

С.Б. Россинский*

**ПРОБЛЕМЫ КОНКУРЕНЦИИ
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО И ПОСЛЕДУЮЩЕГО
СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ЗА ПРОИЗВОДСТВОМ
СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В ЖИЛИЩЕ**

Ключевые слова: досудебное производство, судебный контроль, следственные действия, осмотр, обыск, жилище, неприкосновенность жилища

В настоящее время одним из наиболее приоритетных направлений развития российской уголовно-процессуальной науки является изучение и совершенствование механизмов обеспечения прав и свобод личности, обусловленных требованиями основополагающих международно-правовых актов, нормами Конституции РФ и принципами уголовного судопроизводства. В частности достаточно пристальное внимание исследователей уделяется проблемам, связанным с правом на неприкосновенность жилища.

Уголовно-процессуальные положения, обеспечивающие надлежащую защиту данного конституционного права, а также основания и порядок его вынужденного ограничения еще далеки от своего совершенства. Отсутствие единых выработанных подходов к процедурам, связанным с ограничением неприкосновенности жилища в уголовном судопроизводстве, пробелы в их правовой регламентации неизбежно приводят к серьезным затруднениям, возникающим в повседневной правоприменительной

© Россинский С.Б., 2009

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина. [sergey@rossinskiy.ru]

деятельности. Причем наибольшие затруднения вызывает сравнительно молодой и, следовательно, еще не в достаточной степени разработанный механизм судебного контроля за проводимыми в жилище следственными действиями. А это, в свою очередь, не может не отразиться на динамике развития соответствующего сегмента уголовно-процессуальной науки. Поэтому в настоящее время институт судебного контроля за производством следственных действий, в частности посягающих на неприкосновенность жилища, является предметом жарких научных дискуссий.

Так, некоторые авторы вообще являются противниками судебного контроля как гарантии законности производства следственных действий. Например, М.К. Свиридов в 2001 г. (т.е. еще до принятия УПК РФ) высказывал мнение, что у суда должна быть одна функция – разрешение уголовного дела по существу, и с учетом конституционно-правового характера предмета судебного контроля предлагал отнести его к ведению конституционного судопроизводства¹.

В.В. Кальницкий, уже опираясь на результаты эмпирических исследований практики применения УПК РФ, пишет о полной несостоятельности требований закона о судебном порядке получения разрешения на производство следственных действий и проверки законности следственных действий, проведенных в исключительных случаях без решения суда. И на основании целого ряда аргументов он делает выводы о том, что судья – лишнее звено в механизме принятия решения о производстве следственного действия².

Другие специалисты, наоборот, считали и продолжают считать судебный контроль весьма важным процессуальным механизмом обеспечения прав и законных интересов личности при производстве следственных действий. Так, еще до принятия УПК РФ А.В. Солодилов высказывал точку зрения, что судебный контроль за проведением следственных действий и решениями прокурора и органов расследования, ограничивающими конституционные права и свободы граждан, призван, таким образом, обеспечить соблюдение тех принципов уголовного процесса, которые появились в результате принятия ныне действующей Конституции РФ³. Аналогичная

¹ См.: Свиридов М.К. Соотношение функций разрешения уголовных дел и судебного контроля в деятельности суда // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сборник статей / под ред. Ю.К. Якимовича. Вып. 7. Томск, 2001. С. 5–6.

² См.: Кальницкий В.В. «Санкционирование» и проверка судом законности следственных действий в ходе досудебного производства не эффективны // Уголовное право. 2004. № 1. С. 73.

³ См.: Солодилов А.В. Судебный контроль за проведением следственных действий и решениями прокурора и органов расследования, ограничивающими конституционные права и свободы граждан в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 23.

позиция прослеживается и в диссертационном исследовании А.П. Фокова, где отмечается, что судебный контроль в стадии предварительного расследования, как самостоятельное направление этой деятельности, необходим, ибо он уже доказал свою результативность, став действенной гарантией прав и свобод всех без исключения участников уголовного судопроизводства⁴. А.П. Гуськова, давая оценку уже современному процессуальному закону, отмечает, что судебный контроль предстает как исключительное процессуальное средство судебной защиты прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве со стороны судебной власти; судебный контроль есть доступное средство защиты на досудебном производстве, представляя собой реальное, быстрое и эффективное восстановление нарушенных прав личности в ходе расследования⁵. Н.Г. Муратова указывает, что судебный порядок разрешения производства следственных действий (в частности тех, которые связаны с ограничением права на неприкосновенность жилища) имеет то преимущество, что судья независим в принятии решений, и он не отвечает за работу следственных органов⁶. Л.М. Володина пишет, что закон допускает действие судебного контроля на досудебных стадиях и в иных формах, например, в виде досудебной процедуры дачи разрешения на производство оперативно-розыскных и следственных действий, ограничивающих права граждан. При этом судебный контроль действует как мера защитного характера, обеспечивающая законность и обоснованность ограничения прав человека⁷. В.А. Семенцов, анализируя позиции авторов Концепции судебной реформы⁸, указывает, что, по их замыслу, контрольные полномочия суда в стадии предварительного расследования должны стать барьером на пути произвола следственных органов. А предоставление суду права признавать незаконными их действия и решения позволит качественно изменить данную стадию про-

⁴ См.: *Фоков А.П.* Проблемы судебного контроля за исполнением законов на стадии предварительного расследования (сравнительный анализ российского и французского законодательств): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 16.

⁵ См.: *Гуськова А.П.* Уголовно-процессуальные средства защиты прав и свобод человека и гражданина посредством реализации судебного контроля // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина: сб. ст. Ч. 4. Тюмень, 2006. С. 27.

⁶ См.: *Муратова Н.Г.* Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики. Казань, 2004. С. 146.

⁷ См.: *Володина Л.М.* Проблемы уголовного процесса: закон, теория, практика. М., 2006. С. 184.

⁸ См.: постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

цесса, поскольку суд впервые получает реальную возможность влиять на ход собирания доказательств на предварительном следствии⁹.

