

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

(наименование института полностью)

Кафедра «Уголовное право и процесс»

(наименование)

40.03.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки, специальности)

Уголовно-правовой

(направленность (профиль) / специализация)

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА (БАКАЛАВРСКАЯ РАБОТА)

на тему «Основания и порядок проведения осмотра»

Студент

С.В. Скворцов

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Научный
руководитель

канд. юрид. наук, доцент, С.В. Юношев

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)



Тольятти 2020



Росдистант

ВЫСШЕЕ ОБРАЗОВАНИЕ ДИСТАНЦИОННО

Аннотация

Характеристика темы и ее актуальность: При производстве предварительного расследования практически по каждому уголовному делу проводится осмотр. Несмотря на востребованность этого следственного действия в правоприменительной практике, в уголовно-процессуальном законодательстве еще имеются пробелы в регулировании отдельных вопросов, касающихся осмотра.

Осмотр как следственное действие проводится и в судебном заседании. В соответствии со ст. 284 УПК РФ, в ходе судебного следствия допускается осмотр вещественных доказательств, который может проводиться в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон. Вещественные доказательства могут осматриваться судом, как в судебном заседании, так и по месту их нахождения, т.е. с выездом суда к месту нахождения осматриваемого объекта.

Цели и задачи работы: Целью исследования является установление качества правового регулирования оснований и порядка проведения осмотра в досудебном производстве.

В ходе исследования были поставлены следующие задачи:

- рассмотреть осмотр в системе следственных действий;
- проанализировать понятие и виды осмотра;
- рассмотреть основания осмотра;
- проанализировать достаточность правового регулирования порядка проведения осмотра;
- изучить процессуальное оформление осмотра.

Структура и объем работы: включает введение, две главы, состоящие из пяти параграфов, заключение и список используемой литературы и используемых источников.

Оглавление

Введение	4
Глава 1 Осмотр как следственное действие.....	6
1.1 Осмотр в системе следственных действий.....	6
1.2 Понятие и виды осмотра.....	12
Глава 2 Правовое регулирование осмотра как следственного действия	20
2.1 Основания проведения осмотра	20
2.2 Порядок проведения осмотра	27
2.3 Процессуальное оформление осмотра	33
Заключение	41
Список используемой литературы и используемых источников	43

Введение

При производстве предварительного расследования, практически по каждому уголовному делу, проводится осмотр места происшествия, а также осмотр жилища, местности, предметов или документов. По отдельным уголовным делам о преступлениях, посягающих на жизнь человека, проводится также осмотр трупа. Осмотр как следственное действие проводится и в судебном заседании. В соответствии со ст. 284 УПК РФ, в ходе судебного следствия допускается осмотр вещественных доказательств, который может проводиться в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон. Вещественные доказательства могут осматриваться судом, как в судебном заседании, так и по месту их нахождения, т.е. с выездом суда к месту нахождения осматриваемого объекта.

Несмотря на востребованность этого следственного действия в правоприменительной практике, в уголовно-процессуальном законодательстве еще имеются пробелы в регулировании отдельных вопросов, касающихся осмотра. Так, нельзя признать удачной формулировку ст. 176 УПК РФ об основаниях производства осмотра; отсутствуют нормы об особенностях изъятия из электронных носителей информации, касающейся частной жизни граждан и т.д. Все это обусловило актуальность обозначенной темы бакалаврской работы.

Вопросами правового регулирования осмотра занимаются многие ученые. Достаточно детально и глубоко это следственное действие изучалось представителями советской науки. В частности профессор С.А. Шейфер посвятил изучению системы следственных действий монографию «Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение», которая по праву занимает одно из основных мест в библиотеке уголовного процесса. Проблемы законодательной регламентации осмотра рассматривались в трудах А.Р. Белкина, В.В. Бычкова, А.А. Шошина, и других.

Целью исследования является изучение следственной практики по производству осмотра и установление качества правового регулирования оснований и порядка проведения осмотра в досудебном производстве.

В ходе исследования были поставлены следующие задачи:

- рассмотреть осмотр в системе следственных действий;
- проанализировать понятие и виды осмотра;
- рассмотреть основания осмотра;
- проанализировать достаточность правового регулирования порядка проведения осмотра;
- изучить процессуальное оформление осмотра.

При подготовке бакалаврской работы использовались различные источники: нормативно-правовые акты, научная и учебная литература, материалы следственной и судебной практики. Было изучено более 20 материалов уголовных дел, рассмотренных российскими судами.

Бакалаврская работа включает введение, две главы, включающие пять параграфов, заключение и список используемой литературы и используемых источников.

