

УДК 340

UDC 340

**ПРОИЗВОДСТВА ОБЫСКА С УЧАСТИЕМ ЗАЩИТНИКА**

**EXECUTION OF SEARCH WITH ADVOCATE PARTICIPATION**

Меретуков Гайса Мосович  
д.ю.н., профессор  
*Кубанский государственный аграрный университет, Краснодар, Россия*

Meretukov Gaisa Mosovich  
Dr.Sci.Law., professor  
*Kuban State Agrarian University, Krasnodar, Russia*

Ганночка Юрий Владимирович  
соискатель кафедры уголовного процесса

Gannochka Yuri Vladimirovich  
postgraduate student of Criminal Procedure Department

*Краснодарский университет МВД России, Краснодар, Россия*

*Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Krasnodar, Russia*

Согласно ст. 53 УПК РФ, защитник имеет право участвовать в следственных действиях, проводимых с участием его подзащитного. Это право защитники используют далеко не всегда; естественно, ни один защитник не скажет, что таким образом они просто экономят время; при опросах чаще всего называют другую причину - следователи не сообщают им заблаговременно о предстоящем проведении этих следственных действий

In accordance with clause 53 of the Criminal Code of the Russian Federation, an advocate is entitled to take part in any investigative actions where his client is involved. But this right is not always used; actually, none of the advocates would confess that avoiding such events is a way to save time, and when being asked he (she) points out another reason – investigators don't announce the forthcoming events beforehand

Ключевые слова: ЗАЩИТНИК; ПРОИЗВОДСТВО ОБЫСКА; СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ; СЛЕДОВАТЕЛЬ, ДОЗНАВАТЕЛЬ; УЧАСТНИКИ ОБЫСКА; ОБЫСК, ВЫЕМКА; СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ; ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА; ПРОТОКОЛ ОБЫСКА; УГОЛОВНОЕ ДЕЛО

Keywords: ADVOCATE; EXECUTION OF SEARCH; INVESTIGATIVE ACTIVITIES; INVESTIGATOR; PARTICIPANTS OF THE SEARCH; SEARCH, SEIZURE; COURT DECISION; LAW ENFORCEMENT PRACTICE; SEARCH REPORT; CRIMINAL CASE

Согласно ст. 53 УПК РФ, защитник имеет право участвовать в следственных действиях, проводимых с участием его подзащитного. Это право защитники используют далеко не всегда; естественно, ни один защитник не скажет, что таким образом они просто экономят время; при опросах чаще всего называют другую причину - следователи не сообщают им заблаговременно о предстоящем проведении этих следственных действий.

Справедливости ради надо сказать, что доля правды в подобных утверждениях есть: действительно, по мнению многих следователей, сообщить защитнику о времени предстоящего обыска - значит заранее обречь обыск на неудачу, поскольку об этом сразу же станет известно заинтересованным лицам.

А. Л. Иванов и Е. С. Лапин предлагают следующий порядок действий: защитник ставится в известность о содержании и целях следственного действия, в котором ему предстоит участвовать, «в последний момент, когда все участники обыска (выемки) будут в сборе или перед прибытием на место производства следственного действия» [1, С. 24]. В случае, если у лица, у которого производится обыск (выемка), отсутствует защитник или его присутствие по каким-либо причинам невозможно, следователь должен обеспечить присутствие другого защитника; если же заинтересован-

ное лицо заявило о необходимости участия адвоката непосредственно перед началом следственного действия, а его присутствие сложно обеспечить в минимальные сроки, обыск или выемка могут быть отложены.

Совершенно очевидно, что ни один защитник не приедет по вызову следователя, если ему сообщат об этом «в последний момент». Практически обыски всегда придется откладывать на неопределенное время, хотя все их участники будут уже в сборе. Главное условие успеха обыска - его внезапность - будет утрачена. Поэтому предлагаемый порядок действий никак нельзя признать удачным.