Некоторые авторы даже слишком увлекаются идеей о судебном контроле за производством следственных действий, пытаются гиперболизировать эти процессуальные механизмы и распространить их действие на необоснованно широкий круг правоотношений. Такая позиция, в частности, прослеживается в диссертационном исследовании В.А. Яблокова, который предлагает распространить конституционные гарантии неприкосновенности, помимо жилища, также на служебное помещение, транспорт (личный и служебный), иные помещения, которыми гражданин постоянно пользуется (гараж, склад, баня, т.д.), как это сделано в большинстве цивилизованных государств¹⁰. В свою очередь А.А. Акимчев пишет о необходимости получения судебного решения для проведения следственного действия в жилище независимо от согласия проживающих там лиц. Исключения, по его мнению, могут составлять только случаи, не терпящие отлагательства¹¹. А Р.А. Зинец и Х.П. Шептунова в своих диссертациях указывают на необходимость получения судебного решения на производство любых следственных действий в жилище¹².

И, наконец, еще некоторые ученые, не отвергая разумность и целесообразность судебного контроля за производством следственных действий в целом, одновременно отмечают и его определенные недостатки, в первую очередь практического характера. Так, например, Г.П. Химичева, указывая на безусловные преимущества судебного контроля перед другими формами контроля и надзора (независимость суда, его особый правовой статус и наличие особой судебной процедуры), вместе с тем считает, что неограниченно широкое установление судебного контроля на досудебном производстве связано с усилением пристрастности суда при последующем рассмотрении дела по существу¹³. В свою очередь, В.М. Быков отмечает,

⁹ См.: Семенцов В.А. Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики). Екатеринбург, 2006. С. 215–216.

¹⁰ См.: Яблоков В.А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 117.

¹¹ См.: Акимчев А.А. Проблемы реализации принципа неприкосновенности жилища в уголовном судопроизводстве // Проблемы теории и практики уголовного процесса: история и современность / под ред. В.А. Панюшкина. Воронеж, 2006. С. 357.

¹² См.: Зинец Р.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: процессуальные и организационные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 136; Шептунова Х.П. Право личности на неприкосновенность жилища в уголовном судопроизводстве: отечественный опыт и международные стандарты: дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2008. С. 99–102.

¹³ См.: Химичева Г.П. Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности. М., 2003. С. 302.

что установление судебного контроля за предварительным следствием имеет не только положительные стороны, но и отрицательные. Прежде всего, само получение решения суда для следователя связано с определенными сложными процедурами и большой затратой служебного времени¹⁴.

При этом последние, и достаточно умеренные, научные позиции представляются наиболее разумными и рациональными. Так, на наш взгляд нельзя полностью отвергать механизмы судебного контроля за производством следственных действий, в том числе и посягающих на неприкосновенность жилища. Существование и эффективное функционирование подобных механизмов в целом является существенной правовой гарантией обеспечения прав и свобод личности. Необходимость судебного контроля в этой части обуславливается и требованиями основополагающих международно-правовых актов, и нормами Конституции РФ.

Однако нельзя и согласиться с теми учеными, которые пытаются абсолютизировать судебный контроль и представить его как полностью совершенную и безукоризненную гарантию обеспечения законности производства следственных действий. В противном случае просто не было бы оснований для таких жарких дискуссий. Поэтому очевидно, что данный уголовно-процессуальный институт (в том числе и в части обеспечения права на неприкосновенность жилища) еще очень далек от своего абсолютного совершенства и сопровождается множеством неразрешенных процессуальных и практических проблем. Следовательно, он нуждается в дальнейшем изучении, а его отдельные проблемные элементы – в определенном изменении и улучшении.

Причем, на наш взгляд, одной из наиболее осязаемых проблем применительно к неприкосновенности жилища *является проблема конкуренции предварительного и последующего судебного контроля*. Хотя при этом в специальной литературе ей уделяется явно недостаточно научного внимания.

Как известно, предварительный и последующий¹⁵ судебный контроль – это различные формы обеспечения законности за производством

¹⁴ См.: Быков В.М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Казань, 2008. С. 208.

¹⁵ Название форм судебного контроля, осуществляемого до и после подконтрольного действия, соответственно «предварительным» и «последующим» в теории уголовного процесса является наиболее распространенным. По крайней мере, анализ специальной литературы показывает, что большинство авторов придерживается именно подобной терминологии. Однако некоторые специалисты используют и другие наименования. Так, например, Д.О. Серебров дает свою терминологию предварительного и последующего судебного контроля, называя его соответственно превентивным и статутным (см.: *Серебров Д.О. Судебный контроль за законностью и обоснованностью производства следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы личности: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004. С. 77*).

следственных действий, отличающиеся по времени рассмотрения судом соответствующих материалов (до или после проведения следственного действия). При этом в современном уголовно-процессуальном законодательстве приоритет отдается именно предварительному судебному контролю. То есть именно он выигрывает эту «конкурентную борьбу» у контроля последующего. Это правило распространяется на все следственные действия, в том числе и посягающие на неприкосновенность жилища.

Так, в настоящее время законодатель устанавливает порядок, согласно которому при производстве осмотра, обыска или выемки в жилище, по общему правилу, должен использоваться механизм предварительного судебного контроля (сначала получение судебного решения, а только потом – производство соответствующего следственного действия). Как следует из положений ч. 1–4 ст. 165 УПК РФ, следователь (дознатель) в случае необходимости производства одного из вышеперечисленных действий вправе с согласия руководителя следственного органа (дознатель – с согласия прокурора) возбудить перед судом ходатайство, подлежащее рассмотрению в судебном заседании в 24-часовой срок с момента его поступления в суд.

И только в исключительных случаях, связанных с безотлагательностью производства следственного действия, законодатель допускает возможность последующего судебного контроля. Он выражается в представлении в 24-часовой срок в суд материалов проведенного следственного действия и их судебной проверке на предмет законности с возможностью отмены его результатов и признания полученных таким образом доказательств недопустимыми (ч. 5 ст. 165 УПК РФ).