Глава 1 Осмотр как следственное действие

1.1 Осмотр в системе следственных действий

Уголовное судопроизводство - это деятельность, осуществляемая специальными государственными органами и должностными лицами, в целях расследования и раскрытия преступлений, изобличения виновных лиц и привлечения их к уголовной ответственности. Достигнуть поставленных целей можно только при условии установления всех обстоятельств совершения преступления, и в первую очередь - обнаружения лиц, принимавших участие в совершении преступления. Установление обстоятельств совершения преступления происходит в процессе доказывания, при помощи следственных действий, перечень которых содержится в Уголовно-процессуальном кодексе РФ.

К сожалению, закон не содержит определения следственных действий. В ст. 5 УПК РФ дается только понятие процессуальных действий, под которыми понимается следственное, судебное или иное действие, предусмотренное УПК РФ. Такое определение не раскрывает сущностных свойств следственных действий и позволяет давать двойное толкование этому термину. С одной стороны, это все действия, осуществляемые при производстве предварительного расследования, т.к. выделяются также судебные действия, осуществляемые в судебном производстве. С другой стороны, выделение «иных действий» позволяет разграничить от них действия направленные на собирание доказательств. Однако законодатель, с учетом этапа судопроизводства, обозначает их по-разному: на предварительном расследование – это следственные действия; в судебном производстве – судебные действия.

Между тем, в теории уголовного процесса, под следственными действиями традиционно понимаются «регламентированные процессуальным

законом действия, непосредственно направленные на обнаружение, закрепление, проверку доказательств» [4, с. 26].

Достаточно обстоятельно исследовал данную категорию профессор С.А. Шейфер, который отмечал, что в советской России, до принятия, ныне действующего УПК РФ, термин «следственные действия» понимался в различных значениях. Так, например, в ст. 211 УПК РСФСР в понятие «следственные действия» включались такие действия, как привод, заключение под стражу, розыск обвиняемого. В основе данного определения лежит связь с субъектом - следователем, осуществляющим данные действия. На этом основании отдельные ученые утверждали, что все, что осуществляет следователь при производстве по уголовному делу, является следственными действиями. В других статьях закона, например, в ст. 109 УПК РСФСР, следственные действия понимаются как сугубо познавательные действия, направленные на собирание доказательств. Проанализировав имеющиеся определения, С.А. Шейфер дал следующее понятие следственного действия: «это регламентированный уголовно-процессуальным законом и осуществляемый следователем комплекс познавательных и удостоверительных операций, соответствующих особенностям определенных следов и приспособленных к эффективному отысканию, восприятию и закреплению содержащейся в них доказательственной информации, т.е. к получению соответствующего вида доказательств» [22, с. 23].

В своем исследовании мы исходим из второго, более узкого понятия следственных действий, как действий, направленных на собирание, проверку и оценку доказательств по уголовному делу. При таком подходе систему следственных действий составляют предусмотренные уголовно-процессуальным законом процессуальные действия, направленные на установление обстоятельств, составляющих предмет доказывания по уголовному делу.

Между тем, при анализе текста УПК РФ можно столкнуться с выделением разновидностей следственных действий. Так, в ряде статей

законодатель выделяет так называемые «неотложные следственные действия». Например, в ч. 3 ст. 40 или ч. 1 ст. 40.2 УПК РФ указано, что на орган дознания и на начальника органа дознания возлагается также выполнение неотложных следственных действий. Определение неотложных следственных действий содержится в п. 19 ст. 5 УПК РФ: «неотложные следственные действия - действия, осуществляемые органом дознания после возбуждения уголовного дела, по которому производство предварительного следствия обязательно, в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования». А статья 157 УПК РФ регламентирует порядок производства неотложных следственных действий, из которого следует, что «при наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, орган дознания в порядке, установленном ст. 146 УПК РФ, возбуждает уголовное дело и производит неотложные следственные действия».

После производства неотложных следственных действий и не позднее 10 суток со дня возбуждения уголовного дела орган дознания направляет уголовное дело руководителю следственного органа. После направления уголовного дела руководителю следственного органа орган дознания может производить по нему следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия только по поручению следователя. В случае направления руководителю следственного органа уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, орган дознания обязан принимать розыскные и оперативно-розыскные меры для установления лица, совершившего преступление, уведомляя следователя об их результатах.

Теперь вернемся к общему определению следственных действий. Как уже отмечалось, закон не содержит перечня следственных действий. Между тем в ст. 164 УПК РФ закрепляются общие правила производства следственных действий. Так, производство следственного действия в ночное время не допускается, за исключением случаев, не терпящих отлагательства.