Особо следует сказать о возможности, а иногда и необходимости участия защитника в обыске и выемке в жилище или ином помещении, принадлежащем подозреваемому и обвиняемому. Это право защитника напрямую предусмотрено ч. 11 ст. 182 УПК РФ. Авторы поддерживают мнение А.В. Кудрявцевой, которая считает, что «обыск и выемка это следственные действия, эффективность которых зависит от внезапности и быстроты их проведения. Уведомление подозреваемого, обвиняемого или их защитника заранее о производстве обыска может привести к уничтожению доказательственной информации. Поэтому необходимо предусмотреть в законе процедуру уведомления защитника о производстве обыска и гарантии присутствия при производстве обыска любого адвоката» [2, С. 110-111]. Прибыв на место обыска, дознаватель, следователь могут связаться с защитником по телефону, в случае невозможности прибыть на место производства обыска немедленно, следователь должен иметь возможность обеспечить участие любого другого адвоката в процессе производства обыска.

Защитник при производстве обыска должен иметь возможность ознакомиться с постановлением о его производстве. Он должен занимать не пассивную позицию наблюдателя, а активно познавать обстановку обнаружения предметов и документов в процессе обыска. Он подробно разъясняет своему клиенту процедуру обыска и возможность применения принуждения в процессе его проведения. В частности, требует обязательного разъяснения ч. 6 ст. 182, в соответствии с которой в процессе обыска могут вскрываться любые помещения, если владелец отказывается их открыть добровольно, ч. 8 ст. 182 которая закрепляет право следователя запретить лицам, присутствующим в месте производства обыска покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска; ч. 2 ст. 184 в той части, в которой личный обыск может быть произведен без соответствующего постановления, если лицо находящееся в помещении, в котором производится обыск, скрывает при себе предметы и документы, которые могут иметь значение для уголовного дела.

В целях проверки законности и обоснованности данного следственного действия сторона защиты должна обращать внимание, в первую очередь, на его надлежащее процессуальное оформление. Согласно ч. 2 ст. 182 УПК для производства обыска следователь обязан вынести постанов-

ление. В том случае, если обыск намечено было произвести в жилище, то на основании п. 5 ч. 2 ст. 29, ч. 3 ст. 182, ст. 165 УПК следователь обязан возбудить уже перед судом ходатайство о производстве данного следственного действия, о чем также вынести соответствующее постановление, которое предварительно, перед направлением в суд, должно быть согласовано с руководителем следственного органа.

Закон допускает, в исключительных случаях, когда производство обыска в жилище не терпит отлагательства, произвести указанное следственное действие на основании постановления следователя без получения согласия руководителя следственного органа и судебного решения.

К сожалению, закон не перечисляет, в каких именно «исключительных случаях» возможно проведение обыска без согласия руководителя следственного органа и судебного решения. Получается, что основания не обращаться к руководителю следственного органа в суд в таких случаях уголовно-процессуальным законом для следователя предусмотрены, а перечень и содержание этих самых случаев отсутствуют. Предусматривая порядок производства обыска и обязывая следователя санкционировать его проведение у руководителя следственного органа и в суде, закон тем самым на суд возлагает обязанность контроля за органами следствия в целях не допустить безосновательного проведения обыска и предупредить возможные нарушения при его назначении. В рассматриваемом случае получается, что функции предупреждения нарушения закона у руководителя следственного органа и суда отсутствуют, и следователю законом предоставляется возможность руководствоваться только своим собственным правосознанием, которое зачастую оставляет желать лучшего.

Если в законе имеются пробелы, правоприменительная практика начинает самостоятельно вносить свои коррективы посредством либо судебного прецедента, либо составлением различного рода инструкций, приказов и прочих нормативных подзаконных актов. Так, в приказе № 136 и 137 от 6 сентября Генерального прокурора РФ «О мерах по усилению прокурорского надзора за законностью производства выемки и обыска» и приказа Председателя СК при прокуратуре РФ № 6 от 7 сентября 2007 г. «О мерах по организации предварительного следствия» говорится о том, что в исключительных случаях, не терпящих отлагательства, следователи должны признавать случаи, когда: неотложность обыска диктуется обстановкой только что совершенного преступления; неотложное производство обыска необходимо для пресечения дальнейшей преступной деятельности; имеются данные о том, что лицо, в распоряжении которого находятся существенные для дела предметы или документы, принимает меры к их уничтожению либо сокрытию.

