

МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИИ
ОРЛОВСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

Д.В. Сопов

ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ
ОСНОВЫ ЗАДЕРЖАНИЯ ЛИЦА ПО ПОДОЗРЕНИЮ
В СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Учебное пособие



ОРЕЛ
ОрЮОИ МВД России
2007

УДК 34 С 6
ББК 67.99(2)9
С 48

Рецензенты:

- заместитель начальника Следственного управления при УВД по Орловской области, полковник юстиции Пирогов Ю.А.;
- начальник кафедры организации предварительного следствия в органах внутренних дел ОрЮИ МВД России, кандидат юридических наук, майор милиции Булыжкин А.В.

Сопов Д.В.

С 48 Правовая сущность и процессуальные основы задержания лица по подозрению в совершении преступления: Учебное пособие. / Д.В. Сопов. Орел: ОрЮИ МВД России, 2007. – 68 с.

В учебном пособии дана комплексная характеристика одной из важнейших мер уголовно-процессуального принуждения – задержание подозреваемого в совершении преступления. Проанализированы правовая сущность задержания и его место в системе мер уголовно-процессуального принуждения, рассмотрены основания, порядок и сроки задержания лица по подозрению в совершении преступления, особенности задержания отдельных категорий лиц.

Учебное пособие предназначено для курсантов, слушателей и студентов юридических ВУЗов и факультетов, работников правоохранительных органов, всех, интересующихся проблемами уголовно-процессуальной деятельности в Российской Федерации.

УДК 34 С 6
ББК 7.99(2)9

© ОрЮИ МВД России, 2007 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	4
§1. Правовая сущность процессуального задержания и его место в системе мер уголовно-процессуального принуждения.....	6
§2. Общие и специальные основания задержания подозреваемого в совершении преступления.....	23
§3. Процессуальный порядок и сроки задержания подозреваемого в совершении преступления.....	35
§4. Особенности задержания обвиняемого и отдельных категорий лиц.....	58
Заключение.....	65
Список использованной литературы.....	67

ВВЕДЕНИЕ

Задержание – важное средство достижения задач уголовного судопроизводства, но в то же время оно затрагивает конституционное право гражданина на неприкосновенность личности. Являясь составной частью института мер процессуального принуждения, задержание по своим целям и задачам близко примыкает к мерам пресечения (главным образом, к заключению под стражу), но не относится к последним.

Правовая регламентация задержания подозреваемого содержится в гл. 12 УПК РФ и базируется на положениях Конституции Российской Федерации (ст. 22 и другие). Российская Конституция и законодательство в свою очередь в рассматриваемом аспекте основываются на положениях целого ряда международных документов

В этой связи, задержание как процессуальное действие имеет под собой развернутую законодательную и международно-правовую основу.

Институт процессуального задержания подробно исследовался учеными-процессуалистами применительно к УПК РСФСР. Большое внимание уделяется задержанию и в настоящее время, после вступления в силу УПК РФ.

Необходимо упомянуть работы А. П. Гуляева, в которых разъясняются как теоретические, так и практические вопросы задержания подозреваемого¹.

Большой вклад в разработку проблем уголовно-процессуального задержания внес С. П. Щерба².

И. Л. Петрухин подробно исследовал понятие и основания задержания подозреваемого и разработал ряд положений, охватывающих все стороны применения указанной меры принуждения. Система норм была включена в Теоретическую модель уголовно-процессуального законодательства Союза ССР и РСФСР 1990 г.³

Рассмотрению вопросов процессуального задержания посвящена фундаментальная работа В. Н. Григорьева «Задержание подозреваемого», в которой проведен анализ и предложены решения процессуальных, организационных и тактических проблем задержания лица, подозреваемого в совершении преступления⁴.

Из недавних работ следует отметить монографию Б. Б. Булатова «Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве»⁵, значительная часть

¹ См.: Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Комментарий к Положению о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления / Под ред. С. В. Мурашова. М.: Юридическая литература, 1982; Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 241–249.

² См.: Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М.: Спарк, 2002. С. 213–220.

³ См.: Петрухин И. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989; Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР: Теоретическая модель. М., 1990.

⁴ См.: Григорьев В. Н. Задержание подозреваемого. М.: ЮрИнфоР, 1999.

⁵ См.: Булатов Б. Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: Монография. Омск: ОА МВД РФ, 2003. С. 45–60.

которой посвящена вопросам задержания, а также известную в научных кругах монографию О. И. Цоколовой «Задержание подозреваемого»¹.

Вступление в силу УПК РФ, безусловно, вызвало много проблем на практике. Сокращение на треть срока задержания поставило следователей и дознавателей в условия дефицита времени для формирования доказательственной базы; многоступенчатый порядок заключения под стражу создал трудности организационного порядка.

Заместитель председателя Комитета по законодательству Государственной Думы ФС РФ Е. Б. Мизулина высказывалась по этому поводу: «Новый УПК сделал сложным порядок ареста и задержания. Сделано это для того, чтобы все процессуальные участники ареста и задержания могли проникнуться чувством ответственности, возлагаемой на них обществом, доверяющим им столь острый инструмент принуждения, чтобы они соизмеряли необходимость его применения в каждом конкретном случае. Нет сомнения, что число необоснованных арестов и задержаний сократится, причем значительно, уже в самое ближайшее после вступления в действие УПК РФ время»².

Действительно, количество задержаний и арестов значительно сократилось, хотя это не свидетельствует о реальном снижении уровня преступности. Напротив многие проблемы остаются нерешенными.

Настоящее пособие посвящено прежде всего исследованию процессуальных основ и проблем задержания подозреваемого, как имевших место ранее, так и возникших в связи со вступлением в силу нового уголовно-процессуального закона.

¹ Цоколова О. И. Задержание подозреваемого // М.: ВНИИ МВД России, 2004.

² Мизулина Е. Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 15.

§1. ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАДЕРЖАНИЯ И ЕГО МЕСТО В СИСТЕМЕ МЕР УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

Уголовно-процессуальный кодекс РФ относит задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, к мерам процессуального принуждения. Основаниям и порядку процессуального задержания посвящена гл. 12 УПК РФ.

В УПК РСФСР, задержание предусматривалось в гл. 9, посвященной полномочиям органов дознания. Вместе с тем в теории уголовного процесса задержание принято было относить к мерам процессуального принуждения, поэтому следует считать вполне оправданным помещение положений, относящихся к задержанию, в раздел IV УПК РФ «Меры процессуального принуждения».

Процессуальные нормы о задержании подозреваемого базируются на положениях статьи 22 Конституции России, которая устанавливает, что до судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок не более 48 часов.

Имеется законодательное определение понятия задержания подозреваемого: «Задержание подозреваемого – мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления» (п. 11 ст. 5 УПК РФ).

На наш взгляд, это определение далеко от совершенства, так как не раскрывает сущности данной меры принуждения, указывая лишь срок ее действия, и, кроме того, понятие задержания законодатель пытается раскрыть через понятие «фактического задержания», что само по себе не способствует точности формулировок.

Анализ института процессуального задержания позволяет раскрыть его правовую сущность, выделив следующие характерные черты:

- 1) задержание, несомненно, является мерой процессуального принуждения;
- 2) задержание возможно только после возбуждения уголовного дела;
- 3) оно состоит в изоляции лица от общества и помещении его в специально предназначенное учреждение – изолятор временного содержания;
- 4) изоляция носит кратковременный характер – до 48 часов (возможно продление еще на 72 часа);
- 5) для задержания необходимо наличие специальных оснований, указанных в законе;
- 6) задержание возможно в отношении подозреваемого, а в некоторых случаях – и в отношении обвиняемого;
- 7) целью задержания является установление причастности или непричастности задержанного к совершению преступления;
- 8) как цель задержания можно также обозначить обеспечение судебной процедуры решения вопроса об аресте данного лица;

9) задержание относится, как правило, к числу процессуальных действий, не терпящих отлагательства, и в большинстве случаев осуществляется на первоначальном этапе расследования уголовного дела;

10) решение о задержании может принять следователь, орган дознания и дознаватель. Вместе с тем решение о продлении срока задержания свыше 48 часов принимает суд.

Изложенное позволяет дать следующее определение процессуального задержания подозреваемого:

Задержание подозреваемого – это мера процессуального принуждения, состоящая в кратковременной изоляции от общества лица, подозреваемого в совершении преступления, применяемая следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором, имеющая целью установление причастности или непричастности данного лица к совершению преступления, а также обеспечение судебной процедуры решения вопроса о его аресте.

Рассмотрим подробнее цели процессуального задержания. Необходимо отметить, что в законе цели задержания прямо не указываются. В ч. 2 ст. 92 УПК упоминается о «мотивах» задержания, при этом не разъясняется, что относится к таковым. УПК РСФСР также упоминал о «мотивах задержания», не разъясняя, однако, что же следует к ним относить (ч. 3 ст. 122 УПК РСФСР). При составлении протокола задержания по ст. 122 УПК РСФСР в качестве мотивов указывалось: 1) предотвращение возможности скрыться от следствия и суда; 2) предотвращение возможности воспрепятствовать совершению преступления; 3) пресечение преступления. По сути, перечислялись основания применения меры пресечения (ст. 89 УПК РСФСР).

Полагаем, что упоминание о мотивах процессуальных действий не вполне уместно в процессуальном законодательстве. Мотив – это побуждение, мотив может быть не конкретизирован, не определен, что недопустимо, когда речь идет о лишении свободы, пусть даже краткосрочном. Цель как тот результат, на достижение которого направлены действия должностного лица, вполне определена и конкретна.

1. Правомерным будет указание на то, что задержание подозреваемого одной из своих целей имеет решение вопроса о заключении данного лица под стражу уже в порядке избрания меры пресечения. При наличии иных данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, оно может быть задержано, если дознавателем с согласия прокурора или следователем с согласия начальника следственного органа в суд направлено ходатайство об избрании в отношении указанного лица меры пресечения в виде заключения под стражу (ч. 2 ст. 91 УПК РФ).

2. Следующей целью может быть указано пресечение преступной деятельности. Лицо может быть задержано, когда оно застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения (п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК РФ). В данном случае фактическое задержание происходит в момент совершения преступления, субъект задерживается, что называется, «с поличным». Ко всему прочему задержание на месте преступления предупреждает дальнейшую преступную деятельность данного субъекта.

3. Наконец, важнейшей целью процессуального задержания необходимо считать выяснение причастности или непричастности подозреваемого к совершению преступления, обеспечение процесса доказывания по делу. Будучи изолированным от общества, субъект лишается возможности воздействовать на собирание доказательств. Именно по этой причине следователь и органы дознания должны активизировать работу по формированию доказательственной базы именно в период, когда подозреваемое лицо задержано.

4. Не следует забывать и о предотвращении возможности скрыться от следствия как важнейшей цели задержания подозреваемого.

Положение о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления (утверждено Указом Президиума Верховного Совета СССР от 13 июля 1976 г. № 4203-IX; утратило силу в соответствии с Федеральным законом от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ) устанавливало следующие цели задержания подозреваемого: 1) выяснение причастности задержанного к преступлению; 2) разрешение вопроса о применении к задержанному меры пресечения в виде заключения под стражу. А. П. Гуляев расширительно толковал цели кратковременного задержания, относя к ним также устранение препятствий к установлению истины по уголовному делу, воспрепятствование продолжению преступных действий или совершению подозреваемым нового преступления; воспрепятствование уклонению от предварительного расследования¹.

С. П. Щерба дает следующий комментарий: «Учитывая, что задержание допускается в целях выяснения причастности задержанного лица к преступлению, а также решения вопроса о применении к нему меры пресечения в виде заключения под стражу, оно может быть применено только по возбужденному уголовному делу. Запрещается использовать задержание как средство получения от подозреваемого признания вины в совершенном преступлении». К мотивам задержания С. П. Щерба относит «обоснованные сомнения, что подозреваемый может совершить другое преступление, воспрепятствовать предварительному расследованию, уничтожить следы преступления и иные имеющиеся фактически данные»².

Говоря о процессуальном институте задержания, необходимо особо отметить неотложный характер этой меры принуждения. Задержание не может быть длительно подготавливаемым действием. Если доказательств виновности лица в совершении преступления достаточно, необходимо предъявить обвинение и применить меру пресечения, включая заключение под стражу. Задержание же применяется тогда, когда ситуация развивается неожиданно для органов расследования: лицо застигнуто на месте преступления; поступило сообщение об обнаружении явных следов преступления; обнаружено разыскиваемое лицо и т. д.

¹ См.: Гуляев А. П., Данилюк С. А., Забарин С. Н. Задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления: Учебное пособие / Под ред. А. П. Гуляева. М.: ВНИИ МВД СССР, 1988. С. 7–8.

² Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М.: Спарк, 2002. С. 216.

УПК РФ не содержит перечня неотложных следственных действий, соответственно, любое действие можно полагать неотложным. Вместе с тем в большинстве случаев задержание производится непосредственно после возбуждения уголовного дела. Следует отметить, что УПК РСФСР относил задержание к числу неотложных следственных действий (ч. 1 ст. 119 УПК РСФСР).

В соответствии с ч. 1 ст. 91 УПК, задержание подозреваемого возможно за любое преступление, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы. Однако представляется все же, что задержание как мера принуждения наиболее приемлемо при совершении «общеуголовных» преступлений. И, напротив, за преступления в сфере экономической деятельности, должностные преступления, расследование которых требует длительной предварительной проверки и следственная ситуация по которым развивается достаточно планомерно, задержание должно применяться в исключительных случаях.

Неотложный характер рассматриваемой меры принуждения особо отмечает А. П. Гуляев, давая следующее определение: «Задержание по своему характеру – неотложная мера принуждения, представляющая собой кратковременное заключение под стражу лица, заподозренного в совершении преступления. Неотложностью этой меры объясняется то, что она применяется без предварительной санкции прокурора или суда, а потому и на краткий срок, в течение которого, тоже в неотложном порядке, выясняется обоснованность подозрения и необходимость применения к задержанному меры пресечения в виде заключения под стражу»¹.

Задержание, как указывалось выше, относится к мерам процессуального принуждения. Процессуальное действие определяется законом как следственное, судебное или иное действие, предусмотренное УПК (п. 32 ст. 5 УПК). Является ли задержание следственным действием? Как указано выше, ч. 1 ст. 119 УПК РСФСР относил задержание к числу неотложных следственных действий. УПК РФ в гл. 12 относит его к мерам процессуального принуждения, не включая в число следственных действий. По смыслу ст.ст. 164, 165 УПК РФ, задержание в число следственных действий также не входит.

Понятие следственного действия остается теоретическим. По общепринятой позиции, следственное действие – это процессуальное действие, направленное на получение доказательств по уголовному делу. «Следственные действия – это производимые в строгом соответствии с законом операции, направленные на обнаружение, закрепление и проверку доказательств»².

Направлено ли задержание на получение доказательств? Н. А. Власова указывает: «Задержание является одновременно следственным действием и мерой уголовно-процессуального принуждения. Основания задержания имеют существенное доказательственное значение по делу. Кроме того, задержание лишает подозреваемого возможности скрыться, помешать установлению истины или продолжить преступную деятельность»³. С. Шейфер относит задержа-

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 37.

² Власова Н. А. Уголовный процесс: Курс лекций. М.: Щит - М, 2000. С. 92.

³ Там же. С. 96.

ние к числу следственных действий, считая его познавательной деятельностью, направленной на получение доказательственной информации¹. А. П. Гуляев также указывает, что протокол задержания с учетом его содержания, включающего результаты личного обыска и другие обстоятельства задержания, имеет значение не только удостоверяющего задержание документа, но и значение источника доказательств².

Безусловно, одна из основных целей задержания – это обеспечение процесса доказывания по делу, но само по себе задержание никаких новых доказательств по делу не создает, и протокол задержания подозреваемого доказательством по делу не является. Если даже лицо задержано на месте преступления, то протокол составляется позднее и не может служить доказательством того, что лицо совершило или не совершало данное преступление. Сам факт задержания на месте преступления должен быть подтвержден показаниями тех сотрудников милиции или иных лиц, которые обнаружили преступление и произвели задержание. Согласимся с тем, что следователь или дознаватель, который застиг преступника на месте происшествия, становится важным свидетелем – очевидцем по делу, в связи с чем уже не может производить расследование.

Таким образом, задержание следует считать процессуальной мерой принуждения, не включая в число следственных действий.

Какова же процессуальная сущность института задержания подозреваемого? Безусловно, задержание нельзя относить к мерам процессуальной ответственности, так как характера штрафной санкции за совершенное правонарушение эта мера не имеет. Задержание осуществляется для того, чтобы пресечь преступление, собрать доказательства причастности или непричастности лица к совершению преступления, предотвратить сокрытие подозреваемого от органов предварительного расследования. Согласимся с тем, что задержание является обеспечительной мерой процессуального принуждения, направленной на создание условий для успешного раскрытия и расследования преступления. Следует также указать на то, что эта мера сугубо предварительная, применение которой не означает, что данный субъект непременно будет осужден и лишен свободы.

Нами уже приводилось законодательное определение, в соответствии с которым задержание подозреваемого есть мера процессуального принуждения, срок которой исчисляется с момента фактического задержания. Момент фактического задержания – это момент производимого в порядке, установленном УПК, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления (п.п. 11, 15 ст. 5 УПК). Не вызывает сомнений, что собственно задержание состоит в том, что лицо изолируется и помещается в специальное учреждение – изолятор временного содержания (ИВС). Однако момент «фактического лишения свободы передвижения» может существенным

¹ См.: Шейфер С. Проблемы развития системы следственных действий в УПК РФ // Уголовное право. М., 2002. № 3. С. 91.

² Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 245.

образом расходиться во времени с моментом помещения лица в ИВС и даже с моментом доставления к следователю (дознавателю).

В соответствии с УПК РСФСР, момент начала задержания определялся моментом доставления к следователю. Правила внутреннего распорядка изоляторов временного содержания подозреваемых и обвиняемых органов внутренних дел (утв. приказом МВД РФ от 26 января 1996 г. № 41, согласованы с Генеральной прокуратурой РФ 3 января 1996 г.) в п. 2.3 до настоящего времени содержат указания о том, что срок задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, исчисляется с момента доставления этого лица в орган дознания или к следователю, а если задержание указанного лица производится на основании постановления о задержании, вынесенного органом дознания или следователем, то с момента фактического его задержания.

Действующая формулировка вызывает разночтения, так как «фактическое лишение свободы передвижения» можно толковать по-разному.

1. Это физическое удержание, захват лица сотрудниками милиции или иного компетентного органа, которое может производиться на месте происшествия или при обнаружении лица, находившегося под подозрением. Однако такая трактовка, на первый взгляд буквально соответствующая формулировке УПК РФ, вызывает возражения, так как, во-первых, в момент обнаружения происшествия зачастую весьма сложно определить, наличествуют ли в нем признаки преступления; во-вторых, с момента удержания до момента доставления к следователю (дознавателю) может пройти достаточно много времени. Включать это время в срок задержания недопустимо, так как следователь (дознаватель) не имеет возможности принять какое-либо решение относительно данного лица и никаких процессуальных действий в это время не производится.

2. Это момент доставления в ОВД. Такая позиция также подвержена критике: 1) процессуальное лицо (следователь, дознаватель) не в состоянии контролировать кого, когда и по какому поводу доставляют в ОВД. Обязывать включать в срок задержания, обозначенный в протоколе, все то время, которое доставленное лицо находится в ОВД, недопустимо, так как в этом случае протоколом процессуального задержания будут прикрываться нарушения законности, которые допускаются при длительном нахождении задержанных в ОВД без какого-либо документального оформления; 2) на момент доставления лица в ОВД перспектива возбуждения уголовного дела зачастую остается неясной, требуется предварительное, хотя бы краткое разбирательство.