Подобный приоритет предварительного судебного контроля в части обеспечения неприкосновенности жилища, безусловно связан с желанием законодателя установить в уголовном судопроизводстве такой правовой режим, который бы полностью соответствовал положениям международных стандартов. Как справедливо отмечается в литературе, именно эти стандарты должны лечь в основу формирования принципа неприкосновенности жилища в российском уголовном судопроизводстве¹⁶.

Но, как ни странно, изучение основополагающих международно-правовых документов позволяет убедиться в отсутствии каких-либо прямых предписаний относительно необходимости предварительного судебного контроля в случае ограничения права на неприкосновенность жилища. В частности, нормы таких важных концептуальных документов, как Всеобщая декларация прав человека (ст. 12), Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ст. 8), Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 17) содержат лишь наиболее общие и концептуальные положения о неприкосновенности жилища. Они не касаются конкретных механизмов реализации данного права, оставляя подобные част-

¹⁶ См., напр.: Шептунова Х.П. Указ. дис. С. 163.

ные вопросы в собственном ведении соответствующего государства. Кстати, эта позиция прослеживается и в практике Европейского суда по правам человека. В одном из его решений прямо отмечается, что «статья 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод *не требует предварительного судебного разрешения* (курсив наш. – С.Р.) на проведения обысков на дому и изъятий»¹⁷.

Следовательно, проблема конкуренции предварительного и последующего судебного контроля в части обеспечения права на неприкосновенность жилища, расстановка приоритетов между ними – это внутренний вопрос Российской Федерации, требующий разрешения на уровне национального законодательства. В связи с этим закономерно возникает вопрос: откуда же все-таки вытекает приоритет предварительного судебного контроля за производством следственных действий в жилище? Возможно из положений Конституции РФ?

Нет, это не так! Анализ Основного закона нашего государства показывает, что ни одна из его статей не содержит прямого указания на необходимость получения предварительного судебного решения в каждом случае, связанном с возможностью ограничения права на неприкосновенность жилища. А диспозиция ст. 25 Конституция РФ содержит гораздо менее резкое правило: «Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц *иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или (! – С.Р.) на основании судебного решения* (курсив наш. – С.Р.)». Таким образом, Конституция РФ рассматривает судебное решение не как единственную, а всего лишь как дополнительную гарантию обеспечения права на неприкосновенность жилища, необходимую лишь в случаях, прямо не урегулированных соответствующим федеральным законом.

В этой связи позволим себе выразить категорическое несогласие со специалистами, указывающими на внутреннее логическое противоречие ст. 25 Конституции РФ, заключающееся в противопоставлении судебного решения и федерального закона как оснований для проникновения в жилище¹⁸. Мы также не можем согласиться и с доводами ряда авторов, в частности А.К. Утарбаева, пытающихся истолковывать названную норму Конституции РФ как допускающую возможность законодательного или судебного произвола в вопросах ограничения неприкосновенности жилища¹⁹.

¹⁷ См.: решение Европейского суда по правам человека по делу Функе против Франции от 25 февраля 1993 г. // <<http://www.echr-base.ru/funke.jsp>>

¹⁸ См., напр.: Орлов А.В. Конституционные нормы, обеспечивающие обвиняемому право на защиту в российском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 19.

¹⁹ См., напр.: Утарбаев А.К. Принцип неприкосновенности жилища, его содержание и гарантии // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. науч. ст. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара, 2008. С. 179.

Представляется, что ст. 25 Конституции РФ не содержит никакого логического противоречия и не допускает возможности произвола. Она, закрепляя на концептуальном уровне принципиальное положение о неприкосновенности жилища, предоставляет федеральному законодателю право выбора:

а) установить конкретный правовой механизм, позволяющий в определенной сфере государственной деятельности (например, в уголовном судопроизводстве) при наличии соответствующих обоснований проводить действия, сопряженные с возможностью проникновения в жилище без получения предварительного судебного решения;

б) требовать от своих должностных лиц каждый раз при необходимости совершения подобных действий специально получать предварительное решение суда.

И при этом в сфере уголовного судопроизводства, в том числе при осуществлении следственных действий, посягающих на неприкосновенность жилища, законодатель почему-то избрал второй и гораздо более сложный вариант. В этой связи представляется совершенно справедливой позиция Е.А. Зайцевой и Н.В. Костериной, полагающих, что в ч. 2 ст. 29 УПК РФ имеет место расширенное толкование Конституции. А для соблюдения преемственности конституционных установлений и норм уголовно-процессуального права нашему законодателю следовало бы в УПК РФ распространить судебную защиту принятия решения на ограничение только тех конституционных прав и свобод граждан и только в тех случаях, на которые прямо указано в тексте Конституции РФ²⁰.

Однако законодатель пошел по более сложному пути. Очевидно это объясняется желанием разработчиков УПК РФ как можно более наглядно продемонстрировать переход Российской Федерации к принципиально новой идеологии уголовного судопроизводства, построенной на безусловном приоритете прав человека. Кстати, об этом свидетельствует и принятая в 1991 г. российская Декларация прав и свобод человека и гражданина²¹. Часть 2 ст. 11 этого документа прямо указывает, что обыск и иные действия, совершаемые с проникновением в жилище, допускаются на основании судебного решения, за исключением случаев, не терпящих отлагательств, где возможен иной, установленный законом порядок, предусматривающий обязательную последующую проверку судом законности этих действий.

Таким образом, представляется, что «процессуальный маятник» в этой части качнулся слишком сильно. Как справедливо указывает

²⁰ См.: Зайцева Е.А., Костерина Н.В. Полномочия суда на стадии предварительного расследования. Волгоград, 2007. С. 73.