Это не рекомендация, а приказ Генеральной прокуратуры, т.е. нормативный акт, которым должны руководствоваться все нижестоящие про-

куроры при проверке законности и обоснованности уже свершившегося такого следственного действия, как обыск.

Таким образом, если был произведен обыск в жилище в случаях, не терпящих отлагательства, то в силу ч. 5 ст. 165 УПК в течение 24 часов с момента начала обыска дознаватель, следователь обязан уведомить прокурора и судью о производстве данного следственного действия.

Следует отметить, что срок в 24 часа начинается именно с момента начала производства обыска и заканчивается моментом направления судье уведомления о том, что данное следственное действие было совершено произвольно. Поскольку к уведомлению следователь обязан приложить копии постановления о производстве обыска и протокола обыска, для проверки законности не только решения о производстве обыска в жилище в случаях, не терпящих отлагательства, но и непосредственно проведенного самого протокола следственного действия, что означает направление уведомления судье только после того, как обыск в жилище будет уже закончен. Поэтому, защитнику необходимо особо тщательно проверять время, указанное в протоколе обыска и в уведомлении судье о его проведении. И в том случае, если следователь запоздает с направлением в суд такого уведомления, то проведенное следственное действие будет являться недопустимым доказательством по делу.

Аналогичные требования к допустимости производства обыска в жилище в случаях, не терпящих отлагательства, должно предъявляться и к срокам рассмотрения судьей указанного уведомления, поскольку и для суда в этом случае в ч. 5 ст. 165 УПК установлен определенный срок, согласно которому судья, не позднее 24 часов с момента поступления указанного уведомления, проверяет законность произведенного обыска в жилище и выносит постановление о его законности или незаконности.

При рассмотрении указанного уведомления в судебном заседании, на основании ч. 3 ст. 165 УПК, вправе участвовать прокурор и следователь. А поскольку проведение обыска уже было оформлено протоколом, копия которого, в силу ч. 15 ст. 182 УПК, должна быть вручена лицу, в жилище которого был произведен обыск, то в судебном заседании вправе участвовать и сторона защиты, волеизъявление которой о присутствии в судебном заседании следует отразить в протоколе обыска, с указанием незаконности и необоснованности проведенного данного следственного действия. Лишение стороны защиты права присутствовать в судебном заседании при решении вопроса о законности и обоснованности производства следователем обыска в жилище, в случаях, не терпящих отлагательства, должно признаваться нарушением принципа состязательности и равноправия сторон, предусмотренного ст. 15 УПК.

Если же право стороны защиты на участие в указанном судебном заседании будет нарушено, а суд признает законным проведение следователем обыска в жилище, без предварительного получения согласия суда, то

необходимо воспользоваться уже предусмотренным главой 16 УПК правом на обжалование состоявшегося судебного решения.

Из смысла ч. 5 ст. 165 УПК РФ получается, что суд, рассматривая вопрос о законности производства обыска, в случаях, не терпящих отлагательства, уже на стадии досудебного производства предпринимает вопрос о допустимости протокола обыска в качестве доказательства по делу.

А в случае, как об этом говорится в ч. 5 ст. 165 УПК, если суд признает произведенное вышеуказанное следственное действие незаконным, то все доказательства, полученные в ходе производства такого обыска в жилище, признаются недопустимыми в соответствии со ст. 75 УПК.

Выходит, что ч. 5 ст. 165 УПК РФ в обязательном порядке обязывает следователя направлять в суд материалы по произведенному обыску (постановление, протокол обыска), а закон обязывает суд проверять законность и обоснованность производства обыска в случаях, не терпящих отлагательства, и выносить постановление о его законности или незаконности, что, в свою очередь, сразу предпринимает рассмотрение данного вопроса в будущем, на стадии судебного разбирательства.

В том же случае, если производство обыска было надлежащим образом процессуально оформлено, то сторона защиты должна проверить обоснованность производства обыска и обратить внимание, в первую очередь, на какие именно достаточные данные для его производства ссылался следователь в своем постановлении о производстве обыска в жилище в случаях, не терпящих отлагательства. Именно конкретные и достаточные данные закон обязывает следователя указывать в постановлении.