3. С момента доставления к следователю (дознавателю). Полагаем, что этот момент наиболее приемлемо относить к задержанию, так как именно с момента доставления к следователю (дознавателю) начинают совершаться процессуальные действия в отношении задержанного, составляется протокол и т. д. Задержание должно иметь под собой процессуальные основания, перечисленные в ст. 91 УПК, наличие таких оснований может быть выяснено только после доставления к следователю. Задержание лица в качестве подозреваемого до установления в деле таких оснований не соответствует закону. Сам уголовно-процессуальный закон отсчитывает время составления протокола задержания именно с момента доставления подозреваемого к следователю, в орган дозна-

ния или дознавателю (ч. 1 ст. 92 УПК). Если лицо после доставления к следователю не освобождается, это и означает, что произошло фактическое лишение его свободы передвижения по процессуальным основаниям.

4. С момента составления протокола задержания. Здесь нужно учитывать, что протокол может быть составлен в течение 3 часов после доставления к следователю (ч. 1 ст. 92 УПК), и время его составления может серьезно разниться с временем начала лишения свободы передвижения подозреваемого лица.

5. С момента помещения в ИВС. Такой вариант неприемлем, так как помещение в ИВС возможно только на основании протокола задержания, а протокол составляется по факту уже состоявшегося задержания.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что задержание подозреваемого является процессуальным действием с того момента, как лицо доставлено к следователю (в орган дознания). Именно с этого момента начинается фактическое лишение подозреваемого свободы передвижения по процессуальным основаниям, именно с этого момента следует исчислять срок задержания и указывать это время в протоколе задержания. Физическое удержание лица до этого момента нельзя рассматривать как процессуальное задержание подозреваемого, а следует трактовать как допроцессуальную деятельность, которая может быть направлена на пресечение преступных действий и лишение правонарушителя возможности скрыться. Вместе с тем, если задержание подозреваемого производится по письменному поручению (постановлению) следователя (дознавателя), то момент фактического задержания определяется моментом фактического захвата лица.

Утратившее силу Положение о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления, в ст. 3 устанавливало: «Срок задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, исчисляется с момента доставления этого лица в орган дознания или к следователю, а если задержание указанного лица производится на основании постановления о задержании, вынесенного органом дознания или следователем, то с момента фактического его задержания». Полагаем, что в действующий процессуальный закон следовало бы добавить четкое определение момента начала процессуального задержания лица.

Комментируя в 1982 г. вышеуказанное Положение, А. П. Гуляев указывал, что само по себе доставление в орган дознания или к следователю, если оно не произведено по предварительному указанию уполномоченного на то лица (в форме постановления или письменного указания), не является актом уголовно-процессуального задержания и осуществляется в общественном порядке (народными дружинниками, гражданами) либо в административном (работниками милиции и иных государственных органов). Именно этим и объясняется то, что срок задержания исчисляется с момента доставления лица в орган дознания или к следователю, которые правомочны решать вопрос о возбуждении уголовного дела и задержании на основании уголовно-процессуального закона¹.

¹ См.: Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С.М. Указ. соч. С. 13.

А. П. Гуляев последовательно отстаивает положение о том, что момент фактического задержания определяется моментом доставления к следователю (дознавателю): «...начальным моментом фактического задержания как уголовно-процессуальной меры является время фактического принятия решения о взятии под стражу доставленного лица. Предшествующие действия, связанные с захватом и доставлением лица, обычно осуществляются либо в административном порядке, либо в порядке выполнения гражданского, общественного долга потерпевшим, очевидцами и иными лицами. Указанные действия не входят в состав процессуального задержания. Они охватываются понятием доставление. Процессуальное задержание может осуществляться и по постановлению следователя (по находящемуся в производстве уголовному делу). В этом случае задержание, включая захват и доставление, с самого начала имеет уголовно-процессуальный характер, а потому моментом фактического задержания здесь будет начало реального ограничения свободы лица, заподозренного в совершении преступления»¹.

Многие процессуалисты связывают момент фактического процессуального задержания именно с моментом доставления к следователю (дознавателю). Так, Б. Б. Булатов указывает, что фактическое задержание производится органом (должностным лицом), возбуждившим уголовное дело и приступившим к его расследованию, и заключается в принятии к доставленному в орган дознания, к следователю или прокурору лицу конкретных мер, реально ограничивающих свободу его передвижения. К таким мерам он относит объявление лицу о задержании, удержание лица в помещении органа расследования или ином месте, куда доставлен или где находится подозреваемый, сопровождаемое применением в этих целях физического воздействия или спецсредств, например, наручников².

Однако было бы неправильно связывать момент фактического задержания с моментом составления протокола задержания, так как он может быть составлен в течение 3 часов после доставления лица. Нельзя, например, согласиться с Р. Абдрахмановым, который указывает: «Факт уголовно-процессуального задержания фиксируется протоколом задержания. С этого момента задержанный приобретает статус подозреваемого, с этого момента следует исчислять срок задержания»³.

С другой стороны, безусловно, ошибочным является отождествление фактического процессуального задержания с физическим захватом лица. Так, И. А. Веретенников указывает, что в случае задержания лица при непосредственном обнаружении признаков преступления в момент фактического задержания не всегда с достаточной обоснованностью можно судить о том, будет ли лицо задержано в качестве подозреваемого или нет, поскольку это является

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 40.

² См.: Булатов Б. Б. Указ. соч. С. 56.

³ Абдрахманов Р. Проблемы уголовно-процессуального задержания // Законность. 2003. № 3. С. 21–22.

предметом последующего разбирательства¹. А. П. Гуляев в вышеупомянутом Комментарии разграничил процессуальное задержание за совершение преступления и задержание в общепринятом понимании: «Задержание в процессуальном смысле этого слова необходимо отличать от общепринятого понимания термина «задержание», которым обычно обозначается фактическое ограничение свободы лица, сопряженное с доставлением последнего в орган дознания либо к следователю и осуществляемое любым работником органов дознания, постовым или патрульным милиционером, потерпевшим, очевидцем, иным гражданином. Такое действие, если оно осуществлено не работником органа дознания и не в порядке исполнения постановления (поручения следователя) о задержании данного лица, следует называть, во избежание смешения этих понятий, доставлением. По своей природе доставление является либо административным, либо общественным актом, но не уголовно-процессуальным»².

Говоря о сущности процессуального института задержания подозреваемого, необходимо сравнить его с административным задержанием. Административное задержание относится к мерам обеспечения производства по делам об административных правонарушениях. Цели применения этих мер следующие: 1) пресечение административного правонарушения; 2) установление личности нарушителя; 3) составление протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте; 4) обеспечение своевременного и правильного рассмотрения дела об административном правонарушении; 5) обеспечение исполнения принятого по делу постановления (ч. 1 ст. 27.1 КоАП РФ).

Обратим внимание, что административный закон различает административное задержание и доставление. Доставление есть принудительное препровождение физического лица в целях составления протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте выявления административного правонарушения, если составление протокола является обязательным. Доставление должно быть осуществлено в возможно короткий срок. О доставлении составляется протокол либо делается соответствующая запись в протоколе об административном правонарушении или в протоколе об административном задержании (ст. 27.2 КоАП РФ). Таким образом, доставление по сути есть физическое удержание правонарушителя и препровождение его в отдел милиции или иной компетентный орган, при этом срок, в который осуществляется доставление, зависит от конкретных обстоятельств дела.

Административное задержание – это кратковременное ограничение свободы физического лица, которое может быть применено в исключительных случаях, если это необходимо для обеспечения правильного и своевременного рассмотрения дела об административном правонарушении, исполнения постановления по делу об административном правонарушении (ст. 27.3 КоАП РФ). Об административном задержании составляется протокол (ст. 27.4 КоАП РФ).

¹ См.: Ветеренников И. А. Задержание подозреваемого как комплексный правовой институт: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 19.

² Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Указ. соч. С. 4.

Обратим внимание на сроки административного задержания. По общему правилу, срок административного задержания не должен превышать трех часов, однако лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, влекущем в качестве одной из мер административного наказания административный арест, может быть подвергнуто административному задержанию на срок не более 48 часов (ч.ч. 1, 3 ст. 27.5 КоАП РФ), что соответствует ст. 22 Конституции России. При этом срок административного задержания лица исчисляется с момента доставления, а лица, находящегося в состоянии опьянения, со времени его вытрезвления (ч. 3 ст. 27.5 УПК РФ). Административное законодательство не содержит, вместе с тем, института мер пресечения, и так называемые меры обеспечения, включая доставление и задержание, их заменяют.

Как видим, административное законодательство более четко определяет понятие задержания, отграничивая его от доставления: как только закончено доставление, начинается задержание.

Аналогия с административным законодательством позволяет прийти к выводу о том, что в уголовном процессе также возможно было бы ввести понятие «доставление для проведения предварительной проверки». Это действие можно было бы отнести к числу тех, которые возможны до возбуждения уголовного дела (ч. 4 ст. 146 УПК). Такое действие включало бы в себя фактическое задержание предполагаемого преступника, доставление его в ОВД, предварительное разбирательство с выяснением обстоятельств правонарушения. Возможно было бы указать на то, что доставление и разбирательство в отношении конкретного лица должно осуществляться в возможно короткий срок, который во всяком случае не должен превышать 3 часов. После этого лицо должно быть передано следователю (дознавателю) для решения вопроса о процессуальном задержании либо освобождено. В любом случае время, затраченное на доставление в ОВД, не должно входить в срок процессуального задержания.

Вопрос об отграничении процессуального задержания от захвата и доставления лица неоднократно обсуждался в процессуальной литературе. В. Н. Григорьев указывает на различные этапы задержания: «Доставление лица в служебное помещение и водворение его в ИВС занимают различное место в системе задержания подозреваемого, составляют относительно самостоятельные этапы. Поэтому вопрос о допустимости их до возбуждения уголовного дела решается отдельно. В ситуациях непосредственного обнаружения общественно опасного деяния доставление лица всегда производится, когда уголовного дела еще нет, и оно объективно не может быть возбуждено. На этом этапе получают самые первые данные, с учетом которых после доставления только предстоит разобраться, есть ли в обнаруженном деянии признаки преступления. Нет никаких оснований требовать возбуждения уголовного дела лишь потому, что лицо доставлено в помещение органа внутренних дел. Таким образом, доставление лица, застигнутого при совершении общественно опасного деяния, может предприниматься работниками органов внутренних дел до возбуждения уго-

ловного дела»¹. В. Н. Григорьев указывает также, что только 27,1% лиц, доставленных в ОВД, впоследствии задерживаются по подозрению в совершении преступления, большинство доставленных освобождаются².

А. П. Гуляев правильно указывает, что слова «доставление подозреваемого» следует понимать как доставление лица, заподозренного в совершении преступления. Слово «подозреваемый» и в названии, и в тексте ст. 92 УПК употребляется в бытовом понимании. Юридически «подозреваемый» как участник процесса появляется лишь после возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица либо, после принятия решения о составлении протокола задержания по возбужденному уголовному делу и т. д.³.

Предложения о введении в уголовный процесс доставления как самостоятельной меры процессуального принуждения выдвигались и ранее.

В. Вольский предлагал ввести в УПК РСФСР статью «Доставление лица, в отношении которого отсутствуют достаточные основания для задержания в качестве подозреваемого», связывая доставление с проведением оперативно-розыскных мероприятий в отношении какого-либо лица до возбуждения уголовного дела⁴.

Что касается действующего законодательства, полагаем правильным следующий комментарий А. П. Гуляева: «Требование о составлении протокола задержания в срок не более 3 часов после доставления делает необходимым обязательное документирование доставления человека в орган дознания или к следователю (с отражением факта, времени, субъекта, основания и других существенных обстоятельств доставления). Такой документ должен составляться органом дознания в рамках административной деятельности (в виде рапорта или протокола) с приобщением копии его к протоколу задержания (если решение о задержании принято). Такой документ, по сути, является формой документирования сообщения о преступлении и может служить источником доказательства по делу как иной документ в соответствии с ч. 2 ст. 79 УПК»⁵. Как видим, предлагается документировать сам факт доставления, который рассматривается как самостоятельное процессуально значимое действие.

В соответствии с законом, задержание до возбуждения уголовного дела недопустимо. Указанное положение закона не допускает двусмысленного толкования и признается как теорией, так и практикой. Утверждения о том, что задержание возможно и до возбуждения уголовного дела, противоречат закону. Так, С. Назаров относит задержание к неким «иным» процессуальным действиям, в связи с чем приходит к выводу: «Поскольку закон не запрещает проведения «иных» процессуальных действий до возбуждения уголовного дела, для осуществления задержания постановления о возбуждении уголовного дела,

¹ Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 113–114.

² См.: Там же. С. 115.

³ См.: Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 244.

⁴ См.: Вольский В. Задержание и доставление лица, причастного к совершению преступления // Законность. 1998 № 10. С. 35–38.

⁵ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 244.

предварительного или одновременного с ним, не требуется. Однако факт задержания обязывает органы расследования решать вопрос о его возбуждении. Возбуждение уголовного дела должно производиться не позднее 12 часов после задержания, поскольку именно столько времени отводится для информирования прокурора о совершенном задержании. Очевидно, что к этому времени процессуальное оформление задержания, включая личный обыск, уже должно быть произведено»¹.

Б. Б. Булатов справедливо утверждает, что задержание лица по подозрению в совершении преступления, понимаемое как процессуальное действие органа дознания, следователя, прокурора по водворению его в ИВС в целях выяснения причастности к преступлению и решения вопроса о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, возможно только одновременно с возбуждением или по возбужденному уголовному делу. Для возбуждения уголовного дела нужен меньший объем данных, указывающих на признаки преступления, чем для задержания лица по подозрению в совершении преступления. Поэтому при наличии оснований для задержания всегда есть и основание для возбуждения уголовного дела².

Задержание, в соответствии с ч. 4 ст. 146 УПК РФ, не входит в число следственных действий по закреплению следов преступления и установлению лица, его совершившего. Полагаем это правильным. Однако закон не разъясняет, как быть с лицом, задержанным на месте преступления или «по горячим следам», когда уголовное дело еще не возбуждено. На практике, как известно, это вызывает большие проблемы, так как заподозренное лицо приходится каким-то образом удерживать на полулегальных основаниях.

Сложившаяся ситуация подвергается справедливой критике со стороны ученых и практиков. Так, Б. Б. Булатов утверждает: «Отсрочка задержания на время возбуждения уголовного дела, с одной стороны, дает подозреваемому возможность скрыться и принять меры к уничтожению или сокрытию доказательств, а с другой – вынуждает дознавателя, следователя удерживать заподозренное в совершении преступления лицо различными способами, зачастую незаконными»³.

Иногда в таких случаях указывают на возможность задерживать подозреваемого до получения согласия прокурора на срок до 3 часов, руководствуясь, очевидно, ч. 1 ст. 92 УПК. Однако там говорится о времени, которое начинается с момента доставления к следователю и которое будет указано в протоколе как время задержания лица. Это уже процессуальная деятельность, которая не может осуществляться до возбуждения уголовного дела, т. е. сначала по времени должно быть вынесено постановление о возбуждении уголовного дела, а затем уже лицо задержано и составлен протокол задержания.

Отказ законодателя от процессуального требования получения согласия прокурора на возбуждение уголовного дела, серьезным образом облегчил ре-

¹ Назаров С. Задержание – «иное» процессуальное действие // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 49.

² См.: Булатов Б. Б. Указ. соч. С. 48.

³ Там же. С. 49.

шение вопроса о задержании лица, подозреваемого в совершении преступления. Если бы этого не произошло, то необходимо было бы искать какое-либо легитимное решение вышеизложенной проблемы. В международных документах говорится: «Наказуемым деянием для любого официального лица должно стать содержание под стражей любого гражданина в тайном или в неофициальном месте заключения»¹.

Полагаем, что введение процессуального института доставления, о чем говорилось выше, могло бы стать решением рассматриваемой проблемы. Доставление было бы мерой принуждения, ограничивающей свободу передвижения лица, но ни в коей мере не связанной с его изоляцией от общества, осуществляемой при необходимости до возбуждения уголовного дела.

В процессуальной литературе предлагается и другой вариант: считать деятельность по задержанию лица по подозрению в совершении преступлений административной до момента возбуждения уголовного дела. Полагаем, что это само по себе может создавать почву для злоупотреблений, по пословице: «Был бы человек, а статья найдется». Деятельность правоохранительных органов по выявлению и раскрытию преступлений не регулируется административным законодательством и административной не является. Правовое регулирование в этой сфере осуществляется Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» и Законом «О милиции», но это не позволяет считать рассматриваемую деятельность административной. Безусловно, некоторые административные правонарушения имеют количественное разграничение со смежными составами преступлений (например, ст. 6.8 КоАП и ст. 228 УК РФ). Однако все же при обнаружении факта совершения правонарушения, как правило, можно сразу определить, имеет оно административный или уголовно-правовой характер, и неправильно подвергать лицо, подозреваемое в совершении преступления, административным мерам принуждения только потому, что уголовное дело еще не возбуждено.

Поэтому не совсем верным представляется мнение о том, что сначала следует доставление в орган внутренних дел, а затем разбирательство, что же совершено. Так, В. Н. Григорьев указывает: «Доставление лица предпринимается лишь в случае установления оснований для этого. Если все необходимые обстоятельства выяснены при разбирательстве на месте, надобность в этой мере отпадает. После доставления особенно важно дать правовую квалификацию общественно опасного деяния. Если это административное правонарушение, то решается вопрос о привлечении лица к административной ответственности. Нередко в результате выяснения обстоятельств совершенного деяния констатируется отсутствие состава какого-либо правонарушения. Тогда доставленный подлежит немедленному освобождению. Только в том случае, когда обнаружены признаки преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы, устанавливаются основания и мотивы задержания»². Ситуа-

¹ Гражданские и политические права, включая вопросы пыток и задержаний: Доклад Комиссии по правам человека на 58 Сессии ООН // Бюллетень ООН – E/CN. 4/2002/76 – 27.12.01. С. 8.

² Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 104.

ция изложена верно, но относится в основном к проведению массовых рейдов сотрудниками милиции, когда в ОВД доставляется значительное число граждан, большинство из которых после краткого разбирательства отпускаются.

В любом случае рассматриваемая ситуация с невозможностью немедленно официально задержать лицо, совершившее преступление, должна быть решена в законодательном порядке.

Далее, для того чтобы более четко определить место задержания подозреваемого в системе мер уголовно-процессуального принуждения, остановимся на сравнении его с приводом. Привод состоит в принудительном доставлении лица к дознавателю, следователю или в суд (ст. 113 УПК). «Привод является одной из мер уголовно-процессуального принуждения, призванной обеспечить явку определенных лиц в орган предварительного расследования, прокуратуру, в суд»¹. Обратим внимание, что возможность привода предусмотрена и в административном законодательстве (ст. 27.15 КоАП). Однако привод допускается только по возбужденному уголовному делу и только по возбужденному административному производству. В уголовном процессе основанием для привода является неявка без уважительных причин к дознавателю, следователю или в суд, а в административном производстве – неявка на рассмотрение дела об административном правонарушении. Порядок осуществления привода в органах внутренних дел в настоящее время определяется Инструкцией о порядке осуществления привода, утвержденной приказом МВД РФ от 21 июня 2003 г. № 438.