При производстве следственных действий недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создание опасности для жизни и здоровья участвующих в них лиц. Кроме того, для производства некоторых следственных действий требуется вынесение специального процессуального акта – постановления следователя или решения суда. В частности, постановление следователя выносится при эксгумации трупа, освидетельствовании, обыске и выемке. Решение суда необходимо при производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц; производстве обыска или выемки в жилище или у адвоката; производстве выемки вещи из ломбарда; личного обыска; выемки документов, содержащих охраняемую законом тайну; наложении ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию; наложении ареста на имущество; контроле и записи телефонных и иных переговоров; получении информации о соединениях между абонентами или абонентскими устройствами.

Федеральным законом № 533-ФЗ от 27 декабря 2018 г. статья 164 УПК РФ дополнена новой частью 4.1, которая закрепляет следующее правило: «При производстве следственных действий по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 159 частями первой - четвертой, 159.1-159.3, 159.5, 159.6, 160, 165 Уголовного кодекса Российской Федерации, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, а также статьями 159 частями пятой - седьмой, 171, 171.1, 171.3-172.2, 173.1-174.1, 176-178, 180, 181, 183, 185-185.4 и 190 - 199.4 Уголовного кодекса Российской Федерации, не допускается необоснованное применение мер, которые могут привести к приостановлению законной деятельности юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, в том числе не допускается необоснованное изъятие электронных носителей информации, за исключением следующих случаев, когда:

- вынесено постановление о назначении судебной экспертизы в отношении электронных носителей информации;

- изъятие электронных носителей информации производится на основании судебного решения;
- на электронных носителях информации содержится информация, полномочиями на хранение и использование которой владелец электронного носителя информации не обладает, либо которая может быть использована для совершения новых преступлений, либо копирование которой, по заявлению специалиста, может повлечь за собой ее утрату или изменение.

Ввиду отсутствия перечня следственных действий, обратимся к главам Уголовно-процессуального кодекса РФ, в названиях которых указаны виды следственных действий. Проведенный анализ позволил обозначить следующий перечень следственных действий:

- Осмотр;
- Освидетельствование;
- Следственный эксперимент;
- Обыск;
- Выемка;
- Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления;
- Контроль и запись переговоров;
- Получение информации о соединениях между абонентами и абонентскими устройствами;
- Допрос;
- Очная ставка;
- Оpozнание;
- Проверка показаний;
- Производство судебной экспертизы.

Как видно, на первом месте законодатель указывает осмотр как следственное действие. Это не случайно. Потому что при производстве предварительного расследования, практически по каждому уголовному делу,

проводится осмотр места происшествия, а также осмотр местности, предметов или документов. Более того, осмотр как следственное действие проводится и в судебном заседании. В соответствии со ст.284 УПК РФ, в ходе судебного следствия допускается осмотр вещественных доказательств, который может проводиться в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон. Вещественные доказательства могут осматриваться судом, как в судебном заседании, так и по месту их нахождения, т.е. с выездом суда к месту нахождения осматриваемого объекта. Лица, которым предъявлены вещественные доказательства, вправе обращать внимание суда на обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела.

Также надо отметить, что в системе неотложных следственных действий осмотр места происшествия также стоит на первом месте. Независимо от статуса должностного лица, принимающего решение о возбуждении уголовного дела – следователь, дознаватель, орган дознания -, в ходе так называемой до следственной проверки практически всегда проводится осмотр места происшествия. Уже по своему значению в деятельности по установлению обстоятельств совершенного преступления, правильно проведенный осмотр места происшествия создает хорошие предпосылки для наиболее полного и быстрого раскрытия преступления и изобличения виновных лиц.

Таким образом, в системе следственных действий немаловажное значение принадлежит осмотру. Осмотр является самостоятельным действием, направленным на отыскание и фиксацию следов преступления. Решение о проведении осмотра принимает самостоятельно следователь или дознаватель. Закон не требует письменного оформления данного решения, за исключением тех видов осмотра, производство которых связано с вторжением в сферу конституционно-охраняемых прав и свобод гражданина. В уголовно-процессуальном законе осмотр имеет отдельное правовое регулирование в главе 24 УПК РФ. От правильного и законного осмотра зависят результаты проводимого предварительного расследования по уголовному делу.

1.2 Понятие и виды осмотра

Уголовно-процессуальный кодекс РФ посвящает осмотру несколько статей. Статья 176 УПК закрепляет основания производства осмотра. Статья 177 – порядок производства осмотра. И статья 178 УПК РФ закрепляет порядок осмотра трупа и его эксгумацию. Также в ст. 180 УПК РФ закрепляются общие требования к составлению протокола осмотра и освидетельствования.