Кроме этого, следователь должен мотивировать в постановлении о производстве обыска в жилище в случаях, не терпящих отлагательства необходимость принятого им решения о его проведении с согласия руководителя следственного органа для получения судебного решения. Мотивировка следователя должна убеждать в том, что у последнего ситуация с производством обыска возникла неожиданно, вытекала из динамики обстановки и дефицита времени для обращения за соответствующим разрешением. Отсутствие указанной мотивировки также должно являться основанием признать постановление следователя о производстве обыска в жилище в случаях, не терпящих отлагательства, незаконным и необоснованным.

Нередко в постановлении следователя можно встретить фразу, что данными для производства такого обыска в жилище послужили материалы оперативно-розыскного дела. В этом случае, такой записью следователь, как говорят, убивает сразу «двух зайцев», он указывает в своем постановлении фактические данные производства обыска, как того требует закон, и одновременно лишает сторону защиты возможности проверить содержание оперативно-розыскного дела на предмет наличия в последнем информации, давшей основание для производства обыска, поскольку материалы

оперативно-розыскного дела являются секретными и для ознакомления стороне защиты не будут представлены.

Аналогичным образом должен решаться вопрос о производстве обыска одновременно в нескольких помещениях и на местности по так называемым групповым делам, где в качестве субъектов преступления привлекаются несколько человек. Грубейшей ошибкой следователя будет являться вынесение единого постановления по всем объектам обыска. Адвокат-защитник всегда должен помнить о том, что по каждому объекту, подвергнутому обыску со стороны следователя, должно быть вынесено отдельное постановление и составлен отдельный протокол обыска.

При производстве обыска, в силу ч. 11 ст. 182 УПК, защитник, а также адвокат того лица, могут присутствовать в помещении которого производится обыск.

В случае отказа защитнику участвовать в таком следственном действии протокол обыска будет признан недопустимым доказательством по делу по причине нарушения прав лица на защиту. Единственное, что не следует забывать в таких случаях, это сделать запись в протоколе обыска о желании пригласить для участия в этом следственном действии адвоката-защитника и отказ следователя предоставить такую возможность.

В том случае, если обыск производится в одном помещении, но в разных его частях, например, одновременно в разных комнатах жилого дома, то в каждой из таких комнат должны присутствовать по два понятых и не менее одного члена семьи. Несоблюдение органами следствия данного требования повлечет признание в суде протокола такого следственного действия недопустимым доказательством.

Далее, после того, как лицам, присутствующим при обыске, будет предъявлено постановление о производстве обыска, следователь до начала обыска обязан предложить последним добровольно выдать подлежащие изъятию предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела. В том случае, если лицо добровольно выдаст не только искомые органами следствия предметы, документы, ценности, но и предметы, запрещенные к свободному обороту на территории Российской Федерации, то в этом случае, если соответствующее примечание содержится в уголовном законе, например такое, как к ст.ст. 222, 228 УК РФ, то такие добровольно выданные предметы не могут являться основанием для привлечения лица к уголовной ответственности. При этом не должно иметь значения то обстоятельство, являлись ли эти добровольно выданные предметы, запрещенные к свободному обороту, предметом производства обыска или нет.

Если же лицо, после предложения следователя выдать добровольно искомые предметы, документы и прочее, являющиеся целью производства обыска, делает это, то в этом случае цели проведения обыска будут дос-

тигнуты и следователю законом предоставляется право дальнейшие действия по обыску не производить.

При производстве обыска, как сказано в ч. 8 ст. 182 УПК, следователь вправе запретить лицам, присутствующим в месте, где производится обыск, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска. Однако следователь не вправе запретить, например, адвокату-защитнику делать во время обыска письменные заметки по ходу производства данного следственного действия с целью занесения их затем в протокол обыска в качестве замечаний или дополнений. Кроме этого адвокат-защитник вправе воспользоваться положениями ч. 2 ст. 53 УПК и в рамках оказания юридической помощи в присутствии следователя давать своему подзащитному по тем или иным вопросам краткие консультации. Поэтому запретить адвокату и его подзащитному общаться между собой следователь не вправе. В противном случае действия следователя будут расцениваться как нарушение права подозреваемого или обвиняемого на защиту.