²¹ См.: постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. № 1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

В.М. Быков, авторы УПК РФ в своем усердии явно перестарались²². Стремясь продемонстрировать демократические начала уголовного судопроизводства, законодатель попытался создать идеальный, с точки зрения обеспечения прав и свобод личности, принцип неприкосновенности жилища в уголовном процессе. Он, как известно, предполагает обязанность получения предварительного судебного решения в любом случае производства в жилище осмотра без согласия проживающих лиц, обыска или выемки за исключением случаев, не терпящих отлагательства (ст. 12 УПК РФ).

И действительно: на первый взгляд, данная идея является безупречной... Но, как совершенно правильно подметила И.В. Чепурная, неприкосновенность жилища нельзя абсолютизировать: во всех странах этот принцип сопровождается ограничительными оговорками. А в отдельных случаях, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством, допускается вторжение в жилище без согласия проживающих в нем лиц²³.

Поэтому подобные правовые иллюзии, к сожалению, развеиваются, когда речь заходит уже не о самом принципе, а о конкретном механизме его реализации, предусмотренном ст. 165 УПК РФ и выраженном в приоритете предварительного судебного контроля перед последующим. Будучи направленным главным образом на обеспечение прав и свобод личности, то есть на материальные блага, этот механизм оказывается не лишенным целого ряда существенных недостатков уже собственно процессуального характера.

Один из таких недостатков заключается в том, что посредством предварительного судебного контроля на практике создаются дополнительные правовые преграды для быстрого и эффективного производства на первоначальном этапе расследования. Ведь вполне очевидно, что и осмотр, и обыск, и даже выемка зачастую являются первоначальными следственными действиями и нередко осуществляются в условиях процессуального цейтнота, особенно по уголовным делам о групповых преступлениях. Сотрудники органов дознания и предварительного следствия, скованные жесткими процессуальными сроками, в ряде случаев просто физически не успевают выполнить все предусмотренные ч. 1–4 ст. 165 УПК РФ процессуальные условия и получить в установленном порядке судебное решение (иногда несколько судебных решений). Тем более что ходатайство следователя должно быть не голословным, а обоснованным, подтвержденным достаточной совокупностью достоверных сведений. Как справедливо указывает В.В. Бородин, применительно к обыску в жилище, для того чтобы судья выдал такое разрешение, требуется представить информацию, которая убеждала бы его в том, что в данном случае обыск является единствен-

²² См.: Быков В.М. Указ. соч. С. 209.

²³ См.: Чепурная И.В. Судебный контроль в досудебном уголовном производстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 125.

но подходящим способом получения доказательств по уголовному делу²⁴. К тому же на практике подобные процедуры зачастую оказываются слишком забюрократизированными, требующими подготовки целого комплекса различных документов. По этому поводу Д.О. Серебров указывает, что в суд поступает не просто ходатайство, а целый материал о возбуждении ходатайства в прошитом и пронумерованном виде и с описью бумаг²⁵. Н.А. Колоколов даже формулирует по этому поводу практические рекомендации и приводит перечень процессуальных документов, подлежащих представлению в судебное заседание (различные протоколы допросов, очных ставок, предъявлений для опознаний, заключения экспертов и т.д.)²⁶.

Поэтому, как отмечает, опираясь на материалы своего эмпирического исследования все тот же Д.О. Серебров, следователи порой избегают производства ряда следственных действий, что приводит к слабой доказательственной базе по уголовным делам²⁷.

Сложность получения предварительного судебного решения на производство следственного действия порождает еще одну практическую проблему реализации принципа неприкосновенности жилища – тенденцию к злоупотреблению правом на осуществление таких действий в условиях безотлагательности. Ведь гипотеза ч. 5 ст. 165 УПК РФ имеет оценочный характер. По ее смыслу, органы дознания и предварительного следствия самостоятельно, по своему собственному усмотрению должны определять, имеют ли место в той или иной ситуации обстоятельства, не терпящие отлагательства. А в современных условиях, зачастую сопряженных с достаточно низким уровнем профессионализма, правосознания и личной ответственности многих следователей и дознавателей, возможность такого собственного усмотрения нередко явно выходит за допустимые рамки. В частности Р.А. Зинец, опираясь на статистические данные, отмечает, что в последнее время просматривается тенденция к активному использованию следователями полномочий по проведению обысков в соответствии с ч. 5 ст. 165 УПК РФ²⁸. На это обстоятельство также указывает и М.А. Фомин²⁹.

²⁴ См.: *Бородинов В.В.* Судебный контроль как способ предупреждения беспредметного обыска // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства и практики применения (к 5-летию УПК РФ): мат. междунар. науч.-практич. конф. М., 2007. С. 314.

²⁵ См.: *Серебров Д.О.* Указ. дис. С. 84.

Однако при этом попутно следует заметить, что он приветствует эту идею и предлагает придать ей законодательный характер, с чем мы принципиально не согласны.

²⁶ См.: *Колоколов Н.А.* Оперативный судебный контроль в уголовном процессе. М., 2008. С. 214.

²⁷ См.: *Серебров Д.О.* Указ. дис. С. 5–6.

²⁸ См.: *Зинец Р.А.* Указ. дис. С. 124.

²⁹ См.: *Фомин М.А.* Обыск в современном уголовном процессе России. М., 2006. С. 43.

Иными словами, следователи (дознаватели) в ряде случаев просто «маскируют» следственные действия в жилище под безотлагательные, либо искусственно создают соответствующие условия. Вследствие этого осмотр, выемка и особенно обыск проводятся без предварительного судебного решения в порядке ч. 5 ст. 165 УПК РФ.

Так, например, на сегодняшний день весьма распространенной является практика проведения оперативными сотрудниками по предварительной договоренности с органами расследования различных мероприятий (в частности, проверочных закупок наркотиков, оружия, поддельных денег и т.п.), сопровождающихся задержанием лица в вечернее время. Выбор данного времени нередко обуславливается искусственным созданием условий, исключающих возможность получения предварительного судебного решения на проведение осмотра или обыска по месту жительства задержанного.