Дефиниция осмотра как следственного действия в законе отсутствует. Отсутствие правовой дефиниции компенсировано имеющимися научными определениями. Достаточно обстоятельно и полно эти вопросы рассмотрены в монографии профессора С.А. Шейфера «Следственные действия». Эту работу можно по праву считать одной из обязательных для изучения юристами. Так, ученый понимает осмотр как «осуществляемое следователем в соответствии с предусмотренной законом процедурой обследование места происшествия, жилища, иного помещения, предметов и документов в целях обнаружения следов преступления, иной, выраженной в физических признаках информации, имеющей значение для дела» [22, с. 60]. Рассматривая осмотр с содержательной точки зрения, С.А. Шейфер отмечает, что основной познавательной операцией, обуславливающей специфику осмотра как следственного действия, является наблюдение объекта с целью его изучения. Наряду с этим, автор отмечает и использование иных познавательных приемов, таких как измерение, сравнение, экспериментальные действия и т.д. Все это необходимо для того, чтобы при осмотре наиболее полно и объективно установить все значимые для уголовного дела обстоятельства и отразить их в протоколе осмотра. Например, проверить работают ли электрические выключатели, можно ли открыть дверь или окно и т.д.

Характеризуя осмотр как следственное действие, следует отметить особенности правового регулирования, допускающие его производство до возбуждения уголовного дела, на что обращали внимание А.С. Лизунов и А.А. Юнусов [14, с.43]. Учитывая, что по общему правилу все следственные действия проводятся после возбуждения уголовного дела, законодатель закрепил особый порядок производства осмотра до возбуждения уголовного дела в нескольких статьях. Во-первых, в части первой ст. 144 УПК РФ законодатель допускает при проверке сообщения о преступлении проводить осмотр места происшествия, документов, предметов и трупов. Во-вторых, часть вторая статьи 176 УПК РФ прямо предусматривает, что «Осмотр места происшествия, документов и предметов может быть произведен до возбуждения уголовного дела».

Целями производства осмотра является обнаружение следов преступления и выяснение иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Для того, чтобы принять решение о производстве осмотра, у следователя или дознавателя должны появиться фактические основания, свидетельствующие о наличии причинно-следственной связи объекта осмотра с исследуемыми обстоятельствами уголовного дела. Если осмотр проводится в стадии возбуждения уголовного дела, то таким фактическим основанием для неотложного осмотра, будет являться заявление лица о совершении в данном месте преступления и тогда будет проводиться осмотр места происшествия. Для осмотра предметов или документов, полученных при производстве предварительного расследования необходимо, чтобы эти документы или предметы были введены в процессуальную деятельность. Например, обнаружены при производстве других следственных действий. Или переданы органу расследования кем-либо из участников судопроизводства.

При принятии решения о производстве осмотра, по общему правилу, закон не требует вынесения процессуального акта. Исключение составляют случаи осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, а также осмотр и выемка почтово-телеграфной корреспонденции. В этих

случаях следователь с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, о чем выносится постановление. Ходатайство о производстве следственного действия подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня по месту производства предварительного следствия или производства следственного действия не позднее 24 часов с момента поступления указанного ходатайства.

Рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о разрешении производства следственного действия или об отказе в его производстве с указанием мотивов отказа. В исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя или дознавателя без получения судебного решения. В этом случае следователь или дознаватель не позднее 3 суток с момента начала производства следственного действия уведомляет судью и прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве. Получив указанное уведомление, судья в течение 24 часов проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми.

Охарактеризовав основные признаки осмотра как следственного действия, перейдем к рассмотрению видов осмотра. В соответствии со ст. 176 УПК РФ [23], законодатель выделяет следующие виды осмотра:

- Осмотр места происшествия;
- Осмотр местности;

- Осмотр жилища;
- Осмотр иного помещения;
- Осмотр предметов;
- Осмотр документов.

Наряду с обозначенными видами, ст. 178 УПК РФ выделяет также осмотр трупа. Сказанное позволяет говорить о существовании семи видов следственного осмотра. Наибольшую сложность в правовом регулировании и практическом применении представляет осмотр предметов и осмотр документов.

Сложность правового регулирования осмотра предметов на примере осмотра сотовых телефонов показана в статье А.М. Багмета и С.Ю. Скобелина [11, с. 100]. Авторы обстоятельно проанализировали действующее правовое регулирование и пришли к выводу, что «законодательство оставляет открытым вопрос о том, следует ли сотрудникам правоохранительных органов получать судебное решение на осмотр телефонов и содержащейся в них информации участников уголовного судопроизводства». В соответствии с ч. 2 ст. 29 УПК РФ, по судебному решению проводится только осмотр жилища, при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, а также осмотр, проводимый в отношении помещений и имущества адвоката.