Приводу могут быть подвергнуты далеко не все участники судопроизводства, а только подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, свидетель (ч. 1 ст. 113 УПК). Б. Б. Булатов и В. В. Николук справедливо отмечают, что ни о каких других участниках процесса, которые могли бы при соответствующих условиях принудительно доставляться в орган расследования или в суд в случае неявки по вызову, закон не говорит, и это не случайно².

Привод в отличие от задержания (и в отличие от доставления в административном судопроизводстве) является не только мерой обеспечения нормального хода процесса, но и мерой процессуальной ответственности, так как он возможен только в связи с процессуальными нарушениями – неявкой по вызову.

Такой позиции придерживались многие процессуалисты, рассматривавшие привод еще применительно к старому уголовно-процессуальному законодательству. Так, Н. А. Громов и С. А. Полуниин указывают, что привод является мерой процессуальной защиты правопорядка, которая имеет властно-принудительный характер и служит санкцией в случае неявки по вызову без уважительных причин, но в случаях, когда обвиняемый скрывается от следствия или не имеет определенного места жительства, привод без предварительного вызова выступает в качестве превентивной меры, обеспечивающей явку к

¹ Булатов Б. Б., Николук В. В. Меры уголовно-процессуального принуждения (по главе 14 УПК России). М.: Спарк, 2003. С. 50.

² См.: Там же. С. 57.

следователю¹. Некоторые процессуалисты, не отмечая обеспечительного характера привода, относят его только к мерам процессуальной ответственности: «Привод – это принудительная мера, примененная к правонарушителю за ненадлежащее выполнение им процессуальных требований с целью обеспечения принудительного исполнения предписаний закона. Она используется только при реальном нарушении соответствующей нормы УПК»².

Таким образом, привод как мера процессуального принуждения принципиально отличается от задержания. Б. Б. Булатов и В. В. Николук указывают, что задержание преследует свои цели (проверка причастности лица к совершению преступления, решение вопроса о заключении его под стражу) и не является средством принудительного доставления подозреваемого к дознавателю, следователю³.

Однако эти меры принуждения могут быть взаимосвязаны: привод может предшествовать задержанию. С. П. Щерба комментирует: «Обвиняемый (подозреваемый) может быть подвергнут приводу без предварительного вызова только в тех случаях, когда он скрывается от следствия или не имеет определенного места жительства, но при условии, что эти и другие обстоятельства дела не дают основания для задержания или заключения лица под стражу»⁴. Полагаем, что возможны ситуации, когда свидетель или подозреваемый, не явившийся по вызову следователя (дознавателя), будет подвергнут приводу, а при доставлении к следователю (дознавателю) будет задержан при наличии к тому соответствующих оснований. Если привод подозреваемого осуществляется на основании постановления следователя, а при доставлении к следователю он задерживается, то срок задержания следует исчислять с момента начала осуществления привода.

Каково соотношение задержания и заключения под стражу как мер процессуального принуждения? Безусловно, они несут в себе много общих черт:

- 1) и та и другая связаны с изоляцией от общества;
- 2) решение о задержании принимается теми же лицами, которые вправе выносить ходатайство об избрании в качестве меры пресечения в виде заключения под стражу; с другой стороны, суд вправе продлить срок задержания;
- 3) и та и другая мера имеют одной из своих целей предотвращение уклонения лица от следствия и суда;
- 4) и задержание, и арест возможны только за те преступления, за которые в УК РФ предусмотрено наказание в виде лишения свободы.

Сравним, в чем отличие задержания от ареста:

¹ См.: Громов Н. А., Полуин С. А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. М., 1998. С. 13–14.

² Ковалев В. М. Проблемы уголовно-процессуальной ответственности // Проблемы юридической ответственности и совершенствования законодательства в свете новой Конституции СССР. Рязань, 1979. С. 136.

³ См.: Булатов Б. Б., Николук В. В. Указ. соч. С. 63.

⁴ Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М.: Спарк, 2002. С. 249.

1) различаются сроки задержания и ареста: максимальный срок задержания – до 48 часов, по судебному решению он может быть продлен еще на 72 часа. Срок ареста обвиняемого на стадии предварительного расследования составляет, как известно, 2 месяца, и возможно продление этого срока. Вместе с тем, срок ареста подозреваемого исчисляется в сутках и до предъявления обвинения составляет всего 10 суток, а по некоторым категориям дел – до 30 суток, в которые входит и срок задержания (ст. 94, 100, 109 УПК);

2) различаются основные цели рассматриваемых мер принуждения. Цели применения заключения под стражу вытекают из ст. 97 УПК; среди них не значится установление причастности лица к совершению преступления. Для задержания, как было указано выше, это является основной целью. Вместе с тем, обеспечение успешного процесса доказывания по делу выступает целью и для той и для другой меры принуждения;

3) задержание по определению является мерой принуждения, которая применяется к подозреваемому, более того, само применение указанной меры делает человека подозреваемым (п. 11 ст. 5, ст. 46, 91 УПК). Арест возможен в отношении обвиняемого, и только в исключительных случаях – в отношении подозреваемого (ст. 97, 100 УПК). Вместе с тем, как выше было указано, в настоящее время возможно и задержание обвиняемого (ч. 3 ст. 210 УПК).

Необходимо указать на то, что изменения, внесенные в УПК РФ Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ, в значительной степени сблизили правовую сущность задержания и ареста:

1) задержание, в соответствии со ст. 122 УПК РСФСР и п. 11 ст. 5, 91 УПК РФ в редакции Федерального закона от 18 декабря 2001 г. № 174, было возможно только в отношении подозреваемого. Федеральный закон от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ дополнил ст. 210 УПК РФ новой частью 3, в соответствии с которой при обнаружении обвиняемого, объявленного в розыск, он может быть задержан в порядке гл. 12. Продление срока задержания в порядке ч. 7 ст. 108 УПК также возможно в отношении обвиняемого;

2) суд стал субъектом, который вправе продлевать срок задержания, признавая при этом его законность и обоснованность (п. 3 ч. 7 ст. 108 УК). Ранее суд был вправе отложить принятие решения об аресте для представления стороной дополнительных доказательств обоснованности задержания, в связи с чем лицо оставалось в положении задержанного свыше 48 часов. Собственно задержания суд, таким образом, не касался, а лишь откладывал окончательное решение о том, возможно ли избрание меры пресечения в виде заключения под стражу.

Процессуальная возможность продления срока задержания судом сближает две различные меры принуждения: задержание подозреваемого в порядке гл. 12 УПК и арест подозреваемого в порядке ст. 100 УПК по следующим признакам:

1) мера принуждения применяется к подозреваемому;

2) лицо содержится в изоляции по судебному решению;

3) срок действия меры принуждения ограничен несколькими сутками: при задержании подозреваемого он составляет не более $48+72=120$ часов; при

аресте подозреваемого – не более 10 суток (в некоторых случаях – до 30);

4) срок задержания, вплоть до 5 суток, входит в срок ареста подозреваемого;

5) наконец, арест является закономерным итогом задержания подозреваемого, и напротив, освобождение задержанного, даже в связи с применением меры пресечения, не связанной с изоляцией от общества, указывает на то, что задержание не было столь уж необходимым.

Изложенное позволяет сделать следующие выводы:

1) задержание, безусловно, является одной из мер процессуального принуждения;

2) задержание в настоящее время, по существу, выступает как мера пресечения, имеющая кратковременный характер и предваряющая арест данного лица, что должно быть признано в законодательном порядке;

3) задержание не является мерой принуждения, применяемой исключительно к подозреваемому. Необходимо снять законодательный запрет на применение задержания к обвиняемому, задержание равно должно быть возможно в отношении подозреваемого и в отношении обвиняемого.

Таким образом, задержание благодаря трансформации законодательства можно трактовать как кратковременную меру пресечения, в настоящее время задержание и мера пресечения в виде заключения под стражу, являясь мерами процессуального принуждения, имеют общие цели, общую правовую и фактическую сущность.

Вышеизложенной позиции придерживается и В. Н. Григорьев, рассматривая задержание подозреваемого как меру уголовно-процессуального принуждения, состоящую в лишении лица свободы путем помещения в места содержания задержанных, применяемую органом дознания или следователем в случаях, не терпящих отлагательства, в целях выяснения причастности задержанного к преступлению и разрешения вопроса о заключении его под стражу. Задержание выступает в качестве кратковременного начального этапа заключения под стражу до получения санкции прокурора либо освобождения задержанного¹.

¹ См.: Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 84.

§2. ОБЩИЕ И СПЕЦИАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ ЗАДЕРЖАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО В СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

«Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления или заключен под стражу при отсутствии на то законных оснований, предусмотренных УПК», – гласит принцип неприкосновенности личности (ч. 1 ст. 10 УПК).

Основания процессуального задержания могут быть разделены на общие и специальные. Такая градация относительно оснований процессуальных действий достаточно традиционна для уголовного процесса. Например, Н. А. Власова, говоря о мерах пресечения, указывает, что они могут применяться лишь при наличии общего и специальных оснований, при этом к общему основанию относится наличие в деле доказательств, изобличающих или позволяющих подозревать определенное лицо в совершении преступления, к специальным – те, что предусмотрены ст. 97 УПК РФ¹.

Общие основания носят характер предпосылок, при наличии которых допускается задержание подозреваемого, иными словами, общие основания обеспечивают соответствие этого процессуального действия требованиям законности. Они вытекают из ч. 1 ст. 91 УПК, а также иных положений уголовно-процессуального закона. Отнесем к числу общих оснований задержания следующие.

1. Возбуждение уголовного дела.

Уголовное дело может быть возбуждено как в отношении данного лица, так и по факту совершения преступления. П. 1 ч. 1 ст. 46 УПК определяет, что подозреваемым является лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело по основанию и в порядке, которые установлены гл. 20 УПК. По нашему мнению, если уголовное дело возбуждено в отношении конкретного лица, которое с момента возбуждения дела становится подозреваемым, задержание такого лица будет правомерным либо непосредственно после возбуждения дела («по горячим следам»), либо в том случае, если подозреваемый скрывался от следствия и дознания.

2. Обоснованные подозрения в совершении преступления данным лицом.

Подозрения – это основанные на реальных фактах предположения следователя (дознателя) о том, что преступление совершено именно данным лицом. Подозрения следует считать именно предположениями, в отличие от внутреннего убеждения следователя (дознателя) в том, что преступление совершено именно данным лицом, которое должно быть положено в основу обвинения. Ошибочными надо считать утверждения о том, что недопустимо проводить задержание, не убедившись в том, что в действиях конкретного лица имеются признаки состава преступления². Целью задержания, как выше было указано, как раз и является выяснение причастности лица к совершению преступ-

¹ См.: Власова Н. А. Уголовный процесс: Вопросы и ответы. Изд. 2-е. М.: Юриспруденция, 2003. С. 83.

² См.: Гуляев А. П., Данилюк С. А., Забарин С. Н. Указ. соч. С. 9.

ления, и требовать установления состава преступления в действиях лица уже при задержании явно преждевременно.

Подозрения должны складываться в результате проверки конкретных следственных версий, должны иметь под собой фактические основания, возможно, на текущий момент еще не подтвержденные процессуальными доказательствами, но все же достаточно надежные. Подозрения не должны основываться на непроверенной устной информации, в том числе носящей оперативный характер. Прежние судимости, антиобщественное поведение субъекта само по себе также не дает основания подозревать его в совершении преступления, если нет иных данных, свидетельствующих против него.

Подозрения должны найти реализацию в процессуальной форме постановления о возбуждении уголовного дела, либо в протоколе задержания, либо в постановлении об избрании меры пресечения. Положение закона, в соответствии с которым собственно составление протокола задержания дает основания считать лицо подозреваемым, а не наоборот, много раз подвергалось критике среди процессуалистов. Создается парадоксальная ситуация, когда задерживается лицо, выступающее как свидетель либо вообще не допрашивавшееся по делу.

Процессуалистами многократно высказывались предложения о том, чтобы подозрения в совершении преступления оформлялись постановлением о признании подозреваемым, что давало бы в свою очередь процессуальное основание для задержания лица или применения к нему меры пресечения. Новый процессуальный закон не воспринял эти предложения. Однако рассматриваемая идея не утратила актуальности. Подозреваемый – самостоятельная процессуальная фигура: это участник судопроизводства со стороны защиты, обладающий своим особым правовым статусом (ст. 46 УПК), и статус этот един независимо от того, стало ли лицо подозреваемым в результате возбуждения против него уголовного дела, задержания, применения меры пресечения или уведомления в установленном порядке о подозрении в совершении преступления.

Отправным моментом должно было бы стать оформление процессуального статуса подозреваемого, а затем уже – применение мер процессуального принуждения, включая сюда и задержание, и меры пресечения. Соответственно, целесообразно было бы предусмотреть в разделе VIII УПК процедуру признания лица подозреваемым с вынесением постановления о признании подозреваемым.

3. Лицо должно подозреваться в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы. «Задержание – процессуальная мера, применяемая в рамках уголовного дела, причем дела о преступлении, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы», – указывает А. П. Гуляев¹.

Несовершеннолетним наказание в виде лишения свободы в ряде случаев не может быть назначено, даже если оно предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ: наказание в виде лишения свободы не может

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 37.

быть назначено несовершеннолетнему осужденному, совершившему в возрасте до 16 лет преступление небольшой или средней тяжести впервые, а также остальным несовершеннолетним осужденным (т. е. от 16 до 18 лет), совершившим преступления небольшой тяжести впервые (ч. 6 ст. 88 УК РФ).

4. Подозреваемый в перспективе может быть подвергнут такой мере пресечения, как заключение под стражу.

Избрание той или иной меры пресечения относится к компетенции следователя, но все же закономерным итогом задержания, если подозрение подтвердилось, является обращение следователя (дознателя) в суд с ходатайством об аресте данного лица. В противном случае задержание неизбежно приобретает характер репрессивной меры, направленной на то, чтобы запугать человека, добиться признательных показаний.

Статья 108 УПК устанавливает значительные ограничения по категориям лиц, к которым может применяться мера пресечения в виде заключения под стражу:

1) лицо должно подозреваться или обвиняться в совершении преступлений, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет;

2) в исключительных случаях это может быть лицо, обвиняемое или подозреваемое в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет, при условии, что это лицо не имеет постоянного места жительства, или не установлена его личность, или им нарушена ранее избранная мера пресечения, или оно скрылось от следствия и суда;

3) несовершеннолетний может быть арестован только в том случае, если он подозревается или обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, и только в исключительных случаях – в совершении преступления средней тяжести. Очевидно, понятие «исключительного случая» соответствует рассмотренному выше: несовершеннолетний не имеет постоянного места жительства, или не установлена его личность, или им нарушена ранее избранная мера пресечения, или он скрылся от следствия и суда. Таким образом, арест несовершеннолетнего за преступление небольшой тяжести (наказание за которое не превышает двух лет лишения свободы) недопустим.

Тяжесть преступления определяется ст. 15 УК РФ: преступлениями небольшой тяжести признаются умышленные и неосторожные деяния, максимальное наказание за которые, предусмотренное УК, не превышает двух лет лишения свободы; преступлениями средней тяжести признаются умышленные деяния, наказание за которые не превышает пяти лет лишения свободы, и неосторожные деяния, наказание за которые превышает два года лишения свободы; тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, за которые предусмотрено наказание не свыше десяти лет лишения свободы; особо тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, за которые предусмотрено наказание свыше десяти лет лишения свободы или более строгое наказание.

Принимая во внимание, что применение меры пресечения, не связанной с заключением под стражу, является основанием освобождения от задержания и,

соответственно, делает его не вполне оправданным, следовало бы юридическим основанием задержания определить уголовно-правовую санкцию по соответствующей статье УК РФ не менее двух лет лишения свободы, и лишь в исключительных случаях допустить задержание по подозрению в совершении преступления, санкция за которое – лишение свободы на срок менее двух лет.

Если обобщить вышеуказанные положения, то можно прийти к следующим выводам:

1) допустимо задержание лица по подозрению в совершении преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого;

2) задержание за совершение преступления небольшой тяжести допустимо при следующих условиях: а) за него предусмотрено наказание в виде лишения свободы; б) подозреваемый не имеет постоянного места жительства, или не установлена его личность, он скрылся от следствия;

3) задержание несовершеннолетнего в любом случае допустимо за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления;

4) за совершение преступления средней тяжести несовершеннолетний может быть задержан при условии, что он не имеет постоянного места жительства, не установлена его личность, или он скрылся от следствия;

5) несовершеннолетний в возрасте от 14 до 16 лет не может быть задержан за впервые совершенное преступление средней тяжести;

б) задержание несовершеннолетнего подозреваемого за совершение преступления небольшой тяжести недопустимо.

Обращая внимание на понятие «совершение преступления впервые», необходимо сравнить его с уголовно-правовым институтом множественности преступлений. Множественность можно определить как совершение одним субъектом двух или более преступлений, каждое из которых сохраняет свое юридическое значение. Соответственно, несовершеннолетнего следует считать впервые совершившим преступление в следующих случаях:

несовершеннолетний фактически впервые нарушил уголовно-правовые нормы;

несовершеннолетний ранее совершил преступление, но оно утратило юридическое значение (он освобожден от уголовной ответственности, освобожден от наказания, судимость погашена или снята).

Рассуждая о предпосылках процессуального задержания, необходимо остановиться на так называемых специальных основаниях освобождения от уголовной ответственности. Прекращение уголовного преследования (и, соответственно, освобождение от уголовной ответственности) лица в связи с деятельным раскаянием по уголовному делу о тяжком или особо тяжком преступлении допускается в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ (ч. 2 ст. 28 УПК, ч. 2 ст. 75 УК РФ).

Специальные основания освобождения от уголовной ответственности предусмотрены примечаниями к ст.ст. 126, 205, 222 УК и др. Общепринятым является толкование этих оснований как безусловных и обязательных. «Специальные основания освобождения от уголовной ответственности автономны и их установление само по себе достаточно для принятия решения о прекращении

уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием»¹. А. А. Чувилев указывал, что сформулированное в ч. 2 ст. 75 УК РФ общее правило допускает возможность освобождения лица от уголовной ответственности, а специальные нормы предусматривают обязанность принятия этого решения при совершении соответствующих позитивных действий².

Возникает вопрос: если прекращение уголовного преследования в таких случаях является обязательным, допустимо ли задержание лица, действия которого подпадают под специальные основания освобождения от уголовной ответственности? Возбуждение уголовного дела в таких случаях предусмотрено законом. Часть 2 ст. 75 и соответствующие статьи Особенной части УК РФ говорят именно об освобождении от уголовной ответственности, а не о ее невозможности или отсутствии состава преступления. Уголовно-правовой институт освобождения от уголовной ответственности по действующему уголовно-процессуальному закону выражается в прекращении уголовного преследования в отношении данного субъекта и, соответственно, в прекращении уголовного дела. Хотя, как указано выше, прекращение уголовного преследования при наличии специальных оснований освобождения от уголовной ответственности является обязательным, тем не менее, это процессуальное решение не относится к числу реабилитирующих: лицо признается совершившим преступление, но государство в лице органов предварительного расследования с учетом обстоятельств дела считает возможным не осуждать его. Таким образом, в соответствии с ч. 2 ст. 28 УПК РФ, в рассматриваемых случаях уголовное дело сначала должно быть возбуждено, а затем прекращается. Отказ в возбуждении уголовного дела в таких случаях не соответствует закону. Основания к отказу в возбуждении уголовного дела, исключая возможность производства по уголовному делу, перечислены в ст. 24 УПК, и специальные случаи освобождения от уголовной ответственности, предусмотренные Особенной частью УК РФ, к таковым не относятся.