В этой связи совершенно справедливым представляется мнение Н.А. Колоколова, что оценочный характер категории «случай, не терпящих отлагательства», к сожалению, создает порочную практику производства обысков в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, без крайней на то нужды³⁰. И наоборот, мы категорически не согласны с позицией А.А. Акимчева, полагающего, что следователь совсем не заинтересован в злоупотреблениях по этому поводу, поскольку о каждом таком случае обязательно уведомляется прокурор или судья. Как полагает названный автор, следователь не заинтересован рисковать в условиях подобной мнимой безотлагательности, так как это чревато последующим признанием соответствующего доказательства недопустимым³¹. Думается, что позиция А.А. Акимчева скорее сориентирована на следственных работников, являющихся истинными профессионалами своего дела и обладающими высоким уровнем правосознания и ответственности. Тогда как в современных условиях (что уже отмечалось выше) в отечественной правоприменительной практике с этим еще далеко не все благополучно.

Многие специалисты пытаются найти выход из сложившейся ситуации, посредством формулирования перечня конкретных обстоятельств, не терпящих отлагательства при производстве следственных действий. Такого мнения, в частности, придерживаются С.А. Шейфер³², М.А. Фомин³³ и А.А. Акимчев³⁴. Последний, кстати, полагает, что все многообразие подобных ситуаций нельзя охватить нормой закона и поэтому считает целесооб-

³⁰ См.: Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: учеб. пос. М., 2004. С. 164.

³¹ См.: Акимчев А.А. Указ. соч. С. 357.

³² См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. М., 2004. С. 57, 71.

³³ См.: Фомин М.А. Указ. соч. С. 44.

³⁴ См.: Акимчев А.А. Указ. соч. С. 357.

разным закрепить их на уровне постановления Пленума Верховного Суда РФ³⁵. Примерно этой же позиции в настоящее время придерживается руководство Следственного комитета при прокуратуре РФ, закрепив перечень обстоятельств, не терпящих отлагательств для производства следственных действий на уровне ведомственного нормативно-правового акта³⁶. Еще одна группа специалистов предлагает, на наш взгляд, более рациональный подход к проблеме: не определять конкретных обстоятельств, не терпящих отлагательства, а выработать и закрепить в законе критерии, позволяющие определить безотлагательность ситуации. Этому мнению придерживаются А.Б. Соловьев, разработавший систему таких критериев³⁷, и В.М. Быков, вносящий предложения по ее оптимизации³⁸.

Однако представляется, что и подобная конкретизация обстоятельств, не терпящих отлагательства, или даже формулирование специальных правовых критериев для производства неотложных следственных действий, если даже и позволят несколько снизить возможность произвола со стороны органов предварительного расследования (что маловероятно), то никоим образом не уведут правоприменителя от оценочного характера той или иной следственной ситуации. Несмотря на новые правовые гипотезы, основным критерием возможности производства следственного действия в порядке ч. 5 ст. 165 УПК РФ все равно останется внутреннее убеждение соответствующего следователя (дознателя), обусловленное исключительно его собственным профессионализмом, правосознанием и личной ответственностью. С другой стороны, введение исчерпывающего перечня обстоятельств, не терпящих отлагательства, или специальных критериев для производства неотложных следственных действий может привести к правовой беспомощности следователя в какой-то нетипичной ситуации, то есть не подпадающей под указанную в законе гипотезу, но, тем не менее, объективно требующей безотлагательного реагирования со стороны правоохранительных органов.

Таким образом, подводя небольшой итог сказанному, можно заключить, что установленный законодателем механизм предварительного судебного контроля за производством следственных действий в жилище явно не оправдывает возложенных на него надежд, а, наоборот, оказывает скорее негативное влияние на правоприменительную практику. С одной стороны, он создает дополнительные организационно-технические трудно-

³⁵ См.: Там же.

³⁶ См.: п. 9 приказа председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 6 «О мерах по организации предварительного следствия».

³⁷ См.: Соловьев А.Б. Обеспечение обоснованности проведения осмотра в жилище, обыска и выемки в жилище в исключительных случаях, не терпящих отлагательства // Уголовное право. 2004. № 2. С. 103–104.

³⁸ См.: Быков В.М. Указ. соч. С. 219–220, 224.

сти и явно затрудняет эффективность работы следственных органов, особенно на первоначальном этапе расследования. С другой же стороны, он обуславливает рост злоупотреблений со стороны отдельных следователей (дознавателей) в части реализации полномочий, предусмотренных ч. 5 ст. 165 УПК РФ. При этом очевидно, что *наиболее злостными субъектами такого злоупотребления являются именно те непрофессиональные и безответственные сотрудники органов предварительного расследования, от действий которых и должен в первую очередь защищать механизм судебного контроля.* Иными словами (как это не парадоксально), *право на неприкосновенность жилища в уголовно-процессуальной практике зачастую страдает именно из-за того, что, по мнению законодателя, является существенной гарантией его защиты – из-за механизма предварительного судебного контроля.*

На первый взгляд, можно предположить, что рассмотренный недостаток предварительного судебного контроля за производством следственных действий в жилище имеет исключительно организационно-кадровый аспект и вполне может быть устранен посредством повышения профессионализма, правосознания и личной ответственности сотрудников органов дознания и предварительного следствия. В этой связи мы не можем не согласиться с В.С. Шадриним, полагающим, что возникающие в процессе расследования дополнительные сложности могут компенсироваться за счет роста профессионального мастерства и улучшения организации работы органов расследования, усиления их технической поддержки, внедрения в практику расследования современных криминалистических методик и т.п.³⁹

Однако данный механизм имеет и еще один недостаток уже сугубо процессуального характера. Дело в том, что ч. 1–4 ст. 165 УПК РФ устанавливают такую форму предварительного судебного контроля за производством осмотра, обыска и выемки в жилище, которая осуществляется в условиях тайны, то есть посредством двусторонних правоотношений между судом и участниками уголовного процесса со стороны обвинения: дознавателем, следователем, прокурором. Как справедливо полагает Г.П. Химичева, подобное решение законодателя представляется оправданным, поскольку приоритет в данном случае скорее отдается сохранению тайны предварительного следствия, чем обеспечению прав участвующих в уголовном судопроизводстве лиц⁴⁰. С такой позицией согласны и многие другие специалисты. Например, К.И. Сутягин совершенно справедливо подчеркивает, что иное решение данного вопроса сводит на нет криминали-

³⁹ См.: Шадрин В.С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений: дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 1997. С. 128.