Применительно к сотовым телефонам судебное решение требуется получать, если принято решение о выемке телефона, как предмета, содержащего иную охраняемую федеральным законом тайну. В частности, речь идет о двух видах тайн и соответственно, о двух видах законодательства. Во-первых, федеральный закон «О связи», ст. 63 которого гарантирует соблюдение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и почтовой связи. Во-вторых, федеральный закон «О персональных данных», ст. 7 которого ограничивает доступ и распространение персональных данных без согласия субъекта персональных данных.

В ч. 2 ст. 29 УПК РФ предусмотрено также получение судебного решения при контроле и записи телефонных и иных переговоров, а также о получении информации о соединениях между абонентами или абонентскими устройствами. Однако данные процессуальные решения не имеют какого-либо отношения к осмотру телефона. Как правило, необходимость осмотра телефона возникает тогда, когда он изымается при обыске, личном обыске, осмотре места происшествия или иного помещения. Соответственно внешний осмотр корпуса телефона, его основные характеристики, которые можно получить при визуальном осмотре, должны быть зафиксированы в основном протоколе следственного действия, в ходе которого телефон получен. Что касается получения информации, содержащейся в памяти телефона, SIM-картах и картах micro SD, то вопрос о необходимости получения судебного решения, остается неурегулированным.

Мы присоединяемся в решении этого вопроса к позиции А.М. Багмета и С.Ю. Скобелина, которые считают, что «в ситуациях, когда сотовый телефон участника уголовного судопроизводства изъят и находится у следователя, получать судебное решение на его осмотр и ознакомление с цифровым содержимым не требуется» [11, с. 102]. Такого мнения придерживается большинство судей и следователей (71,3%), проанкетированных данными авторами в ходе проведенного ими исследования. Эта же позиция отражена в ряде решений судов, которые при рассмотрении апелляционных или кассационных жалоб осужденных и их защитников однозначно исходят из того, что осмотр телефонов, проведенный на основании ст. 176 УПК РФ, не предполагает получения судебного решения.

Так, 30 сентября 2014 г. Верховным Судом РФ рассмотрены кассационные жалобы осужденного и его адвоката на приговор Верховного Суда Республики Хакасия, в которых среди прочего указывалось, что осмотр изъятого у осужденного мобильного телефона, содержащего данные о его телефонных переговорах, проведен с нарушением закона ввиду отсутствия судебного решения. Оценивая доводы жалоб, Верховный Суд РФ указал, что

осмотр мобильного телефона проведен следователем в соответствии со ст. 176 УПК РФ и вопреки утверждениям осужденного для этого не требовалось судебного решения [13].

Другой пример. Приморский краевой суд в феврале 2015 г. рассматривал апелляционное представление прокурора, не согласившегося с решением районного суда об отказе в удовлетворении ходатайства следователя о разрешении производства осмотра мобильных телефонов, изъятых в ходе производства обыска в жилище.

В апелляционном представлении прокурор указал, что из положений ч. 2 ст. 23 Конституции РФ следует, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение такого права допускается только на основании судебного решения. Ввиду отсутствия судебного решения на осмотр телефона и получения информации, содержащей тайну переписки, следователь обоснованно обратился в суд с ходатайством о разрешении производства осмотра мобильного телефона, изъятых в ходе обыска в жилище.

Прокурор отметил: суд, отказывая в удовлетворении ходатайства следователя, мотивировал свое решение тем, что уголовно-процессуальным законом не предусмотрено получение разрешения на указанное следственное действие, и фактически разъяснил возможность просмотра информации, содержащейся в мобильном телефоне, что повлечет нарушение права лица на тайну переписки, предусмотренное ч. 2 ст. 23 Конституции РФ.

Однако суд апелляционной инстанции согласился с доводами суда первой инстанции об отсутствии оснований для судебного санкционирования осмотра телефонов, указав следующее.

Судом установлено, что обыск в жилище подозреваемого с целью отыскания мобильных телефонов и иных средств связи произведен в соответствии с требованиями норм УПК РФ, т.е. на основании судебного решения. В соответствии со ст. 29 УПК РФ судебное решение необходимо для производства контроля и записи телефонных и иных переговоров, получения

информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами.