Возвращаясь к допустимости задержания при наличии специальных оснований освобождения от уголовной ответственности, следует указать: если возбуждается уголовное дело о преступлении, за которое предусмотрено уголовное наказание в виде лишения свободы, соответственно, законным будет и задержание подозреваемого. Необходимость и обоснованность задержания определяется следственной ситуацией. Если обстоятельства, предусмотренные как специальные основания освобождения от уголовной ответственности, очевидны (например, лицо добровольно приносит и сдает в орган внутренних дел незаконно хранившееся огнестрельное оружие или боеприпасы к нему, что предусмотрено примечанием к ст. 222 УК как основание освобождения от уголовной ответственности), то задержание нецелесообразно, так как уголовное преследование указанного лица будет прекращено, мера пресечения в виде заключения под стражу не может быть избрана. Если же наличие специальных

¹ Николук В. В., Дочия Р. М., Шаламов В. Г. Прекращение уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием: Учебно-практическое пособие. М., 2002. С. 88.

² См.: Чувилев А. А. Деятельное раскаяние // Российская юстиция. 1998. № 6. С. 10.

оснований не является столь очевидным, требует проверки (например, лицо выдало оружие или боеприпасы во время проведения административного досмотра), а также если в действиях лица усматривается наличие другого состава преступления (например, добровольно отпущен похищенный человек, что предусмотрено примечанием к ст. 126 УК как основание освобождения от уголовной ответственности, но при похищении причинен вред его здоровью), то задержание не только допустимо, но и тактически правильно.

Прежде чем перейти к рассуждениям о специальных основаниях задержания, необходимо уточнить, что общие основания являются первичными, в их отсутствие не имеет смысла обращаться к основаниям специальным; иными словами, применение задержания в отсутствие вышеуказанных общих оснований сделает его незаконным даже при наличии оснований специальных.

Как указано выше, специальные основания относятся к фактическим, их наличие делает задержание соответствующим требованиям обоснованности.

Основания подозрения для того, чтобы стать основаниями задержания, должны соответствовать формальным признакам, указанным в ст. 91 УПК РФ. Признаки относятся к обстоятельствам обнаружения преступления, к обстоятельствам установления и задержания самого подозреваемого, к личности подозреваемого и его поведению. Указанные признаки названы в ст. 91 УПК РФ основаниями задержания. Формула оснований задержания подозреваемого перешла в ст. 91 УПК РФ из соответствующей ст. 122 УПК РСФСР. Данная формула известна в юриспруденции с древности и заимствована нашим законодателем в почти не измененном варианте. Однако необходимо признать, что в целом указанная формула уже достаточно устарела, а терминология не соответствует современным положениям процессуального закона.

Рассмотрим эти специальные основания, которые по сути представляют собой перечень фактов, указывающих на обоснованность подозрений, имеющих в отношении данного лица.

1. Лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения (п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК).

Это основание относится к следственным ситуациям, при которых подозреваемый задерживается непосредственно на месте преступления или, что называется, «по горячим следам», когда факт пребывания на месте преступления не вызывает сомнения. К этому же основанию относятся случаи обнаружения у подозреваемого наркотических средств, оружия и иных предметов, изъятых из оборота под угрозой уголовной ответственности.

Формулировка рассматриваемого основания задержания допускает двусмысленное толкование по ряду вопросов:

а) кем именно должен быть застигнут подозреваемый – сотрудником милиции или иного правоохранительного органа, или любым гражданином?

б) «застигнуть при совершении преступления» означает пресечь преступление или допускается скрытое наблюдение за преступником?

в) непосредственно после совершения преступления – сколько это по времени?

А. П. Гуляев комментирует данное основание следующим положением: «Лицо может быть застигнуто непосредственно после совершения, когда временной и территориальной признаки нахождения лица относительно события и места совершения преступления дают основание заподозрить его в совершении преступления»¹. В. Н. Григорьев отмечает, что рассматриваемое основание задержания имеется в наличии и в тех случаях, когда лицо настигли в результате непрекращающегося преследования, предпринятого непосредственно после совершения преступления².

Практика показывает, что по этому основанию задерживается до 27% подозреваемых, однако необходимо указать, что оно, как правило, тесно связано с другим основанием задержания – по показаниям очевидцев преступления (рассматривается ниже), и в протоколах задержания весьма часто указываются оба эти основания.

Каковы способы документирования задержания лица на месте преступления или непосредственно после его совершения? Если задержание производится сотрудниками милиции, составляется рапорт; если задержание производится иными гражданами, необходимо получить свидетельские показания последних об обстоятельствах происшествия.

Именно при задержании подозреваемого «по горячим следам», т. е. на месте преступления или непосредственно после совершения преступления, возникают проблемы, связанные с ныне действующим порядком возбуждения уголовного дела: подозреваемый обнаруживается раньше, чем возбуждается уголовное дело. Проблемы, как указано выше, связаны с необходимостью удержания лица, совершившего преступление, с момента его обнаружения до получения согласия прокурора на возбуждение уголовного дела.

2. Потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление (п. 2 ч. 1 ст. 91 УПК).

Рассматриваемое основание на практике применяется более чем в 50% случаев задержания подозреваемого. Как правило, необходимость задержания в таких ситуациях возникает уже после возбуждения уголовного дела. Подразумевается, что свидетелей или потерпевших должно быть несколько. Вместе с тем на первоначальном этапе расследования реальны следственные ситуации, когда на преступника указывает только потерпевший, а для собирания иных доказательств необходимо время.

Очевидец – это свидетель (или потерпевший), который непосредственно наблюдал событие преступления и может указать на того, кто его совершил. Полагаем, что потерпевший в данном случае необязательно должен быть участником события преступления (например, кражи), но берет на себя ответственность указать, кто его совершил.

Показания потерпевшего или свидетеля, а также протокол предъявления для опознания, если таковое проводилось, должны быть приобщены к материалам уголовного дела.

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 242.

² См.: Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 151.

3. На этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления (п. 3 ч. 1 ст. 91 УПК).

Это могут быть следы крови потерпевшего, похищенное имущество, фиктивные документы и др. К этому же основанию можно отнести совпадение отпечатков пальцев подозреваемого с отпечатками, оставленными на месте преступления. По нашим данным, по указанному основанию задерживается до 40% подозреваемых. Обнаружение, как правило, возможно при обыске или при личном обыске.

С. М. Малиновкин, например, отнес к явным следам преступления следующее: кровоподтеки, ссадины, царапины, раны; следы крови на теле или одежде подозреваемого; повреждения его одежды; наличие на ней, а также на обуви и теле подозреваемого следов различных веществ (краски, глины, пыли, муки, масла, цемента, извести и др.), находившихся на месте происшествия; обнаруженные у подозреваемого или в его жилище орудия преступления, похищенное имущество и другие предметы, могущие служить вещественными доказательствами по данному делу, поскольку они вполне определенно указывают на причастность этого лица к совершению преступления. Такие следы обычно устанавливаются при различных осмотрах, в том числе при осмотре одежды подозреваемого, а также при его освидетельствовании, обыске, производимых после возбуждения уголовного дела¹.

В. Н. Григорьев справедливо отмечает, что «явность» следов определяется не заметностью или количеством, а тем, насколько ясно и очевидно они выделяют подозреваемого в совершении конкретного преступления. «Например, кровоподтеки, ссадины, царапины, раны, следы крови на теле, одежде подозреваемого явно указывают на причастность к убийству или нанесению телесных повреждений, а фомки, отмычки, наборы ключей, портативные газосварочные аппараты, похищенные вещи, следы специального красителя из химловушек – к хищению и т. д. Основаниями задержания явные следы служат лишь в случаях, когда указывают на причастность лица к конкретному преступлению, по факту которого возбуждено уголовное дело»².

В законодательной формулировке рассматриваемого основания задержания не учтены многие следственные ситуации, при которых выявляются следы преступления: например, положительное дактилоскопическое или трасологическое исследование, указывающее, что отпечатки пальцев рук оставлены подозреваемым, или след протектора оставлен автомобилем подозреваемого.

По сути своей все перечисленное в п.п. 1–3 ч. 1 ст. 91 УПК – это не основания задержания, а основания подозрений в совершении преступления. Как видим, они отнюдь не охватывают всего разнообразия следственных ситуаций, при которых возникают обоснованные подозрения в совершении преступления.

4. Иные данные, дающие основания подозревать лицо в совершении преступления (ч. 2 ст. 91 УПК).

¹ См.: Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Указ. соч. С. 8.

² Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 152.

К таковым относятся процессуальные доказательства, не подпадающие под п.п. 1–3 ч. 1 ст. 91 УПК, а также информация, полученная оперативным путем, в том числе путем законного использования оперативно-технических средств. Анализируя доказательства, перечисленные в п.п. 1–3 ст. 91 УПК, приходим к выводу, что все они в основном относятся к прямым и первоначальным. К иным данным, таким образом, относятся косвенные доказательства при отсутствии прямых, а также производные, которые на момент задержания не удалось подтвердить первоначальными доказательствами.

Полагаем слишком узким трактовать как основание для задержания только информацию, полученную процессуальным путем. Так, С. М. Малиновкин указывал: «Конкретные обстоятельства, служащие основанием задержания определенного лица, устанавливаются с помощью процессуальных средств доказывания, предусмотренных в законе. Сведения, полученные непроцессуальным путем, сами по себе не могут быть положены в основу решения о задержании. Даже если лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после него, этот факт должен быть соответствующим образом (процессуально) зафиксирован»¹. В. Н. Григорьев также относит к рассматриваемому основанию задержания только сведения, зафиксированные в приобщенных к уголовному делу документах, среди которых могут быть и протоколы следственных действий, и административные акты, составляемые работниками милиции до возбуждения уголовного дела: рапорты о задержании, протоколы изъятия вещей, объяснения очевидцев. Оперативные данные, которые не могут быть приобщены к материалам уголовного дела, допускаются лишь в качестве ориентирующей информации, но сами по себе не могут быть положены в основу решения о задержании»².

Более правильным представляется комментарий А. П. Гуляева: «Под иными данными, дающими основание подозревать лицо в совершении преступления, следует понимать любые конкретные обстоятельства, кроме тех, которые прямо указаны в законе, если они позволяют заподозрить человека в совершении преступления, а сведения о них получены из надлежащих источников, в том числе в ходе оперативно-розыскных мероприятий с соответствующим документированием или использованием технических средств фиксации»³.

Здесь следует отделить основание задержания от его условий. Основанием названы «иные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления», то есть сведения, подтверждающие подозрения. То, что лицо пыталось скрыться, или не имеет места жительства, или не установлена его личность, следует рассматривать как условия задержания.

Если подозрение основано на иных данных, то задержание, в соответствии с законом, возможно при наличии одного из следующих условий.

¹ Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Указ. соч. С. 10.

² См.: Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 155.

³ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 242–243.

1. Лицо пыталось скрыться. Сюда относятся ситуации, когда подозреваемый пытался скрыться при попытке доставить его в правоохранительный орган либо предпринял попытку оставить постоянное или временное место жительства. Однако сюда не относится типичная ситуация, когда субъект, совершивший преступление, покидает место преступления. Преступник не обязан дожидаться милицию на месте преступления. Сокрытие с места преступления, истолкованное как основание для задержания, противоречит принципам презумпции невиновности и права на защиту (ст.ст. 14, 16 УПК), и задержание в таком случае незаконно и необоснованно. В таких ситуациях следует искать другие фактические основания для задержания. Однако необходимо принять во внимание, что если подозреваемый был застигнут на месте преступления и при этом попытался скрыться, то он может быть задержан на основании п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК.

С. М. Малиновкин, в частности, рассматривал покушение на побег (ч. 2 ст. 122 УПК РСФСР) как фактическую попытку скрыться от следствия или дознания (например, при вызове на допрос; в процессе привода для допроса; попытку убежать из помещения, куда лицо было вызвано следователем или работником органа дознания; попытку срочно покинуть место жительства, внезапно уехать из города и т. п.). Такое покушение на побег не влечет за собой уголовно-правовых последствий, ибо в подобных случаях термин «побег» употребляется в ином значении, он рассматривается не в уголовно-правовом, а в уголовно-процессуальном аспекте¹.

2. Лицо не имеет постоянного места жительства. Полагаем, что сюда относятся ситуации, когда подозреваемый не имеет постоянного места жительства, подтвержденного регистрацией, в данном административно-территориальном образовании, либо в другом, но в пределах досягаемости для органов предварительного расследования. Наличие постоянного места жительства в другом субъекте Федерации либо за пределами страны не лишает следователя (дознателя) полномочия задержать лицо на основании иных данных.

3. Не установлена личность подозреваемого. Это означает, что у субъекта отсутствует паспорт или иные документы, удостоверяющие личность, либо достоверность его документов вызывает сомнения. Данные о личности, полученные со слов самого субъекта, безусловно, нуждаются в проверке. Административный закон позволяет задержание для установления личности на срок до 3 часов. В рассматриваемом случае первичным является наличие каких-либо данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, а отсутствие данных о личности – вторичный фактор, совместно они создают основание для того, чтобы задержать лицо по подозрению в совершении преступления не на 3 часа, а на 48 часов. За это время следователь или дознаватель должны не только найти подтверждение своим подозрениям, но и установить личность задержанного.

4. Следователем с согласия руководителя следственного органа или дознавателем с согласия прокурора в суд направлено ходатайство об избрании в отношении указанного лица меры пресечения в виде заключения под стражу.

¹ См.: Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Указ. соч. С. 9.

Статья 122 УПК РСФСР не содержала такой позиции. Решение законодателя о возможности задержания с целью решения вопроса об аресте подозреваемого, учитывая сложность процедуры ареста, следует признать правильным.

Рассматривая указанное основание задержания, необходимо отметить следующее:

1) фактическим основанием для задержания здесь служат иные данные, то есть прямых доказательств, указывающих на совершение преступления именно данным лицом, у органов предварительного расследования нет. Они основывают свои выводы либо на оперативных источниках информации, либо на совокупности косвенных доказательств;

2) по смыслу ч. 2 ст. 91 УПК, следователь (дознатель) с согласия соответствующего должностного лица сначала должен обратиться в суд с ходатайством о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, а затем получает право задержать данное лицо в качестве подозреваемого. Относятся ли сюда безотлагательные случаи задержания? Да, безусловно, но следует учитывать, что в суде следователь (дознатель) должен подтвердить свое ходатайство об аресте подозреваемого необходимым минимумом процессуальных доказательств;

3) обращение в суд с ходатайством о заключении под стражу в рассматриваемом случае осуществляется в отношении подозреваемого, что само по себе в соответствии со ст. 100 УПК является исключением из общего правила.

Полагаем, что задержание подозреваемого как мера, предворяющая его арест, вполне соответствует закону, однако эта мера должна существовать не как одно из условий задержания при наличии иных данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, а как самостоятельное основание для задержания, обозначенное в ч. 3 ст. 91 УПК. Несомненно, что при обращении в суд органы предварительного расследования располагают необходимым минимумом доказательств для решения вопроса об изоляции лица. Если же ставится вопрос об аресте сроком на 2 месяца, тем более лицо может быть задержано на более краткий срок. Учтем также, что суд рассматривает ходатайство об аресте в присутствии подозреваемого (обвиняемого), соответственно, предварительное задержание обеспечит законный порядок указанной процедуры.

Следует принять во внимание, что срок задержания в рассматриваемом случае оказывается укороченным: ходатайство в суд, как указано выше, должно быть уже направлено, а суд рассматривает ходатайство в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд (ч. 4 ст. 108 УПК), соответственно, срок задержания в таком случае не может превышать 8 часов.

Завершая повествование об основаниях задержания подозреваемого, сделаем вывод о том, что задержание допустимо и обоснованно при одновременном наличии всех общих оснований (предпосылок) и хотя бы одного из специальных оснований задержания.

Нельзя не указать на то, что процессуальные положения, касающиеся оснований задержания, нуждаются в принципиально новом подходе. В ст. 91 УПК указываются не основания задержания, а, по сути, основания подозрений,

то есть выводятся формальные доказательства подозрений. Это противоречит одному из основополагающих принципов доказывания: ни одно из доказательств не имеет заранее предустановленной силы. Следователь оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, в том числе и доказательства, положенные в основу подозрений. В данном случае сам закон указывает заранее предустановленные доказательства обоснованности подозрений.

Решение о задержании должно быть основано прежде всего на доказательствах, подтверждающих подозрения в отношении данного лица в совершении конкретного преступления. Основания задержания можно было бы сформулировать кратко: «Следователь, дознаватель, орган дознания вправе задержать лицо по подозрению в совершении преступления, если подозрение основано на доказательствах по делу».

Такая формулировка, во-первых, позволила бы следователю решать вопрос о задержании с учетом конкретных обстоятельств дела, а не «подтягивать» эти обстоятельства под формальные признаки, указанные в законе; во-вторых, это позволило бы снять вопрос о том, можно ли задерживать лицо на основании непроцессуальной информации – эта мера принуждения должна все же базироваться на процессуальных доказательствах, подтверждающих совершение преступления именно данным лицом. Подозрение в совершении преступления стало бы фактическим основанием задержания, при условии подтверждения процессуальными доказательствами.

Законодательная формулировка оснований процессуального задержания неоднократно критиковалась в научной литературе, посвященной как старому, так и новому закону. Так, А. Давлетов и С. Вечтомов сформулировали следующее правило задержания: при достаточности доказательств, указывающих на причастность лица к совершению преступления, следователь (орган дознания) вправе задержать его в качестве подозреваемого¹.

¹ См.: Давлетов А., Вечтомов С. О совершенствовании процессуального порядка задержания подозреваемого // Советская юстиция. 1991. № 5. С. 12.

§3. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК И СРОКИ ЗАДЕРЖАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО В СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

С выполнением предусмотренного законом процессуального порядка задержания подозреваемого (ст. 92 УПК) связано наибольшее количество теоретических и правоприменительных проблем. В этой связи остановимся на данном вопросе более подробно.

1. Задержание подозреваемого возможно только при фактическом наличии самого подозреваемого. Заочное задержание и составление протокола задержания в отсутствие подозреваемого недопустимо. Если местонахождение искомого лица неизвестно, необходимо сначала установить его и произвести фактическое задержание.

Для задержания типичны следующие следственные ситуации.

Фактическое задержание дает основание для возникновения подозрений в совершении преступления. Это наиболее часто встречающаяся ситуация, она имеет место, когда лицо задерживается на месте преступления либо непосредственно после его совершения. В этом случае лицо доставляется к следователю (дознавателю), после чего составляется протокол задержания. Применительно к рассматриваемому случаю сошлемся на комментарий А. П. Гуляева: «Требование о составлении протокола задержания доставленного не следует рассматривать как категорическое предписание для каждого случая доставления, поскольку при отсутствии оснований для возбуждения уголовного дела или основания для задержания доставленного лица, достаточно составления протокола доставления и соответствующей регистрации»¹.

Весьма часты случаи, когда подозреваемое лицо, только что совершившее преступление, во время доставления к следователю (дознавателю) пребывает в состоянии алкогольного или наркотического опьянения. Полагаем правильной практику, когда такое лицо направляется в медвытрезвитель ОВД до вытрезвления, а затем уже задерживается в качестве подозреваемого.

Подозрения возникают до фактического задержания в результате проведения следственных действий, при этом точно известны данные о личности и местонахождении лица.