⁴⁰ См.: Химичева Г.П. Указ. соч. С. 306.

стическую тактику проведения этих следственных действий, существенно снижает степень их результативности⁴¹.

И действительно: как, например, можно не сохранять в тайне решение о производстве обыска или выемки, если эффективность этих следственных действий напрямую зависит от внезапности их проведения?

С данной позицией согласен и Конституционный Суд РФ, отметивший в одном из своих решений, что в противном случае следственные и иные процессуальные действия, достижение позитивных результатов которых в значительной степени обусловлено их внезапным и конфиденциальным характером, при уведомлении о предстоящем их проведении заинтересованных лиц могли бы утратить всякий смысл⁴².

При этом становится очевидным, что предусмотренные ч. 1–4 ст. 165 УПК РФ двусторонние правоотношения стороны обвинения с судом *полностью исключают механизм состязательности*. О какой состязательности может идти речь при необходимости сохранения в тайне подобного судебного решения вплоть до его исполнения.

Отсутствие состязательности при осуществлении предварительного судебного контроля уже неоднократно отмечалось в специальной литературе. Так, например, В.А. Яблоков указывает, что формы судебного контроля (предварительный и последующий) отличаются друг от друга присутствием одной или обеих спорящих сторон, то есть состязательным или лишенным состязательности характером судопроизводства. Предварительный судебный контроль в форме дачи судом разрешения на проведение действий, ограничивающих конституционные права граждан, вполне логично проводить при закрытых дверях, не оповещая при этом лицо, чьи права могут быть затронуты этим действием⁴³. На это обстоятельство также обращали внимание О.В. Рябкова⁴⁴, Е.Ю. Лихачева⁴⁵ и многие другие исследователи.

Иными словами, установленный законом порядок получения предварительного судебного решения на производство следственного действия в жилище не соответствует современному представлению о состязательных механизмах реализации судебной власти. Процессуальная схема этого

⁴¹ См.: *Сутягин К.И.* Основания и процессуальный порядок исключения недопустимых доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу. М., 2008. С. 109.

⁴² См.: определение Конституционного Суда РФ от 25 марта 2004 г. № 124-О.

⁴³ См.: *Яблоков В.А.* Указ. дис. С. 97.

⁴⁴ См.: *Рябкова О.В.* Судебный контроль на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 150.

⁴⁵ См.: *Лихачева Е.Ю.* Правообеспечительная роль правосудия в досудебном производстве по уголовным делам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 20.

механизма, в частности, взаимоотношений суда с другими участниками уголовного судопроизводства, не укладывается в общепринятые и известные формы судебной деятельности. Она скорее похожа на судебское санкционирование, которое никак не отвечает намерениям законодателя. Практика, как показывает ее обобщение, развивается в направлении, близком к этому⁴⁶. Как справедливо отмечает В.В. Кальницкий, поскольку в подобном судебном заседании нет сторон, то главное преимущество судебной процедуры – правовой спор – сводится к нулю, а судья без выяснения мнения сторон беспомощен и действует в качестве обычного должностного лица, например, прокурора⁴⁷.

Следовательно, предварительный судебный контроль в этой части скорее напоминает не деятельность суда, а некую административную процедуру. Он мало чем отличается от существовавшего ранее (по УПК РСФСР 1960 г.) прокурорского порядка санкционирования обыска; разница по существу заключается лишь в том, что роль прокурора теперь выполняет другое должностное лицо – судья. А решение по-прежнему принимается исключительно на основании представленных стороной обвинения материалов⁴⁸. Кстати, подобные материалы, например, результаты оперативно-розыскной деятельности, зачастую носят сомнительный характер и не имеют формы доказательств.

По поводу последнего обстоятельства многими специалистами не раз высказывалось мнение относительно необходимости принятия решения о производстве следственных действий, затрагивающих конституционные права личности, исключительно на основе доказательств⁴⁹ или иных данных, полученных процессуальным путем⁵⁰. С одной стороны, данная позиция является абсолютно справедливой. Однако, на наш взгляд, ее авторы в

⁴⁶ См.: *Лихачева Е.Ю.* Указ. автореф. С. 20.

⁴⁷ См.: *Кальницкий В.В.* УПК РФ не обеспечивает процессуальную независимость суда // Новый уголовно-процессуальный закон: теория и практика применения: материалы межведомственного круглого стола / под ред. О.А. Галустяна, О.И. Цоколовой. М., 2003. С. 44.

⁴⁸ В этой связи совершенно справедливым представляется суждение, высказанное А.В. Солодиловым, что судебный контроль не может и не должен заменять собой прокурорский надзор в уголовном процессе (см.: *Солодилов А.В.* Указ. дис. С. 73).

⁴⁹ См., напр.: *Корнуков В.М.* Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. Саратов, 1987. С. 168–169; *Муратова Н.Г.* Указ. соч. С. 150; *Смирнов А.В., Калиновский К.Б.* Уголовный процесс: учебник / под ред. А.В. Смирнова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 379; *Баранова М.А.* Гарантирует ли ч. 5 ст. 165 УПК РФ конституционное право на неприкосновенность жилища? // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 15-летию Конституции РФ / под ред. И.М. Мацкевича, Е.С. Шугриной. Т. 2. М., 2009. С. 332 и т.д.

⁵⁰ См.: *Семенцов В.А.* Указ. соч. С. 229.

