу специалист.

Литература

1. Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве / А.Р. Белкин. М., 2005. 528 с. URL: <http://www.studfiles.ru/preview/429751/page:12/> (дата обращения: 18.08.2015).
2. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах / Л.Е. Владимиров. Тула : Автограф, 2000. 464 с.
3. Давлетов А.А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы / А.А. Давлетов. URL: http://www.juristlib.ru/book_2777.html
4. Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник / Н.И. Кондаков. 2-е изд. М. : Наука. 1975. 720 с.
5. Маркова Т.Ю. Некоторые проблемы использования в уголовном процессе заключения специалиста / Т.Ю. Маркова. URL: http://www.juristlib.ru/book_4793.html
6. Орлов Ю.К. Специалист в уголовном процессе / Ю.К. Орлов // Российская юстиция. 2004. № 1. С. 12–26.
7. Пастухов В. Российское правосудие: «отделение от власти» / В. Пастухов // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49). С. 120.
8. Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК / Е.Р. Россинская // Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004. С. 153–163.
9. Сергеич П. Искусство речи на суде / П. Сергеич. Тула : Автограф, 1998. 320 с.
10. Терновский Н.А. Юридические основания достоверности доказательств. Тула, 1901. Печатается под редакцией проф. В.А. Томсинова. М. : Зерцало, 2007. 224 с.
11. Францифоров Ю.В. Противоречия уголовного процесса: учебное пособие / Ю.В. Францифоров. М. : Приор-издат, 2006. 176 с.
12. Чеботарева И.Н. К вопросу о праве защитника привлечь специалиста. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства России / И.Н. Чеботарева // Сборник научных статей, посвященных 15-летию кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета. Курск, 2010. С. 110–118.
13. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования: монография / С.А. Шейфер. 2-е изд., испр. и доп. М. : Норма; ИНФРА-М, 2014. 240 с.

¹⁷ См.: Чеботарева И.Н. Указ. соч. С. 114.