В таких случаях следователь уполномочен вынести постановление о задержании подозреваемого и поручить его исполнение органу дознания (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК). На практике такие постановления встречаются нечасто. Полагаем, в постановлении, помимо обязательных реквизитов, необходимо указать: а) сведения о личности и местонахождении лица; б) основания задержания в соответствии со ст. 91 УПК; в) причины безотлагательности действий по задержанию данного лица и невозможности его вызова в обычном порядке. Некоторая проблема связана с тем, что до фактического задержания субъект не может считаться подозреваемым, если только уголовное дело не возбуждено в отношении данного лица. Однако выше мы уже пришли к выводу о том, что если задержание производится по постановлению следователя, фактически задержанным его

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 244.

следует считать с момента его физического удержания сотрудниками органа дознания (сотрудниками милиции). Таким образом, в постановлении искомый субъект на законных основаниях может именоваться подозреваемым.

Допустимо в рассматриваемой ситуации вынесение постановления о приводе, но только если подозреваемый, будучи вызванным к следователю, не явился без уважительных причин (ч. 1 ст. 113 УПК). Поскольку задержание, как указано выше, относится к числу безотлагательных процессуальных действий, тактика задержания в большинстве случаев не приемлет предварительного вызова лица к следователю. Кроме того, привод лица в качестве подозреваемого допустим, если только в отношении этого лица возбуждено уголовное дело; в иных случаях, если лицо надо доставить к следователю для проверки подозрений, его необходимо именовать свидетелем.

Подозрения возникают до фактического задержания лица, но точные данные о личности и местонахождении лица неизвестны. В этом случае приходится устанавливать местонахождение лица. В порядке п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 4 ст. 157 УПК следователь вправе дать поручение органу дознания о розыске и задержании лица, подозреваемого в совершении преступления. При необходимости разыскать и доставить к следователю для задержания лицо, в отношении которого имеются подозрения, процессуально правильно будет, чтобы это сделал орган дознания в порядке выполнения поручения следователя о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Рассматривая следственные ситуации, связанные с задержанием подозреваемого, необходимо отметить, что наиболее полно данная проблема изложена в неоднократно упоминавшейся нами работе В. Н. Григорьева «Задержание подозреваемого». Он различает следующие типичные ситуации задержания подозреваемого:

1) задержание в результате анализа собранных материалов: а) задержание по материалам уголовного дела лица, находящегося в милиции; б) задержание по материалам уголовного дела лица, не находящегося в милиции; в) задержание в результате реализации оперативно-розыскных материалов;

2) задержание при непосредственном обнаружении общественно опасного деяния: а) в результате наблюдения при производстве по уголовному делу обстоятельств, свидетельствующих о причастности к преступлению; б) в результате наблюдения до возбуждения уголовного дела очевидных обстоятельств преступления; в) в результате наблюдения до возбуждения уголовного дела обстоятельств общественно опасного деяния, противоправный характер которого требует проверки¹.

2. Задержание вправе производить орган дознания, дознаватель и следователь (ч. 1 ст. 91 УПК).

1. Следователь уполномочен самостоятельно принимать решение о задержании подозреваемого по уголовному делу, которое принято им к производству (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК).

¹ См.: Григорьев В. Н. Указ. соч. С. 87–88.

2. Дознаватель также уполномочен самостоятельно производить следственные и иные процессуальные действия и принимать процессуальные решения, за исключением случаев, когда в соответствии с УПК на это требуются согласие начальника органа дознания, санкция прокурора и (или) судебное решение (п. 1 ч. 2 ст. 41 УПК). Поскольку ст. 92 УПК не указывает на необходимость согласования решения о задержании с начальником органа дознания, дознаватель самостоятелен в применении данной меры принуждения по делам, находящимся в его производстве. Учтем, что дознавателем может быть не только тот, кто занимает соответствующую должность, но и любой сотрудник, уполномоченный начальником органа дознания или его заместителем осуществлять предварительное расследование в форме дознания (п. 7 ст. 5, ч. 1 ст. 41 УПК). В органах внутренних дел дознаватель – должностное лицо подразделения дознания милиции общественной безопасности; однако начальник органа внутренних дел и его заместители уполномочены назначить дознавателем любого подчиненного сотрудника. Следователь, однако, не может быть назначен дознавателем, но вправе расследовать в форме дознания уголовные дела (п. 8 ст. 5, ч. 3 ст. 151 УПК).

3. Следователь по уголовному делу, находящемуся у него в производстве, вправе поручить проведение задержания органу дознания (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК). В этом случае протокол задержания составляется сотрудником органа дознания, который производил задержание, и требует утверждения начальника органа дознания. А. П. Гуляев указывает, что в таком протоколе в числе оснований указывается и поручение следователя, а само поручение приобщается к материалам соответствующего уголовного дела вместе с протоколом задержания. Поскольку в протоколе задержания должны быть указаны основания и мотивы задержания, они должны быть изложены в поручении следователя¹. Добавим, что в соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК, в этом случае требуется составление следующих документов: а) постановление следователя о задержании подозреваемого; б) письменное поручение органу дознания об исполнении этого постановления; в) протокол задержания, составленный органом дознания.

4. Орган дознания в лице начальника и его заместителя уполномочен производить дознание по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия необязательно, а также выполнять неотложные следственные действия по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия обязательно (п.п.1, 2 ч. 2 ст. 40 УПК). Соответственно, по делам, подследственным дознанию, начальник органа дознания (в органах внутренних дел – начальник ОВД и его заместители) уполномочен принимать решения о задержании подозреваемого и составлять протокол задержания, но при условии, что уголовное дело принято им к производству.

По делам, подследственным следователям, начальник органа дознания в порядке выполнения неотложных следственных действий (ст. 157 УПК) уполномочен сам произвести, либо поручить кому-либо из подчиненных сотрудников (кроме следователей) производство предварительного расследования,

¹ См.: Там же. С. 245.

включая задержание подозреваемого. Поскольку расследование в таком случае производится органом дознания, то протокол задержания, составленный кем-либо из сотрудников органа дознания, должен быть утвержден начальником органа дознания.

5. Руководитель следственного органа уполномочен производить задержание подозреваемого, если только уголовное дело принято им к своему производству (ч. 2 ст. 39 УПК).

6. Судья задержание не производит, но уполномочен продлевать его срок (ч. 2 ст. 94, п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК).

3. Должен быть составлен протокол задержания. Для составления протокола отводится срок до 3 часов с момента доставления подозреваемого в орган дознания или следователю (ч. 1 ст. 92 УПК). В. Н. Григорьев отмечает: «На практике довольно часто встречаются случаи необоснованного затягивания разбирательства с лицами, доставленными в помещение органа внутренних дел по подозрению в совершении преступления. Выборочное изучение уголовных дел, по которым задерживались подозреваемые, показало, что в срок до трех часов разбирательство завершается не более чем в трети из числа всех случаев задержания. Превышение трехчасового срока при разбирательстве чаще всего – следствие волокиты, халатного отношения к выполнению служебных обязанностей, пренебрежения правами личности»¹.

В протоколе указываются (ч. 2 ст. 92 УПК):

дата и время составления протокола (не позднее 3 часов после доставления подозреваемого);

дата и время задержания подозреваемого (указывается время его доставления к следователю, дознавателю);

место задержания (указывается непосредственно то место, где производится процессуальное задержание и составляется протокол: кабинет следователя в ОВД; помещение дежурной части ОВД и т. д.);

основания задержания (одно или несколько обстоятельств, перечисленных в ст. 91 УПК);

мотивы задержания;

результаты личного обыска;

другие обстоятельства задержания (указывается, кем и при каких обстоятельствах подозреваемый был доставлен к следователю (дознавателю), оказывал ли он сопротивление при его задержании сотрудниками милиции и др.).

По нашему мнению, упоминание о мотивах задержания в ч. 2 ст. 92 УПК является излишним, тем более что законодатель нигде не конкретизирует понятие мотива процессуального действия, оставляя свободу для толкования. В этой части форма протокола не должна изменяться, а, напротив, необходимо исключить упоминание о мотивах задержания в ч. 2 ст. 92 УПК.

Все прочие обстоятельства, перечисленные в ч. 2 ст. 92 УПК, должны указываться в протоколе задержания.

¹ Там же. С. 162.

4. При составлении протокола задержания подозреваемому должны быть разъяснены его права, предусмотренные ст. 46 УПК. Процедуру разъяснения прав нельзя проводить формально. Должно быть четко разъяснено, в каком именно преступлении подозревается лицо, объявлены основания задержания. Если лицо приобрело статус подозреваемого в связи с задержанием (п. 2 ч. 1 ст. 46 УПК), необходимо разъяснить ему специфику его нового процессуального положения, отличие от свидетеля, от обвиняемого. А. П. Гуляев правильно указывает, что дознаватель или следователь, приняв решение о задержании человека, обязан сначала разъяснить ему как подозреваемому права, предусмотренные ст. 46 УПК, и лишь после этого сделать соответствующую отметку о разъяснении прав¹.

В обязательном порядке должно быть разъяснено право пользоваться помощью защитника с момента задержания и порядок приглашения защитника. Зачастую следователи (дознаватели) пытаются «утаить» от подозреваемого его право на помощь защитника, в том числе и по назначению, однако в ходе расследования гражданин, несомненно, узнает о нарушении своих прав, что может привести к отказу от показаний и созданию конфликтной ситуации в расследовании.

В любом случае, нельзя сводить процедуру ознакомления с правами к предложению подписать соответствующую графу протокола, необходимо подробно и в доступной форме разъяснить субъекту его права и обязанности.

5. Допрос подозреваемого должен быть произведен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания (ч. 2 ст. 46 УПК). Если уголовное дело возбуждено в отношении данного лица, то допрос подозреваемого допустим и даже целесообразен до составления протокола задержания. Если уголовное дело возбуждено по факту совершения преступления, то необходимо сначала составить протокол задержания, а затем уже допрашивать подозреваемого, так как в противном случае его процессуальное положение ни на чем не основано.

Таким образом, расхождение во времени фактического задержания, которое указано в протоколе задержания, со временем начала допроса, которое указано в протоколе допроса подозреваемого, не должно составлять более 24 часов.

В этот временной период входит: 1) ожидание явки защитника, избранного подозреваемым (не более 24 часов); 2) предоставление конфиденциального свидания с защитником (не менее 2 часов).

Недопустим допрос в ночное время, за исключением случаев, не терпящих отлагательства (ч. 3 ст. 164 УПК). Ночное время – с 22 часов до 6 часов утра. Если подозреваемый задержан в вечернее время или ночью, то его допрос может быть произведен безотлагательно, в том числе и в ночное время. Однако если задержание имело место утром или днем, то откладывать допрос на ночное время недопустимо, в таком случае придется отложить его на следующие сутки.

¹ См.: Там же. С. 245.

6. О произведенном задержании орган дознания, дознаватель или следователь обязан сообщить прокурору в письменном виде в течение 12 часов с момента задержания подозреваемого (ч. 3 ст. 92 УПК). «Указанный срок передачи сообщения о задержании прокурору исчисляется с момента задержания подозреваемого, то есть с момента принятия органом дознания или следователем решения о взятии человека под стражу и составления об этом протокола, а в случае задержания человека по постановлению следователя – с момента реального ограничения свободы этого человека»¹.

Согласие или санкция прокурора на задержание подозреваемого не предусмотрены законом. Должен ли прокурор каким-либо образом отреагировать на сообщение о задержании? Закон этого не требует, соответственно по умолчанию предполагается, что прокурор согласен с задержанием данного лица.

7. Можно ли обжаловать задержание подозреваемого? Полагаем, что закон предоставляет такую возможность. Как и любое действие и решение следователя, задержание может быть обжаловано прокурору или руководителю следственного органа. Прокурор или руководитель следственного органа рассматривают жалобу в течение 3 суток со дня ее получения, в исключительных случаях допускается рассмотрение жалобы в срок до 10 суток (ч. 1 ст. 124 УПК).

Допустим и судебный порядок обжалования задержания. Решения и действия дознавателя, следователя, прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, могут быть обжалованы в районный суд по месту производства предварительного расследования. Судья проверяет законность и обоснованность действий и решений дознавателя, следователя, прокурора не позднее чем через 5 суток со дня поступления жалобы в судебном заседании. По результатам рассмотрения жалобы судья либо признает действия или решения незаконными или необоснованными и обязывает устранить допущенные нарушения, либо оставляет жалобу без удовлетворения. Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение обжалуемого решения, если это не найдет нужным сделать орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор или судья (ст. 125 УПК).

Однако практически обжалование задержания подозреваемого вряд ли целесообразно, поскольку срок рассмотрения жалобы на незаконность и необоснованность задержания обычный, и этот срок превышает сам срок задержания.

Что касается обжалования постановления судьи о продлении срока задержания в порядке п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК, полагаем, что такое невозможно. Постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или об отказе в этом может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения (ч. 11 ст. 108 УПК). Как видим, постановление о продлении срока задержания среди объектов обжалования не значится. Да и сроки рассмотрения жалобы кассационной ин-

¹ Там же. С. 245.

станцией – не позднее чем через 3 суток со дня поступления – превышают срок, на который может быть продлено задержание.

При задержании производится личный обыск подозреваемого. Практически обыск производится в обязательном порядке.

Вместе с тем закон указывает только на возможность личного обыска, а не на его обязательность. Подозреваемый может быть подвергнут личному обыску в порядке, установленном ст. 184 УПК (ст. 93 УПК). Упомянутая ч. 1 ст. 184 УПК устанавливает, что при наличии оснований и в порядке, которые предусмотрены ч. 1 и 3 ст. 182 УПК, производится личный обыск подозреваемого, обвиняемого в целях обнаружения и изъятия предметов и документов, могущих иметь значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 184 УПК). Таким образом, личный обыск при задержании подозреваемого по своим правилам не должен отличаться от обыска обычного, предусмотренного ст. 182 УПК. Основанием производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 182 УПК).

С другой стороны, не следует забывать о том, что задержание, по существу – это кратковременная изоляция лица от общества, с соблюдением всех правил изоляции, включая изъятие всех нарушающих эти правила предметов, а также документов, не относящихся к процессуальным. Полагаем, что следовало бы определить для личного обыска при задержании подозреваемого, а также при заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу иной правовой режим, чем для обыска обычного, так как само по себе задержание или соответственно заключение под стражу уже является достаточным основанием для производства личного обыска данного лица. Следует рассматривать личный обыск как составную часть процедуры задержания подозреваемого.

По общему правилу, личный обыск производится на основании судебного решения, за исключением случаев, предусмотренных ст. 93 УПК (п. 6 ч. 2 ст. 29, ч. 3 ст. 182, ч. 1 ст. 184 УПК). Поскольку ст. 93 УПК, устанавливая правила личного обыска подозреваемого, как указано выше, отсылает к ст. 184, очевидно, в отношении личного обыска следует руководствоваться ч. 2 ст. 184, которая устанавливает, что личный обыск может быть произведен без соответствующего постановления при задержании лица или заключении его под стражу. Таким образом, постановления о производстве личного обыска, а тем более судебного решения в рассматриваемом случае выносить не требуется, однако следовало бы прямо указать в ст. 93 УПК на то, что при задержании подозреваемого производится личный обыск подозреваемого, результаты которого заносятся в протокол задержания. Постановление следователя о производстве обыска не выносится, судебное решение не требуется.

Личный обыск лица производится только лицом одного с ним пола и в присутствии понятых и специалистов того же пола, если они участвуют в данном следственном действии (ч. 3 ст. 184 УПК). Поскольку личный обыск с тактической точки зрения – весьма конфликтное следственное действие, нежелательно, чтобы он производился следователем (дознавателем). Правильно было

бы поручить его производство сотруднику органа дознания. В соответствии с ч. 1 ст. 170 УПК, при производстве личного обыска обязательно участвуют понятые числом не менее двух. В качестве специалиста может быть приглашен криминалист, кинолог, врач и др.

Личный обыск должен быть произведен непосредственно после фактического задержания лица, иначе возникает опасность, что у подозреваемого окажется оружие, которое он попытается использовать, либо предметы, документы, являющиеся вещественными доказательствами по делу, от которых он попытается избавиться.

«При проведении личного обыска надо иметь в виду, что при захвате и доставлении лица, подозреваемого в совершении преступления, оно может быть подвергнуто административному досмотру (ст. 27.7 КоАП РФ), результаты которого должны быть отражены в документе о доставлении (рапорте, протоколе). Такой документ или его копию целесообразно приобщать к протоколу задержания и материалам уголовного дела»¹.

Заслуживает внимания мнение о том, что эти действия взаимозаменяемы. С. Назаров, например, выражает сомнение в необходимости сохранения положения, предусматривающего дублирование личного досмотра личным обыском, поскольку этого требует не объективная необходимость, а выполнение предписаний несогласованных законодательных актов. Очевидно, что после личного досмотра у задержанного, как правило, уже нечего изымать. Если же в протоколе личного обыска указывать результаты личного досмотра, то в таком случае имеет место не личный обыск, а оформление результатов личного досмотра².

Следует отличать личный обыск от освидетельствования подозреваемого (ст. 179 УПК). Освидетельствование относится к следственным действиям по закреплению следов преступления и может проводиться до возбуждения уголовного дела (ч. 4 ст. 146 УПК), однако, в отличие от личного обыска, освидетельствование не входит составной частью в процедуру задержания подозреваемого. Освидетельствование связано с обнаружением внешних, очевидных признаков на теле человека; личный обыск связан с поиском скрытых предметов в одежде человека, а также и спрятанных в теле человека. Личный обыск обладает большим принудительным воздействием и поисковым характером по сравнению с освидетельствованием. Вместе с тем, личный обыск не предполагает внешнего осмотра тела человека, его обнажения. Если требуется установить какие-либо приметы, повреждения на теле человека, в том числе и на скрытых одеждой участках тела, проводится освидетельствование.

С момента задержания подозреваемого в деле может участвовать его защитник. Защитник участвует в уголовном деле: с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица; с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях, предусмотренных ст.ст. 91 и 92 УПК (п.п. 2, 3-а ч. 3 ст. 49 УПК). Таким образом, если

¹ Там же. С. 247.

² См.: Назаров С. Указ. соч. С. 49.

уголовное дело не было возбуждено в отношении данного лица, то защитник вступает в дело с момента его задержания по подозрению в совершении преступления. В качестве защитников допускаются адвокаты (ч. 2 ст. 49 УПК). Поскольку в нашей работе речь идет о стадии предварительного расследования, не будем касаться вопросов участия в качестве защитника родственников и иных лиц.

Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера (ч. 4 ст. 49 УПК). Защитник приглашается подозреваемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого (ч. 1 ст. 50 УПК). По просьбе подозреваемого участие защитника обеспечивается дознавателем или следователем (ч. 2 ст. 50 УПК).

Если уголовное дело возбуждено в отношении данного подозреваемого, у последнего достаточно времени, чтобы заручиться квалифицированной юридической помощью, пригласив защитника по своему усмотрению. Напротив, если лицо приобретает статус подозреваемого в результате процессуального задержания, вопрос о приглашении защитника к участию в деле становится безотлагательным.