очередной раз идеализируют защиту прав и свобод личности в этой части. Если посмотреть на проблему с другой, сугубо практической стороны, становится очевидным ее несостоятельность. Так, в условиях процессуального цейтнота на первоначальном этапе расследования (что уже отмечалось выше) органы дознания или предварительного следствия просто не будут иметь реальной возможности надлежащего закрепления основания для производства осмотра, обыска или выемки в процессуальную форму. И в результате – опять все те же описанные выше негативные последствия: отказы от производства ряда следственных действий или их необоснованное проведение под видом безотлагательных.

В этой связи мы скорее согласны с авторами, допускающими возможность аргументации целесообразности производства следственных действий не только доказательствами, но и наряду с ними и иными сведениями, в том числе материалами оперативно-розыскной деятельности⁵¹. Тем более что и сам УПК РФ не содержит прямого предписания об исключительном доказательственном обосновании судебного решения о производстве следственных действий.

Однако если даже предположить существование подобного предписания и условно допустить возможность получения судебного решения о производстве осмотра, обыска или выемки в жилище не иначе как на основе доказательств, то реальная расстановка сил от этого существенно не изменится. Ведь в отсутствие состязательности судебного заседания все равно возникнет целый ряд вопросов. Например, кто и каким образом сможет противостоять стороне обвинения при судебном исследовании представленных доказательств? Кто попытается повлиять на признание этих доказательств недопустимыми, если они получены с нарушением закона? Очевидно, что действующий порядок принятия предварительного судебного решения о производстве следственных действий в жилище не дает ответа на эти вопросы.

Таким образом, думается, что независимо от формы представленных в суд сведений процедура предварительного судебного контроля за законностью производства следственных действий в большинстве случаев просто теряет всякий смысл.

Кстати, на данный факт указывают и статистические данные, согласно которым суды удовлетворяют ходатайства органов предварительного расследования о проведении следственных действий в жилище практически в 100% случаев. А редкие отказы обусловлены исключительно формальными основаниями (например, несоблюдением срока представления в

⁵¹ См., напр.: *Фомин М.А.* Указ. соч. С. 36; *Литвинова И.Ф.* Обеспечение неприкосновенности жилища при проведении обыска // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства и практики применения (к 5-летию УПК РФ): мат. междунар. науч.-практич. конф. М., 2007. С. 364.

суд материалов и т.д.). Так, в частности Х.П. Шептунова в своем диссертационном исследовании приводит данные, согласно которым за период с 2004 по 2007 гг. в Оренбургской области относительный ежегодный показатель количества удовлетворенных судами ходатайств о производстве следственных действий в жилище колебался в пределах от 97,6% до 98,5%⁵². По данным А.Б. Соловьева, ходатайства следователей о производстве осмотров, обысков и выемок в жилище удовлетворяются 97,8% случаев⁵³. К.В. Степанов указывает, что количество отклоняемых судом ходатайств о производстве следственных действий варьируется в пределах от 0%⁵⁴.

Отчет о работе судов первой инстанции по рассмотрению уголовных дел за 12 месяцев 2008 г., опубликованный на официальном сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ⁵⁵, содержит следующие данные: за 2008 г. судами всего было рассмотрено 140 268 ходатайств органов предварительного расследования о производстве осмотра, обыска или выемки в жилище. Из них было удовлетворено – 136 630, т.е. 97,4% от общего количества.

Проведенный нами собственный опрос студентов вечернего и заочного отделений Института правоведения МГЮА, работающих в судах г. Москвы и ряда регионов Центрального федерального округа, показал примерно такие же результаты. Причем в некоторых районных судах Владимирской, Тульской и Ярославской областей этот показатель также достигает абсолютного уровня в 100%.

В этой связи представляется разумным суждение И.Л. Петрухина, который пишет, что если все или почти все ходатайства следственных органов суд удовлетворяет, то зачем в таком случае вообще судебный контроль?⁵⁶ Осуществляемый при отсутствии состязательности предварительный судебный контроль за осмотром, обыском или выемкой – это очень малоэффективная и весьма сомнительная гарантия обеспечения права на

⁵² См.: Шептунова Х.П. Указ. дис. С. 110–111.

⁵³ См.: Соловьев А.Б. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях // Буланова Н.В., Соловьев А.Б., Токарев М.Е. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 52–53.

⁵⁴ См.: Степанов К.В. Проблема существенности нарушений закона при осуществлении судебного контроля за досудебным производством. // Обеспечение неприкосновенности жилища при проведении обыска // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства и практики применения (к 5-летию УПК РФ): мат. междунар. науч.-практич. конф. М., 2007. С. 377.

⁵⁵ См.: отчет о работе судов первой инстанции по рассмотрению уголовных дел за 12 месяцев 2008 г. // <http://www.cdep.ru/statistics.asp?search_frm_auto=1&dept_id=8>

⁵⁶ См.: Петрухин И.Л. Об эффективности судебного контроля за следствием и оперативно-розыскной деятельностью // Уголовное право. 2007. № 2. С. 92.

неприкосновенность жилища. Как совершенно справедливо отмечают Е.А. Зайцева и Н.В. Костерина, судья не может априори проверить законность и обоснованность еще не состоявшегося решения органа расследования. Тем более что данное решение будут принимать не эти органы, а сам суд, который и должен обеспечить законный режим ограничения конституционных прав и свобод в стадии предварительного расследования. И, следовательно, он сам обязан принять законное и обоснованное правоограничительное решение⁵⁷.

Таким образом, в сложившейся ситуации просто невозможно не согласиться с В.М. Быковым, полагающим, что посредством предварительного судебного контроля лишь создаются искусственные правовые преграды для своевременного производства следователем рассматриваемых следственных действий, а это снижает эффективность предварительного расследования в целом и является порой одной из причин того, что некоторые преступления остаются нераскрытыми⁵⁸.