Суд апелляционной инстанции согласился с выводами районного суда о том, что по смыслу закона получение судебного решения необходимо при производстве оперативно-розыскных либо следственных мероприятий для истребования информации, находящейся у оператора связи в целях обеспечения законности ее появления у соответствующего органа, осуществляющего уголовное преследование. При этом уголовно-процессуальным законодательством не предусмотрено получение органом, производящим ОРМ либо предварительное следствие, судебного решения для производства осмотра, например протоколов телефонных соединений между абонентами, предоставленных на основании судебного решения.

По мнению суда апелляционной инстанции, суд обоснованно отказал следователю в разрешении производства осмотра мобильных телефонов, изъятых при обыске в жилище, так как это не предусмотрено уголовно-процессуальным законодательством. При таких обстоятельствах оснований для удовлетворения заявленного следователем ходатайства не имелось, а доводы апелляционного представления о возможном нарушении права лица на тайну переписки, предусмотренного ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, признаны не основанными на нормах уголовно-процессуального закона, а потому удовлетворению не подлежат [10].

Таким образом, следует сделать вывод о том, что в ситуациях, когда сотовый телефон участника уголовного судопроизводства изъят и находится у следователя, получать судебное решение на его осмотр и ознакомление с цифровым содержимым не требуется.

Как видно, каждый вид осмотра обладает своей спецификой, которая не всегда учитывается законодательством. Это объясняется тем, что наибольшие сложности возникают в связи с развитием научно-технического прогресса. На момент подготовки УПК РФ следственная и судебная практика еще не сталкивалась в массовом порядке со случаями осмотра и выемки технических

средств – компьютеров, телефонов, других носителей информации личного характера. Поэтому эти вопросы не получили должного правового регулирования и приобрели актуальность только сегодня. Законодатель уже внес существенные дополнения в эти вопросы.

Подводя итог характеристике осмотра как следственного действия можно отметить, что в системе следственных действий осмотр занимает одно из важных мест, обеспечивая эффективность процесса доказывания практически по каждому уголовному делу. И хотя законодатель определяет особенности проведения тех или иных видов осмотра, полагаем этому вопросу следует больше уделять внимание и на законодательном уровне более детально закрепить особенности изъятия и осмотра любых предметов, хранящих информацию личного характера.

Несмотря на выделение в уголовно-процессуальном кодексе нескольких видов следственного осмотра до сих пор за пределами правового регулирования остается вопрос, в каком порядке изымать и проводить осмотр информации, находящейся в осматриваемом объекте или на удаленном носителе. Следовательно, этот вопрос нуждается в дальнейшем изучении и как следствие, в более полном правовом оформлении в части особенностей проведения изъятия и осмотра предметов, обладающих определенной спецификой, а также изъятия хранящейся в них информации. При этом законодателю следует соблюдать баланс в защите интересов общества и отдельного человека, чьи интересы могут быть ограничены в результате проводимого осмотра.

Глава 2 Правовое регулирование осмотра как следственного действия

2.1 Основания проведения осмотра

Несмотря на наименование статьи 176 УПК РФ «Основания производства осмотра», в данной статье нет четкого закрепления оснований данного следственного действия. В качестве основания законодатель предлагает рассматривать цели и условия производства осмотра. Так, из части первой ст.176 УПК РФ следует, что осмотр проводится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Вторая часть указанной статьи разрешает проводить осмотр до возбуждения уголовного дела.

Отсутствие правовой дефиниции оснований осмотра пытаются восполнить в науке уголовного процесса. Во-первых, эти вопросы были рассмотрены на уровне методических рекомендаций. Так, Е.Ю. Алонцева и Н.В. Григорьева разработали и издали методические рекомендации, в которых предприняли попытку определить основания и порядок производства осмотра жилища [3, с. 54]. Несмотря на то, что ими проанализированы отдельные проблемы, разъяснены организационные, уголовно-процессуальные, уголовные и криминалистические аспекты производства данного следственного действия, они так и не смогли предложить научное понятие оснований осмотра. В качестве решения проблемы авторы предлагают выделять фактические и юридические основания осмотра. Под юридическим основанием осмотра они понимают наличие судебного решения на проведение осмотра. Понятие фактического основания является более дискуссионным. Авторы считают, что «фактические основания для производства осмотра в жилище должны определяться совокупностью доказательств и данных, полученных оперативным путем. При этом следует исходить из того, что на

начало уголовного судопроизводства совокупность таких данных может быть минимальной» [3, с. 4].

