

УДК 343.1

А. Б. СУДНИЦЫН**К вопросу о возможности производства выемки до возбуждения уголовного дела**

Рассмотрена возможность производства выемки при проверке сообщения о преступлении в свете изменений уголовно-процессуального законодательства 2013 г. и последовавших переосмыслений в теории, следственной и судебной практике. Продемонстрировано несовершенство состоявшейся регламентации. Обозначены векторы оптимизации правоприменительной деятельности, связанной с получением объектов в стадии возбуждения уголовного дела.

Ключевые слова: изъятие предметов и документов; выемка, возбуждение уголовного дела; проверка сообщения о преступлении.

Долгое время практически аксиоматичной была позиция, согласно которой большинство следственных действий можно было проводить только после возбуждения уголовного дела, «в порядке специального дозволения» [1, с. 18]. Указанная правовая установка в полной мере относилась и к такому следственному действию, как выемка.

Однако изменения, внесенные Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № ФЗ-23¹ в ст. 144 УПК РФ, предусматривавшие «изъятие их (документов и предметов. — А. С.) в порядке, установленном УПК РФ», привели отдельных авторов к выводу о возможности проведения выемки в ходе проверки сообщения о преступлении. Причем данные позиции были сформулированы как в научных статьях [2, с. 40], так и в учебниках [3, с. 189].

Некоторые правоприменители, пришедшие к аналогичной точке зрения, стали проводить выемки и обыски на стадии возбуждения уголовного дела. Пример подобного понимания нового средства проверки имел место в ближайшее после вступления в законную силу Федерального закона от 4 марта 2013 г. время. Так, в апреле 2013 г. следователь следственного отдела СК РФ одного из районов г. Красноярск при проверке сообщения о преступлении провел выемку рукоятки с клинком (предполагаемое орудие убийства), ссылаясь при этом на ч. 1 ст. 144 и ст. 183 УПК РФ².

Вызывает обеспокоенность неоднократность подобных случаев. Распространенность указанной практики подтверждается и Генеральной прокуратурой РФ, проводившей анализ случаев изъятия предметов и документов при проверке сообщений о преступлениях³. Формулировки в решениях Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ), Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ), где подобные случаи становились предметом рассмотрения, неконкретны и, как правило, не содержат четких разъяснений.

Неоднозначная законодательная конструкция ст. 144 УПК РФ, правоприменительная практика, а также позиции отдельных процессуалистов обуславливают необходимость возврата к вопросу о производстве выемки до возбуждения уголовного дела.

Обратившись к действующей редакции ч. 1 ст. 144 УПК РФ и фигурирующему в ней изъятию предметов и документов в порядке, установленном УПК РФ, следует отметить, что «изъятие» отсутствует в УПК РФ как самостоятельный способ собирания доказательств. Данный термин вне рамок ст. 144 УПК РФ используется в законе в основном для демонстрации элемента следственного действия, заключающегося в извлечении материального объекта из места его обнаружения (ст. ст. 164, 177, 180, 182, 183, 184 и др.). Однако включение изъятия в ч. 1 ст. 144 УПК РФ привело некоторых правоведов к выводу о возможности производства выемки до возбуждения уголовного дела. Главным обоснованием такой позиции, как правило, является трактовка положений ч. 1 ст. 144 УПК РФ — отсылочная формулировка «в порядке, установленном настоящим Кодексом» — разрешающая, по мнению сторонников указанной точки зрения, при проверке сообщения о преступлении производство всех следственных действий, допускающих изъятие документов и предметов [2, с. 40].

Примеры, встречающиеся в судебной практике, позволяют говорить, что сторонники подобной точки зрения имеются не только среди ученых. Так, ВС РФ, оценив доводы о незаконности производства выемки флэш-карты до возбуждения уголовного дела, нашел их несостоятельными и противоречащими материалам уголовного дела. При этом ВС РФ констатировал, что 21 ноября 2013 г. от Х. поступило заявление о привлечении к уголовной ответственности Сязина А. С. Согласно протоколу выемки от 21 ноября 2013 г. в присутствии понятых, с участием Х. была произведена выемка флэш-карты, содержащей разговор Х.

¹ О внесении изменений в статьи 62 и 303 УК РФ и УПК РФ : федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ // Собрание законодательства РФ. № 9, ст. 875.

² Данный случай стал известен в результате проведенного интервьюирования.