Задача следователя (дознавателя) облегчается, если сам подозреваемый, его родственники или иные лица имеют возможность в короткий срок обеспечить участие адвоката в деле. Если соглашение адвокатом заключено с самим подозреваемым, то адвокат предъявляет следователю удостоверение адвоката и ордер, подтверждающий участие в деле. Если соглашение заключено с иными лицами, то следователь должен убедиться, что на это имеется согласие подозреваемого (ч. 1 ст. 50 УПК). Полагаем возможным и не противоречащим закону заручиться в таком случае письменным согласием подозреваемого на участие в процессе данного адвоката. Имеются и противоположные предложения: при несогласии клиента с тем, чтобы адвокат вел его защиту, оформлять письменный отказ¹.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 25 октября 2001 г. признал п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» не соответствующим ст.ст. 48 и 55 Конституции Российской Федерации, как допускающий регулирование конституционного права на помощь адвоката (защитника) ведомственными нормативными актами, поскольку это положение – по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, – служит основанием неправомерных ограничений данного права, ставя реализацию возможности свиданий обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом (защитником) в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело².

¹ См.: Федерякин В. Оказание юридической помощи подозреваемому // Законность. 2003. № 11. С. 48.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14 - П по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15

Постановления следователя (дознателя) о допуске адвоката к участию в деле в настоящее время закон не предусматривает. Это создает не вполне уместную ситуацию, когда адвокат, не имеющий отношения к уголовному делу и не принимающий в нем участия, допускается к свиданиям с подозреваемым (обвиняемым), содержащимся под стражей. Все же документ от следователя, уведомляющий администрацию места содержания под стражей о том, что адвокат допущен по всем правилам к участию в деле, необходим. В нынешней ситуации, когда администрация места содержания под стражей обязана допускать к подозреваемому (обвиняемому) любое лицо, представившее удостоверение адвоката и соответствующий ордер, теряется смысл применения меры пресечения в виде содержания под стражей. Укажем хотя бы на то, что адвокат, участвующий в деле, может быть обязан подпиской не разглашать данные предварительного следствия; тот, кто неизвестен следствию, вправе разглашать все что угодно, и оказывает на лицо, содержащееся под стражей, неконтролируемое воздействие.

Правильно утверждает С. П. Щерба: «Подозреваемые и обвиняемые в совершении преступления могут иметь свидания наедине только с тем защитником, который в установленном порядке допущен к участию в уголовном деле. Свидание наедине с иным защитником, не допущенным к участию в деле, либо с защитником, защищающим по этому делу интересы других подозреваемых или обвиняемых, не допускается. В этой связи момент допуска защитника к участию в деле должен быть известен администрации места содержания под стражей и подтвержден письменным сообщением (уведомлением) следователя или органа, в производстве которых оно находится»¹.

Полагаем, что порядок допуска адвоката к участию в уголовном деле должен быть более подробно урегулирован в ст.ст. 49-50 УПК РФ. Необходимо предусмотреть вынесение следователем (дознателем) постановления о допуске адвоката к участию в деле. Такое постановление следователь должен вынести, убедившись в достоверности полномочий адвоката:

если адвокат приглашен к участию в деле подозреваемым (обвиняемым), необходимо убедиться, что прибывший субъект – действительно адвокат, и у него имеется ордер адвокатского образования об участии в деле;

если адвокат приглашен иными лицами, следователь (дознатель) должен заручиться письменным согласием подозреваемого (обвиняемого) на то, чтобы его интересы защищал именно данный адвокат. Последний может быть допущен к лицу, содержащемуся под стражей, для получения такого письменного согласия, но если оно не состоялось, то далее такой адвокат не может встречаться с названным лицом, несмотря на соглашение.

Если адвокат приглашается к задерживаемому лицу, следователь (дознатель) благодаря личному контакту всегда в состоянии контролировать, согласен ли подозреваемый на юридическую помощь со стороны именно данного

ч. 2 ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами гр. А. П. Голомидова, В. Г. Кислицина и И. В. Москвичева.

¹ Щерба С. П. Свидание защитника наедине с подозреваемым (обвиняемым), содержащимся под стражей // Адвокатские вести. 2001. № 1. С. 7.

адвоката. Однако все же, если соглашение заключено не самим подозреваемым, полагаем оптимальным заручиться письменным согласием подозреваемого на участие в процессе именно данного адвоката.

Когда участие адвоката в процедуре задержания не обеспечено подозреваемым или иными, близкими ему лицами, следователь (дознаватель) обязан разъяснить подозреваемому, что адвокат может участвовать в деле по назначению, при этом расходы на оплату его труда компенсируются за счет средств федерального бюджета (ч.ч. 2, 5 ст. 50 УПК). По действующему положению закона, участие защитника является обязательным, если подозреваемый письменно от него не отказался (п. 1 ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52 УПК). Если в случаях обязательного участия защитника (в том числе, когда подозреваемый письменно не отказался от его участия) последний не приглашен самим подозреваемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению и с согласия подозреваемого, то дознаватель, следователь обеспечивает участие защитника в уголовном судопроизводстве (ч. 3 ст. 51 УПК).

Возможны ситуации, когда подозреваемый действительно отказывается от квалифицированной юридической помощи. Отказ от защитника заявляется в письменном виде; если это произошло во время производства следственного действия, делается отметка в протоколе (ч. 1 ст. 52 УПК). Участие защитника при задержании подозреваемого является обязательным, несмотря на отказ последнего от квалифицированной юридической помощи, в случаях, когда подозреваемый: является несовершеннолетним; в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту; не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу (п.п. 2-4 ч. 1 ст. 53 УПК).

Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого явка защитника, приглашенного им, невозможна, то дознаватель или следователь принимает меры по назначению защитника. Обратим внимание, что время ожидания явки защитника отсчитывается не с момента вызова последнего, а с момента задержания подозреваемого. Во многих случаях невозможность явки адвоката, с которым заключено соглашение, в рассматриваемый срок становится очевидной сразу же, а не по истечении 24 часов. Избранный для защиты данного лица адвокат может находиться в непрерывном судебном процессе, пребывать в отпуске, отсутствовать по болезни и т. п. В таких ситуациях следователь (дознаватель) не обязан ожидать 24 часа, а сразу имеет полномочие вызвать для участия в процессуальных действиях другого защитника.

При отказе подозреваемого от назначенного защитника следственные действия могут быть произведены без участия последнего, за исключением случаев его обязательного участия (ч. 4 ст. 50 УПК). Отказ от защитника не обязателен для дознавателя или следователя (ч. 2 ст. 52 УПК).

Конфликтная следственная ситуация возникает, когда подозреваемый отказывается от участия защитника вообще либо от помощи данного конкретного адвоката, приглашенного по назначению. Полагаем, что в таких случаях следователь (дознаватель) не должен идти на поводу у подозреваемого. Обязанность следователя – обеспечить участие адвоката по назначению, если он не пригла-

шен самим подозреваемым или его близкими. Мнение подозреваемого и согласие его на участие адвоката по назначению не имеют существенного процессуального значения. Если субъект отказывается от помощи адвоката, и таковая по закону необязательна, следователь должен получить отказ в письменном виде как отдельный документ либо зафиксировать его в протоколе задержания (поскольку речь идет о задержании). Если помощь адвоката по закону обязательна, то письменный отказ подозреваемого может быть принят, но участие адвоката в процессуальных действиях, тем не менее, должно продолжаться. Тактически следователь должен постараться снять конфликт между представителями стороны защиты, во всяком случае необходимо пресекать возможные попытки агрессии, оскорблений со стороны подозреваемого в отношении защитника. Вместе с тем адвокат должен лично участвовать в совершении процессуальных действий, сопряженных с задержанием: составлении протокола задержания, допросе подозреваемого и др.

Уточним момент, с которого адвокат допускается к участию в деле при задержании подозреваемого. Закон указывает на момент фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 3-а ч. 3 ст. 49 УПК). Выше мы пришли к выводу о том, что фактическое задержание следует связывать с моментом доставления лица к следователю (дознавателю). С моментом физического захвата лица момент процессуального задержания можно связывать только тогда, когда лицо задерживается по постановлению следователя. Соответственно, защитник должен быть допущен к участию в деле в любом случае с момента доставления его подзащитного к следователю либо даже с момента его задержания сотрудниками милиции, когда они действуют на основании постановления следователя.

Рассуждения о допуске защитника (адвоката) с момента пресечения преступных действий или с момента силового захвата лица в связи с совершением преступления не соответствуют реальности. Б. Б. Булатов правильно указывает, что так можно дойти до абсурда и рекомендовать работникам милиции нести службу по охране общественного порядка совместно с адвокатами на случай возможного задержания¹. Права в этом отношении и Е. Б. Мизулина, которая комментирует, что защитник допускается к задержанному с момента его фактического задержания. Это не означает, что кто-то обязан немедленно искать ему защитника, но если у задержанного адвокат есть, нельзя чинить препятствия его вступлению в дело².

В любом случае, нарушением прав подозреваемого является допуск адвоката к участию в деле с момента составления протокола задержания, поскольку протокол может быть составлен в течение 3 часов с момента фактического задержания (ч. 1 ст. 92 УПК). Отсрочка на 3 часа в оказании квалифицированной юридической помощи задержанному может существенным образом повлиять на дальнейший ход расследования. Организационные меры, направленные на

¹ См.: Булатов Б. Б. Указ. соч. С. 72.

² См.: Мизулина Е. Указ. соч. С. 14.

приглашение адвоката, должны быть приняты еще до составления протокола задержания.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 27 июня 2000 г. указал: «По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст.ст. 2, 45 и 48 Конституции России, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, – удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность»¹.

В международных документах указывается, что правовые положения должны предусматривать доступ задержанных к их адвокатам в течение 24 часов с момента задержания².

Положения о допуске защитника к участию в деле с момента фактического задержания подозреваемого следователем обсуждались учеными и до вступления в силу УПК РФ. И. Л. Петрухин, в частности, указал: «Допускать защитника следует не в самый первоначальный момент задержания, а непосредственно перед первым допросом подозреваемого, до допроса и после него задержанному надо предоставить право консультироваться с защитником наедине»³.

До начала допроса подозреваемому по его просьбе обеспечивается свидание с защитником наедине и конфиденциально. В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше 2 часов может быть ограничена дознавателем или следователем с обязательным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее 2 часов (ч. 4 ст. 92 УПК). А. П. Гуляев правильно указывает, что решение об ограничении свидания может быть мотивировано только необходимостью производства с участием подозреваемого какого-либо процессуального действия, которое должно быть затем произведено фактически, при этом предлагается выносить постановление об ограничении времени свидания с защитником с вручением копии задержанному⁴.

Возможны ли за время задержания повторные встречи и консультации с защитником? Подозреваемый вправе пользоваться помощью защитника с мо-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. В. И. Маслова.

² См.: Гражданские и политические права, включая вопросы пыток и задержаний: Доклад Комиссии по правам человека на 58 Сессии ООН // Бюллетень ООН – Е/СН. 4/2002/76 – 27.12.01. С. 9.

³ Петрухин И. Л. Указ. соч. С. 83–84.

⁴ См.: Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 246.

мента задержания и иметь свидание с ним наедине и конфиденциально до первого допроса подозреваемого (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 1 ч. 1 ст. 53, ч. 4 ст. 92 УПК). Согласно закону, следователь обязан предоставить подозреваемому только одно конфиденциальное свидание с защитником до начала первого допроса, продолжительность которого определяется по их желанию, но может быть ограничена, если составляет более 2 часов. Прочие свидания следователь предоставлять не обязан, однако если подозреваемый пребывает в месте содержания под стражей и с ним не проводятся процессуальные действия, то защитник вправе с ним встречаться столько раз, сколько сочтет нужным.

Обязанность предоставить конфиденциальное свидание с защитником возникает у следователя до начала допроса подозреваемого (п. 3 ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 92 УПК). Соответственно, до составления протокола задержания такое свидание не предоставляется, или, во всяком случае, органы предварительного расследования не обязаны его предоставлять. С другой стороны, защитник участвует в деле для оказания юридической помощи подозреваемому, и препятствовать ему в оказании такой помощи недопустимо. Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол (ч. 2 ст. 53 УПК).

Первая беседа подозреваемого с защитником имеет большое значение для стороны защиты. Адвокат В. Федерякин пишет по этому поводу: «Тактический аспект беседы заключается в выяснении всего, что имеет значение для дела. Для выяснения законности и обоснованности задержания выясняется: когда, кто и при каких обстоятельствах задержал подозреваемого; как он был задержан (с поличным, оказывал ли сопротивление, задержан с кем-то или один, производилась ли видеозапись, фотографирование); составлялся ли протокол задержания и когда, разъяснялись ли задержанному его права, предоставлялся ли защитник, переводчик, законный представитель, педагог»¹.

В условиях отдела внутренних дел зачастую возможны сложности организационного порядка в предоставлении подозреваемому и адвокату помещения и обеспечения конфиденциальности их беседы. У следователя нет возможности уступать для этого свой служебный кабинет, а беседа в коридоре и иных общедоступных помещениях может привести к тому, что подозреваемый скроется. Целесообразно решить указанную проблему для всех случаев задержания в данном ОВД, выделив для бесед с адвокатом специальное изолированное помещение, где возможна охрана подозреваемого сотрудниками милиции.

Итак, свидание должно быть предоставлено до начала допроса подозреваемого, продолжительность его зависит от желания подозреваемого, но в любом случае подозреваемый и защитник имеют право общаться наедине не менее

¹ Федерякин В. Указ. соч. С. 48.

2 часов подряд. Участие защитника возможно уже с момента фактического задержания подозреваемого, но если незамедлительная явка защитника невозможна, это не препятствует задержанию и составлению протокола задержания, после чего явки защитника следует ожидать в течение 24 часов, а затем можно пригласить адвоката по назначению.

Дознаватель или следователь не позднее 12 часов с момента задержания подозреваемого уведомляет кого-либо из близких родственников, а при их отсутствии – других родственников или предоставляет возможность такого уведомления самому подозреваемому (ч. 1 ст. 96 УПК). Эта же обязанность предусмотрена ч. 3 ст. 46 УПК.

К числу близких родственников относятся супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки (п. 4 ст. 5 УПК); родственники – все иные лица, за исключением близких родственников, состоящие в родстве (п. 37 ст. 5 УПК).

Форма уведомления законом не оговаривается. Таким образом, закон не требует, чтобы уведомление близких родственников обязательно производилось в письменной форме, достаточно и телефонного звонка, важно соблюсти установленные сроки уведомления – не позднее 12 часов с момента задержания. Уведомляя родственников о задержании, не требуется конкретизировать, за какое именно преступление задержан гражданин, важно известить, где именно он находится и кем принято решение о задержании.

С. П. Щерба так комментирует рассматриваемое положение закона: «Уведомление может быть сделано самим подозреваемым, если дознаватель, следователь или прокурор примет об этом решение. Уведомление может быть сделано в письменной форме, по телефону, факсу, по любым иным каналам связи, а также в личной беседе. Сведения о том, когда и в какой форме уведомление было сделано или по какой причине оно не производилось, должны быть отражены в материалах уголовного дела»¹.

Требование обязательно уведомлять родственников о задержании подозреваемого иногда на практике вызывает проблемы.

1) Не совсем понятно, кто выбирает кандидатуру родственника, которого надо уведомить о задержании. Очевидно, уведомляется тот, кто проживает совместно с задержанным, а если таких нет, то другое лицо по указанию подозреваемого.

2) Желательно все же предоставить право сделать телефонный звонок родственникам самому подозреваемому, однако под контролем следователя. Предложения о введении в УПК «права на один телефонный звонок» для задержанного (арестованного) все же не слишком соответствуют процессуальной форме. Следователь (дознаватель) по обстоятельствам дела в состоянии определить степень и форму общения подозреваемого (обвиняемого) с родственниками, а при необходимости совершенно исключить это общение.

¹ Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М.: Спарк, 2002. С. 220.

3) Весьма часто сам задержанный отнюдь не заинтересован в том, чтобы родственники знали о том, где и почему он находится. Причины могут быть самые разные: плохие отношения с родственниками, стыд за содеянное, боязнь потерять свою репутацию и т. д. Полагаем, что уведомление родственников о задержании подозреваемого не должно выступать в качестве обязанности следователя, а должно производиться по ходатайству самого подозреваемого.

4) Нередки случаи, когда подозреваемый, с его слов, и по данным предварительного расследования, вообще не имеет родственников. Следователи (дознатели) в таком случае поступают правильно, указывая в протоколе на то, что уведомление не производилось в связи с отсутствием родственников, однако, если трактовать закон буквально, то следователь (дознатель) обязан искать родственников, хотя бы самых дальних, которых судьба подозреваемого возможно вовсе не интересует, и уведомлять их о задержании.

Учитывая изложенное, полагаем, что требование закона об обязательном уведомлении родственников о задержании подозреваемого должно быть скорректировано и сформулировано, например, следующим образом: «По ходатайству подозреваемого следователь (дознатель) обязан безотлагательно уведомить одного из близких родственников о его задержании».

О задержании военнослужащего уведомляется командование воинской части (ч. 2 ст. 96 УПК).

Если подозреваемый является гражданином или подданным другого государства, то не позднее 12 часов после его задержания уведомляется посольство или консульство этого государства (ч. 3 ст. 96 УПК).

При необходимости сохранения в интересах предварительного расследования в тайне факта задержания уведомление с санкции прокурора не производится, однако уведомление о задержании несовершеннолетнего в любом случае обязательно (ч. 4 ст. 96 УПК). Как правило, такие постановления выносятся по уголовным делам, где не установлено местонахождение соучастников подозреваемого. Однако злоупотреблять сохранением тайны задержания не следует, так как это может доставить беспокойство родственникам, начнутся розыски и т. д.

Что касается несовершеннолетнего, то уведомление его родителей или других близких родственников, конечно, должно производиться. О задержании, заключении под стражу или продлении срока содержания под стражей несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого незамедлительно извещаются его законные представители (ч. 3 ст. 423 УПК). Обратим внимание на незамедлительность уведомления родителей. Это вполне оправданно, так как, если семья благополучная, неизвестность местонахождения ребенка в течение длительного времени причинит родителям серьезную моральную травму.

Однако в связи с большим числом беспризорников возможны ситуации, когда быстро не удастся обнаружить родителей или иных родственников задержанного. Полагаем, все же основная задача следователя (дознателя) – расследование преступления, а не восстановление родственных связей подозреваемого. В отношении несовершеннолетнего подозреваемого правильно было бы указать в ст.ст. 96, 423 УПК о том, что уведомление родителей или иных за-

конных представителей о задержании подозреваемого производится незамедлительно, кроме случаев, когда местонахождение таковых неизвестно.

Необходимо остановиться на тех проблемах, которые возникают в связи с сокращенным по сравнению с прежним уголовно-процессуальным законом сроком процессуального задержания. Правовой основой для сокращения срока задержания является ч. 2 ст. 22 Конституции Российской Федерации, которая устанавливает, что до судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов.

Действующий уголовно-процессуальный закон определяет задержание как меру процессуального принуждения, применяемую органом дознания, дознавателем или следователем на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления (п. 11 ст. 5 УПК). По истечении 48 часов с момента задержания подозреваемый подлежит освобождению, если в отношении него не была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу либо суд не продлил срок задержания в порядке, установленном п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК (ч. 2 ст. 94 УПК). Если постановление судьи о применении к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо о продлении срока задержания не поступит в течение 48 часов с момента задержания, то подозреваемый немедленно освобождается, о чем начальник места содержания подозреваемого уведомляет орган дознания или следователя, в производстве которого находится уголовное дело, и прокурора (ч. 3 ст. 94 УПК).