Кроме этого, следователь обязан принять меры к тому, чтобы не были оглашены выявленные в ходе обыска обстоятельства частной жизни лица, в помещении которого был произведен обыск, его личная и (или) семейная тайна, а также обстоятельства частной жизни других лиц (ч. 7 ст. 182 УПК).

Далее, согласно ч.ч. 9 и 10 ст. 182, следует, что при производстве обыска во всяком случае изымаются предметы и документы, изъятые из оборота. При этом, изъятые предметы, документы и ценности вначале должны быть предъявлены понятым и другим лицам, присутствующим при обыске, а затем, в случае необходимости, они упаковываются и опечатываются на месте обыска, что и должно быть удостоверено подписями указанных лиц. По смыслу указанной нормы закона следует, что понятым и другим лицам, присутствующим при обыске, предъявляются уже кем-то изъятые предметы, документы и ценности. И в том случае, если в протоколе обыска не отражен тот факт, что та или иная вещь была фактически обнаружена в том или ином месте именно в присутствии понятых и в их же присутствии изъята, то сторона защиты вправе ставить вопрос о незаконности появления в протоколе обыска изъятой вещи, поскольку «чистота» обнаруженной вещи в обыскиваемом объекте будет нарушена. Поэтому если следователь не смог обеспечить присутствие понятых в момент обнаружения искомой вещи и поставил последних лишь перед фактом ее обнаружения, то сторона защиты может также поставить вопрос о том, что данная вещь была подброшена в момент производства обыска. Доказать обратное следователю будет сложно, поскольку отсутствовали понятые при его поисковых действиях в том или ином месте исследуемого объекта.

Присутствуя при производстве обыска и заметив тот факт, что понятые были поставлены следователем лишь перед фактом предъявляемой им

вещи, как обнаруженной и изъятой в месте проведения обыска, сторона защиты должна зафиксировать данное обстоятельство

Защитник, зафиксировав данный факт только лично для себя, без отражения в протоколе обыска. Имеет возможность разрешение вопроса о допустимости положительных результатов обыска в качестве доказательства по делу на стадию судебного разбирательства и путем допроса понятых, показания которых будут являться доказательством по делу, доказать несостоятельность полученных положительных для стороны обвинения результатов произведенного обыска, если изъятые в процессе обыска орудия преступления, предметы, документы и ценности представлены по уголовному делу в качестве вещественных доказательств. В случае, если понятые в суде о ходе производства обыска дадут показания о том, что не присутствовали в момент обнаружения изъятых в процессе обыска тех или иных предметов и увидели последние только в тот момент, когда их принес следователь, и где их тот взял, пояснить не смогут, то не только сам протокол обыска должен быть признан недопустимым доказательством по делу, но и признанные впоследствии в качестве вещественных доказательств предметы, изъятые в процессе производства обыска, также будут являться недопустимыми доказательствами по делу.

Кроме этого, обосновать в суде заявленное ходатайство о признании недопустимым доказательством протокола обыска сторона защиты может еще и следующим. На основании ч. 12 ст. 182 УПК при производстве обыска составляется протокол, в соответствии со ст.ст. 166 и 167 УПК. Согласно ч. 4 ст. 166 УПК следователь в протоколе обыска обязан описывать все свои процессуальные действия в том порядке, в каком они производились, а также выявленные при их производстве существенные для данного уголовного дела обстоятельства, к которым, при производстве обыска, и следует отнести обнаружение тех или иных предметов в том или ином конкретном месте. Кроме этого, ч. 13 ст. 182 УПК напрямую обязывает следователя указывать в протоколе, в каком месте и при каких обстоятельствах были обнаружены предметы, документы или ценности. Поэтому факт отсутствия указанной информации в протоколе обыска будет являться дополнительным основанием к признанию протокола обыска недопустимым доказательством по делу.