Во-вторых, довольно часто проблема определения оснований осмотра возникает на практике. В качестве примера рассмотрим уголовное дело по обвинению Озерова, Дмитриева и Иванова, в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 30, п. «а» ч. 2 ст.205 УК РФ [5]. Приговором Московского окружного военного суда от 22 января 2019 г. указанные граждане были признаны виновными и им назначено наказание в виде лишения свободы. Адвокат осужденного Озерова принес жалобу, в которой указал, что доказательства, предъявленные стороной обвинения, оценены судом односторонне и не подтверждают вину осужденного в приготовлении совершения террористического акта. Протокол осмотра места происшествия от 2 ноября 2017 г. и изъятые в ходе осмотра предметы являются недопустимыми доказательствами, поскольку осмотр произведен без согласия проживающих в жилом помещении лиц и соответствующего постановления суда. Незаконно проведено 1 ноября 2017 г. оперативно-розыскное мероприятие "Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств", т.к. в материалах дела отсутствует судебное постановление, разрешающее проведение данного оперативно-розыскного мероприятия.

Жалоба адвоката Озерова наряду с жалобами других осужденных и их адвокатов, была предметом рассмотрения апелляционной инстанции. По результатам рассмотрения вынесено Апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда РФ от 15.07.2019 N 201-АПУ19-21, в котором указано:

В приговоре сделан правильный вывод о законности проведенных «обследования помещения» (квартиры по адресу: г. Москва, г. Московский, 3 мкр, д. 17, кв. 86), осмотра места происшествия (этого же жилого помещения) и полученных в ходе осмотра вещественных доказательств. Заявления защитников об обратном несостоятельны.

Давая такую оценку, суд обоснованно принял во внимание, что осмотр места происшествия производился при наличии предусмотренных ч. 1 ст. 176 УПК РФ оснований непосредственно после оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещения», по результатам которого в указанной квартире помимо иных предметов обнаружены металлическая канистра зеленого цвета объемом 20 литров и бутылки с жидкостями, являющимися согласно заключению эксперта легковоспламеняющимися.

Оперативно-розыскное мероприятие «обследование помещения» проведено в присутствии не заинтересованных в исходе дела лиц при отсутствии признаков провокации преступлений со стороны правоохранительных органов и соответствует требованиям ст. 89 УПК РФ, ст. 6-8, 11-15 Федерального закона от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», «Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд».

На проведение оперативно-розыскного мероприятия получено разрешение суда, наделенного полномочиями по осуществлению независимой и объективной проверки законности и обоснованности оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан. На этом основании, апелляционная коллегия пришла к выводу о допустимости полученных доказательств и законности постановленного приговора.

Итак, что же представляют собой основания осмотра места происшествия как следственного действия? На примере рассмотренного уголовного дела интересно установить соотношение между оперативно-розыскным мероприятием «обследование помещения» и следственным действием «осмотр помещения» [12, с. 9].

В соответствии со ст.8 федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», обследование помещений проводится на основании решения суда при наличии информации:

- О признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно.
- О лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно.
- О событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

Следовательно, основанием проведения обследования помещения выступает информация о подготовке преступления, совершаемом или уже совершенном преступлении. В связи с этим, как считает М.В. Авакьян, логично проведение данного оперативного мероприятия, направленного на подтверждение или опровержение полученной информации [1, с.23]. Аналогичные цели и основания будут действовать и для осмотра, если он проводится в ходе до следственной проверки, до принятия решения о возбуждении уголовного дела. Если же уголовное дело возбуждено, то есть положительно решен вопрос о наличии признаков совершенного преступления, то основанием для производства осмотра должны стать другие обстоятельства.

Как мы полагаем, при производстве осмотра после возбуждения уголовного дела, в качестве обстоятельств, вызывающих производство осмотра, могут выступать:

- Получение информации о месте, где предположительно совершено преступление и могли остаться следы преступления;
- Получение информации о месте или ином помещении, местности, где предположительно произошли события, имеющие значение для раскрытия преступления;
- Получение информации о наличии определенного объекта, на котором могут быть следы преступления;

- Получение информации о наличии определенного объекта, который может иметь значение для раскрытия преступления.

Указанный перечень может быть дополнен с учетом видов осмотра, однако все перечисленные обстоятельства на наш взгляд, выступают безусловными основаниями для принятия решения об осмотре. Только получив данную информацию следователь, дознаватель принимает решение о производстве осмотра и начинает подготовку к этому следственному действию. То есть устанавливает точное место расположения объекта осмотра, определяет время производства следственного действия, формирует перечень участников и извещает их о необходимости явки к месту производства осмотра и так далее.