³ О недопустимости изъятия предметов и документов вне рамок следственных действий, предусмотренных до возбуждения уголовного дела : информационное письмо Генеральной прокуратуры РФ от 20 августа 2014 г. № 36-11-2014 (документ опубликован не был). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

и Сязина А. С. Данное действие произведено в соответствии с требованиями ч. 1 ст. 144, ст. ст. 182, 183 УПК РФ⁴.

В обоснование своего решения о законности проведенной выемки ВС РФ сослался как на положения ст. ст. 182, 183 УПК РФ (что совершенно логично), так и на ч. 1 ст. 144 УПК РФ. Последнее, на первый взгляд, может вызвать недоумение и быть расценено как факт, подтверждающий, что и ВС РФ допускает производство выемки до возбуждения уголовного дела. Однако не будем торопиться с выводами, вернемся к анализу примера позже.

Итак, используемая законодателем в ч. 1 ст. 144 УПК РФ юридическая конструкция в силу неоднозначного ее толкования дает почву для существования точки зрения, допускающей производство выемки до возбуждения уголовного дела. Тем не менее позволим себе не согласиться с данной позицией по ряду причин.

Приверженцы указанного подхода не принимают во внимание, что в свете их логики ч. 1 ст. 144 УПК РФ вступает в противоречие со ст. ст. 182, 183, 184 УПК РФ, которые не позволяют проводить эти следственные действия до возбуждения уголовного дела. Кроме того, изъятие как составная часть следственных действий по общим правилам проводится в рамках предварительного расследования, а не в стадии возбуждения уголовного дела (ст. 164 УПК РФ). Не учитывается также и противоречие с ч. 2 ст. 164 и ч. 1 ст. 165 УПК РФ, разрешающими производство указанных следственных действий в большинстве своем только на основании судебного решения, полученного по результату рассмотрения ходатайства следователя в рамках предварительного расследования. И еще одно косвенное подтверждение. При увеличении числа случаев, при которых понятия могут быть заменены средствами фиксации, обыск и отчасти выемка продолжают относиться к числу следственных действий, требующих обязательного участия понятых. Это может быть объяснено тем, что уровень ограничений прав граждан при производстве таких следственных действий сохраняет необходимость участия незаинтересованных лиц. Продолжая данную логику, следует говорить о возможности проведения обыска, выемки лишь после возбуждения уголовного дела.

В свете сказанного представляется интересной позиция КС РФ, а также ее оценка некоторыми авторами. Предметом рассмотрения КС РФ стало за-

явление Э. В. Абрамовой, признанной 7 мая 2015 г. Майкопским городским судом Республики Адыгея виновной в совершении преступлений, предусмотренных ст. 290 УК РФ. В ходе доследственной проверки оперуполномоченные на основании вынесенных ими постановлений о производстве выемки изъяли у ряда граждан документы (водительские удостоверения тракториста-машиниста, временные разрешения, свидетельства об уровне квалификации, индивидуальные карточки). В ходе дальнейшего производства по делу эти документы были осмотрены, исследованы путем производства экспертиз, признаны и приобщены к уголовному делу в качестве вещественных доказательств, использованы в качестве доказательств, подтверждающих обвинение.

При рассмотрении дела по существу со стороны защиты поступило ходатайство о признании недопустимыми доказательствами указанных протоколов выемок, осмотров, заключений экспертиз, постановлений о признании и приобщении вещественными доказательствами, которое Майкопским городским судом было отклонено⁵. С этим решением согласились суды апелляционной и кассационной инстанций⁶.

В своей жалобе Э. В. Абрамова оспаривала конституционность ч. 1 ст. 144 УПК РФ, а именно право истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном данным Кодексом. По ее мнению, в силу своей неопределенности данная норма позволяет производить выемку предметов и документов в порядке ст. ст. 182 и 183 УПК РФ до принятия решения о возбуждении уголовного дела и использовать полученные таким образом предметы и документы в качестве доказательств.

КС РФ отказал в принятии к рассмотрению жалобы, признав ее не отвечающей требованиям допустимости, указав при этом несколько важнейших оснований.