Более того, механизм получения предварительного судебного решения на производство следственных действий в жилище не только малоэффективен и затруднителен. На наш взгляд, он порождает дальнейшую безнаказанность действий органов дознания и предварительного следствия. Ведь получив в свое распоряжение решение суда о производстве осмотра, обыска или выемки в жилище, они приобретают весьма широкие возможности. Прикрываясь этим решением как своеобразным «процессуальным щитом», сотрудники органов дознания или предварительного следствия могут действовать почти бесконтрольно. При этом законность и обоснованность их поведения практически «неоспоримы», так как уже предварительно были санкционированы судом, т.е. получили его одобрение.

Самым парадоксальным в этой ситуации является тот факт, что заинтересованные лица даже не имеют реальной возможности последующего обжалования подобных бесконтрольных действий в суд. Ведь согласно ч. 1 ст. 125 УПК РФ, жалобы на неправомерное поведение дознавателя или следователя направляются в районный суд по месту предварительного расследования – то есть именно в тот самый суд, который ранее и выдавал решение на производство обжалуемого следственного действия. При этом данная проблема приобретает особую актуальность применительно к деятельности небольших районных судов с малой штатной численностью судей.

⁵⁷ См.: Зайцева Е.А., Костерина Н.В. Указ. соч. С. 39.

Кстати, попутно заметим, что указанные авторы вообще достаточно скептически относятся к предварительным судебным решениям за производством следственных действий как к форме судебного контроля. По их мнению, в данном случае ни о какой контрольной функции суда вообще не может идти речь, поскольку судья сам принимает соответствующее решение (см.: Там же. С. 34).

⁵⁸ См.: Быков В.М. Указ. соч. С. 210.

Таким образом, резюмируя все вышесказанное, мы приходим к выводу, что основной способ обеспечения конституционного права на неприкосновенность жилища при производстве следственных действий – предварительный судебный контроль – *представляет собой весьма слабую, малоэффективную и достаточно сомнительную процессуальную гарантию*. Более того, его использование оказывает скорее негативное влияние на современную правоприменительную практику. А вместе с тем, как отмечают многие исследователи, актуальнейшей задачей современных ученых является разработка такой модели судебного контроля за предварительным расследованием, которая, помимо всего прочего, станет реальной преградой на пути нарушения прав личности и злоупотреблений со стороны органов государства⁵⁹.

С другой стороны, полный отказ государства от использования механизма судебного контроля в этой части также представляется нецелесообразным. Как уже отмечалось выше, мы полагаем, что идея судебного контроля в целом весьма прогрессивна, а его использование является существенной правовой гарантией и отвечает международным стандартам в сфере обеспечения прав и свобод личности.

Следовательно, выход из сложившейся ситуации может быть только один: судебный контроль за процессуальными действиями, проводимыми в жилище, всегда должен носить исключительно последующий характер.

Подобный механизм, с одной стороны, не будет оказывать негативное влияние на быстроту, внезапность и, следовательно, эффективность проведения осмотра, обыска или выемки. С другой стороны, последующий контроль позволит обеспечить состязательность как необходимое условие реализации судебной власти.

Как справедливо полагает И.В. Чепурная, при рассмотрении уведомления о проведении следственного действия без разрешения суда могут принимать участие и лица, конституционные права и процессуальные интересы которых данным следственным действием были нарушены, а также их защитники и представители. В подобной ситуации уже нет необходимости сохранять в тайне следственное действие, поскольку оно рассматривается как уже свершившийся факт и присутствие всех сторон, на ее взгляд, необходимо. Следовательно, суд сможет более полно и объективно рассмотреть ситуацию и вынести законное и обоснованное решение. Этот порядок рассмотрения проведенных без решения суда следственных действий в полной мере отвечает принципам состязательности уголовного процесса⁶⁰. В свою очередь, А.В. Солодилов отмечает, что пояснения проживающих в жилом помещении лиц по поводу их несогласия с производст-

⁵⁹ См., напр.: Яблоков В.А. Указ. дис. С. 61.

⁶⁰ См.: Чепурная И.В. Указ. дис. С. 127.

вом следственных действий могут в серьезной степени иметь значение для решения вопроса о законности и обоснованности проведения таковых⁶¹.

Таким образом, мы полностью согласны с высказанной по данному поводу позицией В.М. Быкова, что существующая в УПК РФ процедура последующего судебного контроля за производством следственных действий содержит в себе достаточно процессуальных гарантий, чтобы защитить права и законные интересы граждан, вовлеченных в производство следственных действий⁶².

Более того, мы считаем этот механизм единственной возможностью полноценного контроля суда за законностью следственных действий в жилище, осуществляемого как в условиях процессуальной состязательности, так и эффективности самой подконтрольной деятельности. Представляется, что механизм последующего судебного контроля будет служить гарантией не только законности, но и обоснованности проведенных осмотра, обыска или выемки. Он позволит уже по факту сопоставить изложенные в постановлении следователя или дознавателя основания с реальной картиной следственного действия (с протоколом, с объяснениями заинтересованных лиц и т.д.). Итак, именно последующий судебный контроль должен стать «победителем» в рассмотренной нами «конкурентной борьбе» с предварительным судебным контролем и полностью вытеснить его из сферы обеспечения права на неприкосновенность жилища в уголовном судопроизводстве.

Подводя итог всему вышесказанному, хотелось бы отметить, что в данной статье мы всего лишь попытались проанализировать существенные недостатки предварительного судебного контроля за производством следственных действий в жилище. В результате мы пришли к выводу о необходимости полной отмены данного процессуального механизма в этой части и его замены на контроль последующий. Однако при этом сжатый объем статьи не позволяет более подробно остановиться на последующем судебном контроле. А ведь этот механизм и в теории и на законодательном уровне проработан в еще более слабой степени, чем предварительный контроль. В частности, не определены поводы для назначения судебного заседания, не очерчен круг участников судебного заседания, не сформированы процедурные правила его проведения и т.д.

Все указанные вопросы мы попытаемся рассмотреть в последующем.

Материал поступил в редакцию 26.05.09.

⁶¹ См.: Солодилов А.В. Указ. дис. С. 287.

⁶² См.: Быков В.М. Указ. соч. С. 218.