При задержании срок исчисляется с момента фактического задержания (ч. 3 ст. 128 УПК), которое, как выше было указано, следует связывать с моментом доставления лица к следователю (дознавателю), если только лицо не задерживалось органом дознания в порядке исполнения постановления следователя о задержании подозреваемого (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК), когда фактическое задержание следует определять моментом захвата данного лица сотрудниками милиции (или иного органа дознания) и лишением его свободы действий.

Срок, исчисляемый часами, истекает через соответствующее количество часов. В этот срок включается и нерабочее, и ночное время, и выходные дни. Например, если подозреваемый был задержан в пятницу, то, соответственно, срок его задержания истечет в воскресенье.

Срок задержания в соответствии со ст. 122 УПК РСФСР составлял, как известно, в общей сложности до 72 часов: в течение 24 часов должно было быть направлено письменное сообщение прокурору, который в течение 48 часов с момента получения извещения о задержании обязан был дать санкцию на заключение под стражу или освободить задержанного.

Цели задержания с тех пор не изменились. Выше мы пришли к выводу о том, что цели задержания состоят в выяснении вопроса о причастности данного лица к совершению преступления, предотвращении возможности скрыться от следствия, принятии решения о применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Возможна ли реализация целей задержания в столь короткий срок, не превышающий 48 часов?

Рассуждая о реальных возможностях выполнения процессуальных дей-

ствий с задержанным, учтем, что срок 48 часов значительно сокращается за счет следующих факторов (о некоторых выше уже говорилось):

1) ожидание явки защитника, приглашенного подозреваемым, в течение 24 часов с момента задержания (- 24 часа);

2) конфиденциальное свидание с защитником до первого допроса подозреваемого продолжительностью не менее 2 часов (- 2 часа);

3) недопустимость производства следственных действий в ночное время, т. е. с 22 часов до 6 часов утра, кроме случаев, не терпящих отлагательства (- 16 часов);

4) при возбуждении перед судом ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу в отношении подозреваемого, задержанного в порядке ст.ст. 91, 92 УПК, постановление о возбуждении ходатайства и прилагающиеся к нему материалы должны быть представлены судье не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания (ч. 3 ст. 108 УПК). Этот срок корреспондирует с 8-часовым сроком, в течение которого ходатайство о заключении под стражу подлежит рассмотрению судом (ч. 4 ст. 108 УПК) (- 8 часов).

Таким образом, фактически срок, когда лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления, «доступно» для выполнения следственных и иных процессуальных действий, с перерывами в общей сложности составляет не более 24 часов.

Старший следователь прокуратуры Ленинского округа г. Мурманска И. Кузнецов отмечает: «Срок задержания подозреваемого равен 48 часам, т. е. 2 суткам реального рабочего светового времени с 6 до 21 часа, когда можно проводить по закону следственные действия. Таким образом, требуемые законом 8 часов, до истечения которых следует представлять материалы в суд, приходятся на 2-е сутки и они фактически выпадают из времени, отводимого законом для следственной работы. При таких обстоятельствах у следователя в распоряжении всего одни сутки для выполнения следственных действий в подтверждение избрания меры пресечения в виде содержания под стражей. В условиях дефицита времени эта непростая задача вызывает неоправданные перегрузки в работе, неизбежные ошибки и недочеты»¹.

Не вызывает сомнения, что в настоящее время задержание соответствует только двум своим целям: оно предотвращает уклонение подозреваемого от следствия и позволяет представить его в суд для решения вопроса об аресте. Прочие цели рассматриваемая мера принуждения практически не позволяет реализовать.

Не являются решением проблемы изменения, внесенные в ст. 100 УПК РФ Федеральным законом от 22 апреля 2004 г. № 18-ФЗ, в соответствии с которыми: 1) избрание меры пресечения в отношении лица, подозреваемого в совершении преступлений, предусмотренных ст.ст. 205, 205-1, 206, 208, 209, 277, 278, 279, 281, 360 УК РФ, не рассматривается как исключительный случай; 2) срок предъявления обвинения при задержании и заключении под стражу лица,

¹ Кузнецов И. Ненужные препятствия следствию // Законность. 2003. № 12. С. 15.

подозреваемого в перечисленных преступлениях, увеличен до 30 суток с момента задержания, а если лицо не задерживалось – то с момента применения меры пресечения.

Несмотря на то, что данный законопроект преподносился как решение проблемы борьбы с терроризмом, фактически он мало что дает: практически проблема состоит не в предъявлении обвинения, а в получении судебного решения о заключении под стражу. Если следователь (дознатель) находит достаточные основания к тому, чтобы применить к лицу меру пресечения в виде заключения под стражу, он тем более найдет необходимый минимум доказательств для предъявления первоначального обвинения.

Статья 22 Конституции России устанавливает: «Арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов». Полагаем, что суду должна быть предоставлена возможность продления срока задержания до 10 суток, либо даже до 30 суток, что не противоречит Конституции, так как лицо будет находиться под стражей по судебному решению. Свободу действия органам предварительного расследования предоставила бы только законная возможность задержания подозреваемого до 30 суток без судебного решения, но конституционный запрет обойден быть не может.

Рассмотрев ходатайство следователя (дознателя) о заключении под стражу, судья может продлить срок задержания. Продление срока задержания допускается при условии признания судом задержания законным и обоснованным на срок не более 72 часов с момента вынесения судебного решения по ходатайству одной из сторон для представления ею дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу. В постановлении о продлении срока задержания указываются дата и время, до которых продлевается срок задержания (п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК). Данный вариант судебного решения фиксируется в постановлении об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

Ходатайство о продлении срока задержания возможно как со стороны обвинения, так и со стороны защиты. Е. Б. Мизулина комментирует: «Согласно п. 3 ч. 6 ст. 108 УПК указанное продление возможно как по ходатайству стороны обвинения, так и защиты. Смысл этого ходатайства в том, что заявившей его стороне нужно время для представления дополнительных доводов в свою пользу, доказывающих или опровергающих обоснованность задержания. Смотря по обстоятельствам, продление срока может быть выгодно как стороне обвинения, так и стороне защиты»¹.

Таким образом, общий срок задержания может составлять до 120 часов. Рассуждая о продлении срока задержания, необходимо отметить следующее.

1. Следователь (дознатель) не уполномочен обращаться в суд с ходатайством о продлении срока содержания под стражей; в суде рассматривается ходатайство об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу,

¹ Мизулина Е. Указ. соч. С. 14.

и в судебном заседании суд может рассмотреть ходатайство о продлении срока задержания. Ходатайство о продлении срока задержания, по всей видимости, может быть как письменным, так и устным, которое заносится в протокол судебного заседания.

Запрограммирована ситуация, при которой, обращаясь с ходатайством об аресте в суд, следователь (дознатель) рассчитывает на удовлетворение этого ходатайства, а уже в судебном заседании, убедившись в слабости своей позиции, ходатайствует о предоставлении дополнительного времени для собиранья доказательств.

Правильнее было бы предоставить следователю (дознателью) возможность обращения в суд с ходатайством о продлении срока задержания до окончания 48-часового срока. Судья по результатам рассмотрения этого ходатайства либо продлевал бы срок задержания, либо отказывал в продлении и предлагал следователю обратиться в суд с ходатайством для решения вопроса по существу.

2. С ходатайством о продлении срока может обратиться как сторона обвинения, так и сторона защиты. Хотя на практике обращения стороны защиты встречаются крайне редко.

3. Суды достаточно часто продлевают срок задержания, при этом срок продлевается, как правило, на все 72 часа.

4. Какова процедура решения вопроса при истечении продленного судом срока задержания, должно ли выноситься новое постановление суда об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу? Поскольку ч. 7 ст. 108 УПК указывает 3 разных варианта разрешения судом по ходатайству о заключении под стражу, то каждый из них надо считать самостоятельным и окончательным на данный момент решением, в том числе и продление срока задержания (п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК). Таким образом, по истечении дополнительного срока задержания следователь (дознатель) должен представить в суд вновь полученные материалы дела, проводится новое судебное заседание и выносится новое постановление суда. Однако повторное продление срока задержания невозможно.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. «О применении судами норм УПК РФ» в п. 6 содержит следующее положение: «При непоступлении в установленный срок дополнительных доказательств судья проводит повторное заседание с участием сторон и на основе ранее поступивших материалов выносит соответствующее решение об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу либо об отказе в удовлетворении ходатайства».

5. Срок задержания может быть продлен как в отношении подозреваемого, так и в отношении обвиняемого: если перед обращением в суд задержанному было предъявлено обвинение, это не лишает суд возможности продлить срок задержания лица до 72 часов.

Анализируя сроки процессуального задержания, полагаем нужным уделить внимание правилам задержания осужденных, относящимся к уголовно-исполнительному праву. Уголовно-исполнительный кодекс РФ устанавливает,

что злостно уклоняющийся от отбывания наказания осужденный, местонахождение которого неизвестно, объявляется в розыск и может быть задержан на срок до 48 часов. Данный срок может быть продлен судом до 30 суток. Это относится к наказанию в виде обязательных работ, штрафа, исправительных работ, ограничения свободы (ч. 2 ст. 30, ч. 4 ст. 32, ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 48, ч. 5 ст. 58). Задержание в данном случае может быть осуществлено органами, исполняющими уголовное наказание системы ФСИН Минюста России. Уголовно-исполнительные инспекции проводят первоначальные мероприятия по розыску осужденных, готовят и передают в соответствующую службу материалы об осужденных, местонахождение которых неизвестно (ч. 3 ст. 39 УИК). При объявлении в розыск задержание может быть произведено органом внутренних дел с последующей передачей материалов в уголовно-исполнительную инспекцию.

Поскольку мере принуждения подвергается лицо, осужденное к наказанию, не связанному с лишением свободы, то срок его задержания до получения судебного решения не может превышать 48 часов. Вместе с тем, в отличие от уголовно-процессуальных правил, суд может продлить срок задержания осужденного до 30 суток. Это вполне оправданно, поскольку речь идет о субъекте, который игнорирует судебный приговор и уклоняется от обязанности понести уголовное наказание.

Иные правила установлены для задержания осужденного, совершившего побег из мест лишения свободы или уклоняющегося от отбывания уголовного наказания в виде лишения свободы. Осужденный, совершивший побег из мест лишения свободы, задерживается органами, исполняющими наказание (в соответствии с Законом РФ от 21 июля 1993 г. № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы»), или органами внутренних дел и привлекается к уголовной ответственности по ст. 313 УК РФ. При необходимости участия в следственных действиях в качестве подозреваемого (обвиняемого), осужденные к лишению свободы могут быть оставлены в следственном изоляторе либо переведены в следственный изолятор из исправительного учреждения на основании мотивированного постановления следователя или органа дознания, санкционированного прокурором субъекта РФ или его заместителями, на срок, не превышающий 2 месяцев, а санкционированного Генеральным прокурором РФ и его заместителями на срок до 3 месяцев (ч. 1 ст. 77-1 УИК). Вместе с тем при возбуждении уголовного дела по факту побега осужденный может быть задержан и арестован в обычном процессуальном порядке (ст. 77-2 УИК). При этом задержанный может быть помещен в изолятор временного содержания органов внутренних дел либо возвращен в исправительное учреждение, где будет содержаться отдельно от других осужденных.

При уклонении осужденного от возвращения из отпуска в установленный срок в исправительное учреждение он подлежит задержанию органом внутренних дел по месту пребывания с санкции прокурора на срок не более 30 суток для решения вопроса о направлении его к месту отбывания наказания под конвоем или привлечения к уголовной ответственности (ч. 11 ст. 97 УИК). Здесь также предусмотрен специальный порядок и срок задержания, который опреде-

ляется тем, что мере принуждения подвергается осужденный, к тому же совершивший новое преступление. Таким образом, порядок и сроки задержания неоднозначны и определяются во многом тем, кто именно и в связи с чем подвергается задержанию.

Рассуждения о сроках процессуального задержания полагаем возможным завершить следующими выводами.

1. По поводу указанного в ч. 3 ст. 108 УПК срока обращения в суд необходимо признать, что на практике следователи (дознаватели) весьма часто не выполняют этот срок, представляя материалы в суд в последний момент при истечении срока задержания. С другой стороны, указанный в законе 8-часовой период, предназначенный, видимо, для изучения материалов уголовного дела судом, практически и не требуется. Изучение судебной практики принятия решений об аресте на досудебных стадиях судопроизводства показывает, что реально для изучения материалов уголовного дела, прилагающихся к ходатайству о заключении под стражу, требуется не более часа.

Следует учитывать и обычный 8-часовой режим работы судов при двух выходных днях в неделю, в который вышеуказанный срок представления материалов дела просто не укладывается.

По нашему мнению, оптимальным выходом из данной ситуации было бы установить в ч.ч. 3-4 ст. 108 УПК следующее:

а) при задержании подозреваемого материалы в суд должны быть предоставлены не менее чем за 2 часа до окончания срока задержания;

б) ходатайство об аресте и материалы дела должны представляться в суд в рабочее время в соответствии с расписанием дня суда;

в) решение должно приниматься судом в день обращения.

В таком случае срок задержания не сокращался бы на 8 часов, а суд не вынужден был бы функционировать в круглосуточном режиме.

2. Исчисление продленного срока задержания в часах не вызывается ни правовой, ни фактической необходимостью. 48-часовой срок задержания указан в ст. 22 Конституции России, однако дальнейшее содержание под стражей осуществляется уже по судебному решению. Полагаем, что после продления судом срока задержания срок его можно исчислять сутками, а не часами.

3. Учитывая изложенные рассуждения о том, что задержание как мера принуждения, по существу, в настоящее время является кратковременной мерой пресечения, которая может применяться как к подозреваемому, так и к обвиняемому, вызывает сомнение с точки зрения практической и правовой обоснованности установление именно 120-часового срока задержания, с учетом продления. Арест подозреваемого допускается, как указано выше, на срок до 10 суток (по некоторым делам до 30 суток), с учетом срока задержания. Вместе с тем, как уже также было указано, в большинстве случаев сейчас для решения вопроса об аресте представляются именно подозреваемые, а не обвиняемые. Соответственно, складывается ситуация, при которой: 1) лицо задерживается на срок до 48 часов; 2) суд продлевает срок задержания до 72 часов; 3) подозреваемый подвергается мере пресечения в виде заключения под стражу на срок до

10 (до 30) суток, включая срок задержания; 4) до истечения указанных 10 (30) суток предъявляется обвинение.

Полагаем, что продление срока задержания судом на срок до 72 часов и арест подозреваемого на срок до 10 суток должны быть сведены в одну процессуальную процедуру: арест подозреваемого невозможен, но срок задержания может быть продлен судом до 10 суток. Если до истечения этого срока обвинение предъявлено, суд по ходатайству следователя (дознателя), согласованному соответственно с руководителем следственного органа или прокурором, уполномочен избрать меру пресечения в виде заключения под стражу в отношении обвиняемого на срок, установленный в ст. 109 УПК. Если лицо не привлечено в течение 10 суток в качестве обвиняемого, мера пресечения перестает действовать, и обращение в суд с ходатайством об аресте подозреваемого невозможно.

В целом 48-часовой срок процессуального задержания не позволяет полностью реализовать его потенциальные возможности, однако продление этого срока предоставляет достаточно времени для решения всех задач, которые ставятся на данном этапе перед органами предварительного расследования.

§4. ОСОБЕННОСТИ ЗАДЕРЖАНИЯ ОБВИНЯЕМОГО И ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ

Задержание обвиняемого является новеллой уголовно-процессуального закона. Ранее задержание обвиняемого в порядке ст. 122 УПК РСФСР рассматривалось как грубейшее процессуальное нарушение.

Правило о задержании обвиняемого введено Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ: в случае обнаружения обвиняемого он может быть задержан в порядке, установленном гл. 12 УПК (ч. 3 ст. 210 УПК).

Причиной этого нововведения послужила трудноразрешимая ситуация, возникшая в связи с запретом «заочного ареста»: скрывшийся обвиняемый, объявленный в розыск, не может подвергнуться мере пресечения в виде заключения под стражу, пока не предстанет перед судом для решения этого вопроса (ч. 4 ст. 108 УПК). В результате обвиняемый, находившийся в розыске, при его обнаружении не мог быть немедленно изолирован, а продолжал оставаться на свободе до тех пор, пока органы предварительного расследования не обратились в суд с ходатайством о заключении его под стражу.

Ситуация не представляет сложности, если разыскиваемый обнаруживается по месту производства предварительного расследования: следователь (дознатель) имеет возможность, собрав необходимые материалы, незамедлительно поставить перед судом вопрос об аресте данного лица. Однако в большинстве случаев разыскиваемое лицо обнаруживается далеко от того места, где оно объявлено в розыск. Хотя ч. 4 ст. 108 УПК позволяет рассматривать вопрос об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу по месту задержания лица, но само представление материалов в суд, находящийся в другом регионе страны, требует достаточно больших организационных усилий и занимает достаточно длительное время. Находясь на свободе, разысканный обвиняемый после его обнаружения вновь может скрыться.

Рассматриваемое положение о возможности процессуального задержания обвиняемого, находившегося в розыске, в некоторой мере помогает разрешить данную ситуацию. В случае обнаружения лица, находившееся в розыске, безразлично, подозреваемый или обвиняемый, задерживается в порядке гл. 12 УПК. Это дает следователю (дознателю) 40-часовой срок для предоставления в суд по месту задержания ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и материалов уголовного дела, подтверждающих это ходатайство. С другой стороны, задержанного за эти 40 часов можно доставить к месту производства предварительного расследования, чтобы здесь решить вопрос об аресте.

При этом, однако, возникает другая проблема – кто должен брать на себя ответственность за задержание лица, находившегося в розыске, другими словами, кто составляет протокол задержания? Очевидно, это должен сделать следователь (дознатель) или орган дознания по его поручению по месту обнаружения обвиняемого (подозреваемого), так как «заочное» составление протокола задержания недопустимо.

В случае необходимости производства следственных или розыскных действий в другом месте следователь вправе произвести их лично либо поручить производство этих действий соответственно следователю или органу дознания, который обязан выполнить поручение не позднее 10 суток (ч. 1 ст. 152 УПК). Следователь уполномочен давать органу дознания обязательные для исполнения письменные поручения об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, а также получать содействие при их осуществлении (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК).

Исходя из указаний закона, возможны следующие варианты действий:

1) в безотлагательном порядке доступными средствами связи направить поручение о задержании обвиняемого (подозреваемого) в порядке ч. 3 ст. 210 УПК;

2) следователю (дознавателю), в производстве которого находится дело, незамедлительно прибыть к месту задержания лица и самостоятельно произвести все необходимые действия либо дать соответствующее поручение органу дознания;

3) незамедлительно направить к месту задержания сотрудников органа дознания с постановлением о задержании обвиняемого (подозреваемого), которые доставят его к месту производства предварительного расследования.

Что касается сроков задержания обвиняемого, находившегося в розыске, то они соответствуют тем, которые определены для задержания подозреваемого: 48 часов до судебного решения; затем этот срок может быть продлен судом на 72 часа. Однако не следует забывать, что продление срока задержания судом производится по ходатайству одной из сторон для представления дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу (п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК). При объявлении обвиняемого в розыск у следователя (дознавателя) имеется достаточно времени для того, чтобы собрать вышеуказанные доказательства, и необходимость обращения с ходатайством о продлении срока задержания в таком случае весьма сомнительна.

Выше уже указывалось, что продление судом срока задержания возможно как в отношении подозреваемого, так и в отношении обвиняемого. Подозреваемому может быть предъявлено обвинение перед обращением в суд с ходатайством об избрании в отношении данного лица меры пресечения в виде заключения под стражу, что никак не препятствует продлению срока его задержания, если такая необходимость имеется.