Во-первых, при проверке сообщения о преступлениях, совершенных Э. В. Абрамовой, изъятие документов со следами ее противоправной деятельности производилось не у нее самой, а у очевидцев, пояснивших в суде, что, узнав о противоправных действиях подсудимой, они добровольно выдали эти документы сотрудникам полиции. Во-вторых, подлинность полученных таким образом документов, признанных вещественными доказательствами по уголовному делу, стороной защиты под сомнение не ставилась, а оспаривалась лишь допустимость приме-

⁴ Об отказе в передаче кассационных жалоб на судебные акты по уголовному делу в части привлечения к ответственности по ч. 1 ст. 159 УК РФ за мошенничество по двум эпизодам, по ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 291¹ УК РФ за покушение на посредничество во взяточничестве, по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 3 ст. 291¹ УК РФ за покушение на посредничество во взяточничестве, по ч. 3 ст. 159 УК РФ за мошенничество для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции : постановление Верховного Суда РФ от 25 августа 2017 г. № 16-УД17-16. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Приговор Майкопского городского суда Республики Адыгея от 7 мая 2015 года. ГАС РФ «Правосудие». URL: https://maikopsky-adg.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=24810231&delo_id=1540006&new=0&text_number=1 (дата обращения: 31.10.2016).

⁶ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Адыгея от 30 июня 2015 года. ГАС РФ «Правосудие». URL: https://vs-adg.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=826428&delo_id=4&new=4&text_number=1&case_id=4632 (дата обращения: 31.10.2016).

нения в деле заявительницы положений ст. 183 УПК РФ. После этого КС РФ сделал вывод, что оспариваемая норма не может расцениваться как нарушающая конституционные права Э. В. Абрамовой в указанном ею аспекте⁷.

Приведенное решение КС РФ, как и ситуацию, разъясненную в нем, по-разному оценили в среде процессуалистов. Например, И. В. Малофеев, рассматривая сложившуюся судебную практику, не допускающую производства выемки до возбуждения уголовного дела, назвал этот случай «примером обратного толкования» ст. 144 УПК РФ [4, с. 140].

Интересной представляется точка зрения К. Б. Калиновского. Последний, обосновывая недопустимость производства до возбуждения уголовного дела выемки в связи с несоразмерностью ограничений прав граждан с конституционно закрепленными целями и охраняемыми интересами, а также характером совершенного деяния, тем не менее считает возможным использовать в доказывании протокол выемки, проведенной до возбуждения дела. Хотя и при определенных условиях. К таковым автор относит: отсутствие сомнений в достоверности полученного доказательства, способствование данного протокола выемки восстановлению или защите нарушенных прав, отсутствие усугубления последствий допущенного нарушения. Изложенные доктринальные рекомендации, по мнению указанного автора, согласуются с правовой позицией, использованной КС РФ в анализируемом решении [5, с. 51].

Поддерживая необходимость взвешенного подхода к оценке существенности нарушений при рассмотрении возможности использования в доказывании полученных доказательств, позволим себе не согласиться с выводом о допустимости производства выемки до возбуждения уголовного дела. Наша позиция предопределяется рядом доводов, помимо указанных ранее.

Во-первых, необходимо учесть подход КС РФ, высказавшегося о невозможности подмены изъятия следов преступления, предметов, документов в ходе одного следственного действия в стадии возбуждения уголовного дела иными процессуальными (в том числе следственными) действиями, для которых уголовно-процессуальным законом установлены специальная процедура, а также другие основания и условия проведения⁸.

Во-вторых, КС РФ в определении по жалобе Э. В. Абрамовой высказался очень осторожно и не стал вступать в обсуждение возможности производства выемки до возбуждения уголовного дела, подчеркнув, что в его компетенцию не входит оценка

правильности выбора правовых норм в уголовном деле заявительницы, как и их казуальное толкование, а также разрешение вопросов, касающихся оценки доказательств по конкретному уголовному делу. Примечательно, что при этом КС РФ назвал выемку, производимую в порядке ст. 183 УПК РФ, «принудительной выемкой», противопоставив ей получение предметов и документов путем направления запросов в порядке ч. 4 ст. 21 УПК РФ.

Таким образом, следует говорить о том, что КС РФ подтвердил возможность получения предметов, документов в ходе проверки сообщения о преступлении при наличии согласия их передачи. И таким способом является, например, истребование и последующее представление предметов и документов [6, с. 64–71], а не их выемка.

Вернемся к ранее приведенному примеру из практики ВС РФ, а также вышеуказанному решению КС РФ, рассмотрев их через призму положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁹ (далее — Закон об ОРД).

В части 1 ст. 15 Закона об ОРД закреплено: «В случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации».