В целях исключения подобных ситуаций следователю необходимо руководствоваться положениями ч. 2 ст. 166 УПК РФ, о чем внести дополнение в ст. 182 УПК, т.е. ч. 17 следующего содержания: «Следователь, дознаватель, руководитель следственного органа, начальник подразделения органа дознания, суд при производстве обыска вправе использовать научно-технические средства не противоречащие положениям норм настоящего Кодекса».

Стороне защиты также следует иметь в виду и то обстоятельство, что не всегда полезно будет в процессе производства обыска указывать следо-

вателю на допущенные им нарушения закона. О некоторых из них следует и умолчать, для того чтобы использовать допущенные следователем нарушения при заявлении ходатайства о признании протокола обыска недопустимым доказательством по делу. Например, если следователь изъятые в процессе обыска предметы не упаковал, не опечатал и не заверил подписями участвующих в обыске лиц, как того требует ч. 10 ст. 182 УПК, то такое нарушение будет являться существенным основанием для признания протокола обыска недопустимым доказательством по делу.

Далее, на основании ч. 13 ст. 182 УПК следует, что в протоколе обыска все изымаемые предметы, документы и ценности должны быть перечислены с точным указанием их количества, меры, веса, индивидуальных признаков и по возможности стоимости.

В этом случае защитник не только должен проверить протокол обыска на наличие в последнем указанной информации об изъятых предметах, поскольку отсутствие в протоколе такой информации позволит поставить указанный протокол под сомнение, но впоследствии необходимо также провести и сравнительный анализ описания индивидуальных признаков изъятого предмета по другим процессуальным документам уголовного дела, например, по протоколу осмотра, по постановлению о приобщении в качестве вещественных доказательств, по постановлению следователя о назначении судебной экспертизы или по описательно-мотивировочной части заключения эксперта. В практике можно столкнуться с ситуацией, когда в протоколе обыска изъятый предмет описывается с одними индивидуальными признаками, а в экспертном заключении указываются совершенно иные его индивидуальные признаки.

В рамках рассматриваемой темы необходимо также затронуть вопрос и об использовании в качестве доказательства протокола обыска, если последующие следственные мероприятия по определению относимости изъятых в процессе обыска орудий преступления, предметов, документов и ценностей были проведены с нарушением закона, а оформленные по их результату протоколы следственных действий были признаны недопустимыми доказательствами по делу.

Изучение судебной и следственной практики свидетельствует, что наиболее часто встречающимися недостатками в изученных нами 162 протоколах обысков являются: составление протоколов без соответствующего основания (отсутствовало постановление на производство обыска или оно не санкционировано прокурором на получение согласия суда) либо производство обыска совершалось не уполномоченным на то лицом (без поручения следователя) - 15 %; отсутствие даты составления протокола, его начала и окончания - 17,5 %; отсутствие отметок о предъявлении требований добровольно выдать отыскиваемые предметы - 70 %; недостаточно полное составление протокола, без подробного описания и указания, где обнаружены и изъяты предметы - 65 %; отсутствие подписей обоих понятых или

одного из них, либо указания на их адреса, на разъяснение им прав и обязанностей -11,25 %; отсутствие даты и подписи лица, которому вручена копия протокола обыска - 7,5 %.

Почти все отмеченные недостатки отразились в протоколе обыска по уголовному делу И., находившемся в производстве СО УВД Анапского района Краснодарского края. Обыск был произведён в домовладении И. без постановления о производстве обыска. В протоколе обыска не указано время начала и окончания обыска: отсутствует отметка о предложении добровольно выдать отыскиваемые предметы; вещи, изъятые при обыске, перечислены кратко, без указания признаков и места их обнаружения; отсутствуют подписи всех лиц, присутствовавших при обыске; нет информации о том, получил ли обыскиваемый на руки копию протокола обыска [3].

### Литература

1. Иванов А.Н., Лапин Е.С. Проблемы реализации отдельных следственных действий: криминалистические аспекты. Вестник криминалистики. М., 2004. Вып. № 4(12). С. 24.
2. Кудрявцева А.В., Попов В.С. Участие адвоката – защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции. Челябинск, 2006. С. 110-111.
3. Приостановленное уголовное дело № 47106. Архив СО УВД Анапского района Краснодарского края. 1997. № 47106.