В целом укажем, что процессуальные правила о задержании обвиняемого: а) окончательно сблизил такие меры принуждения, как задержание и арест; б) позволили в некоторой степени снять практические проблемы, возникающие при розыске обвиняемого.

Вместе с тем решить проблему своевременного помещения под стражу подозреваемого или обвиняемого, находившегося в розыске, можно только путем законодательного дозволения заочного ареста, с предоставлением ему после реального применения меры пресечения возможности обжалования этих действий.

В соответствии с действующим законодательством, задержание некоторых категорий лиц, подозреваемых в совершении преступления, имеет свои особенности.

Член Совета Федерации, депутат Государственной Думы, судья федерального суда, мировой судья, прокурор, Председатель Счетной палаты РФ, его заместитель и аудитор Счетной палаты РФ, Уполномоченный по правам человека в РФ, Президент Российской Федерации, прекративший исполнение своих полномочий, задержанные по подозрению в совершении преступления в порядке, установленном ст. 91 УПК, за исключением случаев задержания на месте преступления, должны быть освобождены немедленно после установления их личности (ст. 449 УПК).

Приведенную здесь статью закона следует толковать так, что названные лица вообще не подлежат задержанию по подозрению в совершении преступления, за исключением одного основания: когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения (п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК). Ранее мы пришли к выводу, что под это основание подпадает предварительная преступная деятельность в момент ее пресечения, ситуации, когда лицо застигнуто непосредственно при совершении преступления на месте преступления или захвачено во время преследования «по горячим следам» после совершения преступления. По другим основаниям, перечисленным в ст. 91 УПК, задержание кого-либо из перечисленных лиц невозможно, если даже очевидцы указывают на него как на совершившего преступление, или при нем обнаружены явные следы преступления.

Сопоставление названной нормы с другими правилами гл. 52 УПК приводит к выводу, что задержание вышеперечисленных категорий подозреваемых допустимо, если уголовное дело возбуждено по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления, т. е. в обычном порядке по постановлению следователя (дознателя) (ст. 146 УПК). Нарушения законности в таком случае не усматривается, несмотря на то, что лицо (предположим, депутат) задерживается на месте преступления, преступление может считаться неочевидным, так как само по себе задержание, как указано выше, имеет своей целью проверку причастности лица к совершению преступления. Причастность эта может и не найти подтверждения, что потребует проведения розыска того, кто преступление совершил.

Возбуждение уголовного дела в порядке ст. 448 УПК в отношении вышеуказанной категории лиц делает процессуальное задержание подозреваемого невозможным по следующим причинам:

1) если лицо (предположим, тот же депутат) задержано непосредственно на месте преступления, то решение вопроса о возбуждении в отношении этого лица уголовного дела в порядке п. 1 ч. 1 ст. 448 УПК займет значительное количество времени, в течение которого удерживать подозреваемое лицо на законных основаниях невозможно;

2) если уголовное дело уже возбуждено с соблюдением указанного порядка, заподозренное лицо, таким образом, будет предупреждено, и маловероятно, что после этого оно может быть задержано на месте преступления.

Личность устанавливается при предъявлении документов. Может быть вызван для установления личности представитель соответствующего государственного органа.

Рассуждая об особенностях задержания должностных лиц, наделенных важными полномочиями, необходимо учитывать, помимо положений гл. 52 УПК, некоторые другие законодательные акты, имеющие отношение к тем же субъектам. Поскольку эти законы предоставляют дополнительные правовые гарантии участникам процесса со стороны защиты, их нельзя считать противоречащими УПК РФ, и правила ст. 4 Федерального закона от 18 декабря 2001 г. № 177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» к ним не относятся.

Исходя из особенностей задержания, все субъекты, перечисленные в гл. 52 УПК, могут быть разделены на несколько категорий.

1. Судьи, включая судей Конституционного Суда РФ, федерального суда общей юрисдикции, федерального арбитражного суда, мировых судей, а также конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации. Неприкосновенность судей определяется Законом РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»: судья, задержанный по подозрению в совершении преступления или по иному основанию либо принудительно доставленный в любой государственный орган, если личность этого судьи не могла быть известна в момент задержания, после установления его личности подлежит немедленному освобождению. Личный досмотр судьи не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом в целях обеспечения безопасности других людей (ч. 5 ст. 16 Закона). Таким образом, несмотря на положение ст. 449 УПК, судья не может быть задержан, в том числе и на месте преступления.

Присяжные и арбитражные заседатели в период осуществления ими правосудия имеют те же гарантии неприкосновенности, в том числе и при задержании за совершение преступления (ст. 87 Закона РСФСР от 8 июля 1981 г. (ред. от 2 июля 2003 г.) «О судостроительстве РСФСР»; ст. 7 Федерального закона от 30 мая 2001 г. № 70-ФЗ (ред. от 30 июня 2003 г.) «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»).

2. Должностные лица, в отношении которых установлены дополнительные гарантии при задержании, а также особо сложный порядок возбуждения уголовного дела и применения меры пресечения в виде заключения под стражу. Необходимо учитывать, что задержание имеет одной из своих целей решение вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. К таким относятся:

1) Член Совета Федерации, депутат Государственной Думы. Как указано выше, ст. 449 УПК допускает задержание указанных лиц только на месте преступления. Член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без согласия соответствующей палаты Федерального Собрания Российской Федерации не могут быть: а) привлечены к уголовной или к административной ответственности, налагаемой в судебном порядке; б) задержаны, арестованы, подвергнуты обыску (кроме случаев задержания на месте преступления) или допросу; в)

подвергнуты личному досмотру, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других людей (ч. 2 ст. 19 Федерального закона от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»). Несмотря на то, что названный закон допускает задержание и вне места преступления с согласия, соответственно, Совета Федерации или Государственной Думы, следует руководствоваться ст. 449 УПК, которая допускает задержание только на месте преступления, и согласия соответствующей палаты при этом не требуется. Решение о заключении под стражу по отношению к указанным должностным лицам может быть исполнено только с согласия соответствующей палаты (ч. 3 ст. 450 УПК).

2) Председатель Счетной палаты РФ, заместитель Председателя Счетной палаты и аудиторы Счетной палаты не могут быть задержаны, арестованы, привлечены к уголовной ответственности без согласия той палаты Федерального Собрания Российской Федерации, которая их назначила на должность в Счетную палату (ст. 29 Федерального закона от 18 ноября 1994 г. № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации»). Такое согласие, очевидно, требуется и при задержании на месте преступления, несмотря на указание ст. 449 УПК.

3) Уполномоченный по правам человека в России не может быть задержан, за исключением случаев задержания на месте преступления (ст. 449 УПК). В случае задержания Уполномоченного на месте преступления должностное лицо, производшее задержание, немедленно уведомляет об этом Государственную Думу, которая должна принять решение о даче согласия на дальнейшее применение этой процессуальной меры. При неполучении в течение 24 часов согласия Государственной Думы на задержание Уполномоченный должен быть немедленно освобожден (ст. 12 Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»). Судебное решение о заключении под стражу также может быть исполнено только с согласия Государственной Думы (ч. 3 ст. 450 УПК).

4) Президент Российской Федерации, прекративший исполнение своих полномочий, может быть задержан только на месте преступления (ст. 449 УПК). Он не может быть задержан в ходе производства по делам, связанным с исполнением им полномочий Президента (ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 12 февраля 2001 г. № 12-ФЗ «О гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи»). Заключение под стражу допускается только с согласия Государственной Думы (ч. 3 ст. 450 УПК).

С учетом изложенного, полагаем возможность процессуального задержания перечисленной категории лиц весьма сомнительной с точки зрения выполнения всех требований закона.

3. Депутаты, члены выборных органов местного самоуправления, выборные должностные лица местного самоуправления на территории муниципального образования не могут быть задержаны (за исключением случаев задержания на месте преступления), подвергнуты обыску по месту жительства или работы, арестованы, привлечены к уголовной ответственности без согласия про-

курора субъекта Российской Федерации (Федеральный закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ (ред. от 8 декабря 2003 г.) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»). Это правило следует рассматривать как дополнение к ст.ст. 449-450 УПК. Таким образом, депутаты данного уровня могут быть задержаны на месте преступления в обычном порядке, по другим основаниям – с согласия прокурора субъекта Федерации.

4. Депутат законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации. В случае привлечения депутата к уголовной или административной ответственности, его задержания, ареста, обыска, допроса, совершения иных уголовно-процессуальных или административно-процессуальных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении депутата, его багажа, личных и служебных транспортных средств, переписки, используемых им средств связи и принадлежащих ему документов, а также при проведении оперативно-розыскных мероприятий в занимаемых им жилом и служебном помещениях применяется особый порядок производства по уголовным или административным делам, установленный федеральными законами (ст. 13 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ (ред. от 19 июня 2004 г.) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»). УПК не устанавливает дополнительных гарантий при задержании и заключении под стражу депутатов данного уровня (ст.ст. 449-450 УПК). Таким образом, порядок задержания этой категории должностных лиц общий.

5. Зарегистрированный кандидат в Президенты России без согласия Генерального прокурора РФ не может быть привлечен к уголовной ответственности, арестован или подвергнут в судебном порядке административному наказанию. При даче такого согласия Генеральный прокурор Российской Федерации немедленно извещает об этом Центральную избирательную комиссию Российской Федерации (Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации»). УПК не устанавливает каких-либо дополнительных гарантий при задержании кандидата в Президенты. Таким образом, порядок задержания в этом случае общий, определяется гл. 12 УПК.

6. Прокурор, т. е. должностное лицо органов прокуратуры, наделенное соответствующими полномочиями.

Любая проверка сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором или следователем Следственного комитета при прокуратуре, возбуждение в отношении их уголовного дела (за исключением случаев, когда прокурор или следователь застигнут при совершении преступления), производство расследования являются исключительной компетенцией Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации. Не допускаются задержание, привод, личный досмотр прокурора и следователя, досмотр их вещей и используемого ими транспорта, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других лиц, а также задержания при совершении преступления (ч. 2 ст. 42 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 (ред. Последующими изменениями и дополнениями) «О

прокуратуре Российской Федерации»). Задержание прокурора не допускается, за исключением случаев задержания на месте преступления (ст. 449 УПК).

Таким образом, Закон о прокуратуре позволяет задержание как прокурора, так и следователя Следственного комитета при прокуратуре, если это связано с совершением преступления, то есть по любому из оснований, предусмотренному ст. 91 УПК. Уголовно-процессуальный закон сужает эти основания в отношении прокурора: он может быть задержан только на месте преступления, т. е. только на основании п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК. Что касается следователя Следственного комитета при прокуратуре, то, поскольку ст. 449 УПК о нем не упоминает, он может быть задержан в общем порядке в соответствии с гл. 12 УПК. Полагаем ошибочным толкование вышеприведенной нормы, которое дает А. П. Коротков: «Необходимо иметь в виду, что задержание прокурора и доставление его в правоохранительный орган, если его личность установлена, не допускается вне зависимости от того, застигнуто ли данное должностное лицо на месте преступления»¹.

7. 1) Следователь, адвокат могут быть задержаны в обычном порядке (в том числе и следователь Следственного комитета при прокуратуре, как указано выше). Однако следует учесть, что порядок возбуждения уголовного дела несколько усложнен – оно может быть возбуждено вышестоящим руководителем следственного органа Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации на основании заключения судьи районного суда или гарнизонного военного суда по месту совершения деяния (п. 10 ч. 1 ст. 448 УПК).

2) Член избирательной комиссии, комиссии референдума могут быть задержаны в обычном порядке. Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ (ред. от 12 августа 2004 г.) «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» дополнительных гарантий в этой части не предусматривает.

Помимо всего вышеизложенного, в сфере уголовного судопроизводства в полной мере действует дипломатический иммунитет, в том числе и относительно задержания за совершение преступления. Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. установила: «Личность дипломатического агента неприкосновенна. Он не подлежит аресту или задержанию в какой бы то ни было форме» (ст. 29); «Дипломатический агент есть глава представительства или член дипломатического персонала представительства» (ст. 1). Процессуальные действия, предусмотренные УПК РФ, в отношении лиц, обладающих правом дипломатической неприкосновенности, производятся лишь по просьбе указанных лиц или с их согласия, которое испрашивается через Министерство иностранных дел РФ (ч. 2 ст. 3 УПК).

¹ Комментарий к УПК РФ / Под ред. В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004. С. 902.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, подводя итог изложенному, следует заключить, что задержание подозреваемого – это мера процессуального принуждения, состоящая в кратковременной изоляции от общества лица, подозреваемого в совершении преступления, применяемая следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором, имеющая целью установление причастности или непричастности данного лица к совершению преступления, а также обеспечение судебной процедуры решения вопроса о его аресте.

Анализ института процессуального задержания позволил раскрыть его правовую сущность, выделив следующие характерные черты:

- 1) задержание, несомненно, является мерой процессуального принуждения;
- 2) задержание возможно только после возбуждения уголовного дела;
- 3) оно состоит в изоляции лица от общества и помещении его в специально предназначенное учреждение – изолятор временного содержания;
- 4) изоляция носит кратковременный характер – до 48 часов (возможно продление еще на 72 часа);
- 5) для задержания необходимо наличие специальных оснований, указанных в законе;
- 6) задержание возможно в отношении подозреваемого, а в некоторых случаях – и в отношении обвиняемого;
- 7) целью задержания является установление причастности или непричастности задержанного к совершению преступления;
- 8) как цель задержания можно также обозначить обеспечение судебной процедуры решения вопроса об аресте данного лица;
- 9) задержание относится, как правило, к числу процессуальных действий, не терпящих отлагательства, и в большинстве случаев осуществляется на первоначальном этапе расследования уголовного дела;
- 10) решение о задержании может принять следователь, орган дознания и дознаватель. Вместе с тем решение о продлении срока задержания свыше 48 часов принимает суд.

Говоря о процессуальном институте задержания, необходимо особо отметить неотложный характер этой меры принуждения. Задержание не может быть длительно подготавливаемым действием. Если доказательств виновности лица в совершении преступления достаточно, необходимо предъявить обвинение и применить меру пресечения, включая заключение под стражу. Задержание же применяется тогда, когда ситуация развивается неожиданно для органов расследования: лицо застигнуто на месте преступления; поступило сообщение об обнаружении явных следов преступления; обнаружено разыскиваемое лицо и т. д.

УПК РСФСР относил задержание к числу неотложных следственных действий (ч. 1 ст. 119 УПК РСФСР).

В соответствии с ч. 1 ст. 91 УПК, задержание подозреваемого возможно за любое преступление, за которое предусмотрено наказание в виде лишения

свободы. Однако представляется все же, что задержание как мера принуждения наиболее приемлемо при совершении «общеуголовных» преступлений. И, напротив, за преступления в сфере экономической деятельности, должностные преступления, расследование которых требует длительной предварительной проверки и следственная ситуация по которым развивается достаточно планомерно, задержание должно применяться в исключительных случаях.

Задержание следует считать процессуальной мерой принуждения, не включая в число следственных действий.

Какова же процессуальная сущность института задержания подозреваемого? Безусловно, задержание нельзя относить к мерам процессуальной ответственности, так как характера штрафной санкции за совершенное правонарушение эта мера не имеет. Задержание осуществляется для того, чтобы пресечь преступление, собрать доказательства причастности или непричастности лица к совершению преступления, предотвратить сокрытие подозреваемого от органов предварительного расследования. Согласимся с тем, что задержание является обеспечительной мерой процессуального принуждения, направленной на создание условий для успешного раскрытия и расследования преступления. Следует также указать на то, что эта мера сугубо предварительная, применение которой не означает, что данный субъект непременно будет осужден и лишен свободы.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Конституция РФ. М., 1993.
2. Уголовно-процессуальный кодекс РФ. М., 2007.
3. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. М., 1999.
4. Постановление Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14 - П по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами гр. А. П. Голомидова, В. Г. Кислицина и И. В. Москвичева.
5. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. В. И. Маслова.
6. Гражданские и политические права, включая вопросы пыток и задержаний: Доклад Комиссии по правам человека на 58 Сессии ООН // Бюллетень ООН – Е/СН. 4/2002/76 – 27.12.01.
7. Абдрахманов Р. Проблемы уголовно-процессуального задержания // Законность. 2003. № 3.
8. Булатов Б. Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: Монография. Омск: ОА МВД РФ, 2003.
9. Булатов Б. Б., Николук В. В. Меры уголовно-процессуального принуждения (по главе 14 УПК России). М.: Спарк, 2003.
10. Веретенников И. А. Задержание подозреваемого как комплексный правовой институт: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2001.
11. Власова Н. А. Уголовный процесс: Вопросы и ответы. Изд. 2-е. М.: Юриспруденция, 2003.
12. Власова Н. А. Уголовный процесс: Курс лекций. М.: Щит - М, 2000.
13. Вольский В. Задержание и доставление лица, причастного к совершению преступления // Законность. 1998 № 10.
14. Григорьев В. Н. Задержание подозреваемого. М.: ЮрИнфоР, 1999.
15. Громов Н. А., Полунин С. А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. М., 1998.
16. Гуляев А. П., Данилюк С. А., Забарин С. Н. Задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления: Учебное пособие / Под ред. А. П. Гуляева. М.: ВНИИ МВД СССР, 1988.
17. Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М. Комментарий к Положению о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления / Под ред. С. В. Мурашова. М.: Юридическая литература, 1982.
18. Давлетов А., Вечтомов С. О совершенствовании процессуального порядка задержания подозреваемого // Советская юстиция. 1991. № 5.
19. Ковалев В. М. Проблемы уголовно-процессуальной ответственности // Проблемы юридической ответственности и совершенствования законодательства в свете новой Конституции СССР. Рязань, 1979.

20. Комментарий к УПК РФ / Под ред В. П. Верина, В. В. Мозякова. М.: Экзамен, 2004.
21. Кузнецов И. Ненужные препятствия следствию // Законность. 2003. № 12.
22. Мизулина Е. Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам // Российская юстиция. 2002. № 6.
23. Назаров С. Задержание – «иное» процессуальное действие // Российская юстиция. 2003. № 7.
24. Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М.: Спарк, 2002.
25. Николук В. В., Дочия Р. М., Шаламов В. Г. Прекращение уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием: Учебно-практическое пособие. М., 2002.
26. Петрухин И. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989.
27. Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР: Теоретическая модель. М., 1990.
28. Федерякин В. Оказание юридической помощи подозреваемому // Законность. 2003. № 11.
29. Цоколова О. И. Задержание подозреваемого // М.: ВНИИ МВД России, 2004.
30. Чувилев А. А. Деятельное раскаяние // Российская юстиция. 1998. № 6.
31. Шейфер С. Проблемы развития системы следственных действий в УПК РФ // Уголовное право. М., 2002. № 3.
32. Щерба С. П. Свидание защитника наедине с подозреваемым (обвиняемым), содержащимся под стражей // Адвокатские вести. 2001. № 1.

Учебное пособие

Сопов Дмитрий Викторович

кандидат юридических наук

ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ЗАДЕРЖАНИЯ
ЛИЦА ПО ПОДОЗРЕНИЮ В СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Свидетельство о государственной аккредитации
Рег. №0440 от 22.12.06 г.

Подписано в печать _____ г. Гарнитура Таймс.

Усл.изд. л. ____ . Тираж ____ . Заказ № ____

Орловский юридический институт МВД РФ.
302027, Орел, ул. Игнатова 2