Означает ли это, что оперуполномоченный, изымая предметы, документы, материалы при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий, будет составлять протокол выемки? Оперуполномоченный в данном случае будет являться ненадлежащим субъектом для производства следственного действия. Кроме того, акцентируем внимание, что Закон об ОРД определяет необходимость составить протокол в соответствии с уголовно-процессуальными требованиями, а не протокол выемки.

Наши рассуждения могут быть подтверждены неоднократно высказанной позицией КС РФ. «Пункт 1 части первой его (Закон об ОРД. — А. С.) статьи 15 устанавливает, в частности, что в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, что направлено на удостоверение факта, хода и результатов производства оперативно-розыскного мероприятия, а не следственного действия. При этом оперативно-розыскные мероприятия, в том числе исследование предметов и документов, проводятся

⁷ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Абрамовой Эрики Вячеславовны на нарушение ее конституционных прав частью первой статьи 144 УПК РФ : определение Конституционного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. № 2885-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Брамма В. В. и Навального А. А. на нарушение их конституционных прав п. 43 ст. 5, ст. ст. 144 и 176 УПК РФ : определение Конституционного Суда РФ от 5 марта 2014 г. № 518-О. Там же.

⁹ Об оперативно-розыскной деятельности : федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ. Там же.

при наличии оснований, предусмотренных статьей 7 Федерального закона „Об оперативно-розыскной деятельности“, а не Уголовно-процессуальным кодексом. Данный Федеральный закон не регламентирует уголовно-процессуальные правоотношения, а потому и отношения, связанные с получением, проверкой и оценкой доказательств. Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона „Об оперативно-розыскной деятельности“, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона (определения от 4 февраля 1999 г. № 18-О, от 25 ноября 2010 г. № 1487-О-О, от 25 января 2012 г. № 167-О-О, от 19 июня 2012 г. № 1112-О, от 20 февраля 2014 г. № 286-О, от 29 мая 2014 г. № 1198-О и др.). Согласно же статье 89 УПК Российской Федерации в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам этим Кодексом»¹⁰.

Подчеркнем, речь идет именно о применении правил составления протокола. Хотя в практике и встречаются случаи, когда при проведении оперативно-розыскных мероприятий сотрудники соответствующих подразделений, руководствуясь ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, трактуют данную норму как указывающую на необходимость производства выемки, а в совокупности с ч. 1 ст. 144 УПК РФ — и на возможность производства выемки до возбуждения уголовного дела, в том числе совместно с проведением оперативно-розыскных мероприятий. Подобное тол-

кование, вероятно, имело место в ситуациях, обстоятельства которых стали предметом рассмотрения КС РФ¹¹ и ВС РФ¹².

Итак, следует утверждать, что до возбуждения уголовного дела производство выемки недопустимо. Изъятие объектов при проверке сообщения о преступлении путем производства следственных действий может иметь место только в рамках тех из них, которые разрешено проводить до возбуждения уголовного дела (осмотр, освидетельствование, получение образцов для сравнительного исследования). Изъятие как фактическое получение предметов и документов до возбуждения уголовного дела и вне указанных следственных действий допустимо и иными процессуальными способами. Например, истребованием и представлением, а также путем использования возможностей иных отраслей права (например, оперативно-розыскной или административно-юрисдикционной), предшествующих, как правило, уголовно-процессуальным отношениям и не вторгающихся в них.

Список литературы

1. Кальницкий В. В., Ларин Е. Г. Следственные действия : учебное пособие. Омск, 2015.
2. Каретников А. С. Следственные действия как способы проверки сообщения о преступлении // Законность. 2014. № 7.
3. Уголовный процесс : учебник для бакалавриата юридических вузов / под ред. О. И. Андреевой, А. Д. Назарова, Н. Г. Стойко, А. Г. Тузова. Ростов н/Д, 2015.
4. Малофеев И. В. Порядок производства отдельных следственных действий до возбуждения уголовного дела // Прокурор. 2016. № 2.
5. Калиновский К. Б. Выемка до возбуждения уголовного дела нарушает конституционный принцип соразмерности ограничения прав граждан // Уголовный процесс. 2016. № 3.
6. Кальницкий В. В. Истребование документов и предметов в стадии возбуждения уголовного дела // Законодательство и практика. 2015. № 2.

¹⁰ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мязиной Мари Юрьевны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 6 и 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статей 170, 176, 177 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 ноября 2014 г. № 2557-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. № 2885-О.

¹² Постановление Верховного Суда РФ от 25 августа 2017 г. № 16-УД17-16.