В данном контексте часть первая ст. 176 УПК РФ вызывает замечания. Как уже говорилось, в этой части речь идет не столько об основаниях, сколько о целях производства осмотра, который проводится «в целях обнаружения следов преступления...». Конечно преследуя обозначенную цель – обнаружение следов преступления, понятно, что, не обладая информацией о возможности нахождения таких следов, следователь не начнет осмотр. Однако для безупречности правоприменительной практики, следователь должен не догадываться об основаниях проведения осмотра, а руководствоваться законодательными предписаниями.

Исходя из этой логики, следует по-новому закрепить в законе перечень оснований производства осмотра, т.е. изменить содержание ст. 176 УПК РФ. При этом если закон выделяет несколько видов следственного осмотра, то мы полагаем, что и основания их производства также будут различны. Например, основания осмотра места происшествия всегда связаны с поступившей информацией об обнаружении признаков совершенного преступления. Получение такой информации и будет выступать основанием для производства осмотра места, где обнаружены признаки, т.е. следы преступления.

Основанием осмотра местности или помещения должна выступать информация о возможности нахождения на этой территории каких-либо следов преступления. По всей видимости, такая информация должна поступить к лицу, ведущему производство по уголовному делу в ходе проведения им предварительного расследования. Например, при допросе обвиняемого, потерпевшего или свидетеля, которые указали, что в определенном месте или в помещении могут находиться предметы или иные обстоятельства, имеющие значение для расследования уголовного дела. Дача участником обозначенной информации и будет являться основанием для производства осмотра.

Основанием для осмотра жилища выступают обстоятельства, аналогичные основаниям осмотра места происшествия [2, с. 4], в случаях, когда жилище является местом происшествия, либо обстоятельства, аналогичные основаниям осмотра помещения. Здесь надо сказать, что получение судебного решения на производство осмотра в жилище нельзя рассматривать как основание, так как судебное решение не находится в причинно-следственной связи с производимым следственным действием. Получение судебного решения является обязательным условием производства осмотра жилища при отсутствии на то согласия проживающих в нем лиц.

При последующем осмотре предмета или иного объекта, обнаруженного в ходе основного следственного действия, но не осмотренного в силу объективных причин, основания проведения в дальнейшем отдельного осмотра специфичны [15, с. 112; 20, с. 64]. В качестве основания выступает связь изъятого объекта с обстоятельствами расследуемого преступления и невозможность его осмотра в ходе изъятия этого объекта. Специфичность обозначенного основания проявляется в том, что оно является исключительным по законодательству, т.к. в соответствии с законом, с ч. 2 ст. 177 УПК РФ «Осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте производства следственного действия».

Исключение составляют случаи, когда осмотр предмета требует продолжительного времени, или осмотр на месте обнаружения предмета затруднен. При возникновении указанных обстоятельств предметы, подлежащие в дальнейшем осмотру «должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписью следователя на месте осмотра. Изъятию подлежат только те предметы, которые могут иметь отношение к уголовному делу [19]. При этом в протоколе осмотра по возможности указываются индивидуальные признаки и особенности изымаемых предметов».

Основания производства осмотра документов аналогичны основаниям производства осмотра предметов. Необходимость осмотра документов возникает тогда, когда в предмет расследования входят указанные документы.

Осмотр трупа как специфический вид осмотра проводится при наличии специфического основания его проведения. А именно, если в ходе проверки сообщения о преступлении или проведения любого следственного действия будет обнаружен труп человека, то он подлежит отдельному самостоятельному осмотру. В осмотре трупа участвует в обязательном порядке судебно-медицинский эксперт или врач. Поэтому в качестве основания осмотра трупа можно рассматривать сам факт его обнаружения в ходе процессуальных или следственных действий [1, с. 23].

В результате мы пришли к выводу, что основаниями производства осмотра являются обстоятельства, находящиеся в причинно-следственной связи с вынесением решения о производстве осмотра. На основании указанных обстоятельств орган расследования – следователь или дознаватель, приходят к выводу о необходимости производства осмотра какого-либо помещения, местности, предмета или документа. Мы полагаем, что каждому виду осмотра присущи собственные основания.

2.2 Порядок проведения осмотра

Статья 177 УПК РФ закрепляет порядок производства осмотра. За последние годы эта статья подверглась изменениям в части участия понятых. А именно, с 2013 года понятые не являются обязательными участниками следственного осмотра. Их участие обеспечивается следователем, дознавателем по своему усмотрению. Как правило на практике отсутствие понятых компенсируется видео фиксацией следственного действия.

Для всех видов осмотра установлен общий порядок его производства в ст.177 УПК РФ. Закрепляя порядок осмотра, законодатель устанавливает следующие правила ко всем видам осмотра, за исключением осмотра трупа:

- Осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте производства следственного действия;
- В протоколе осмотра указываются индивидуальные признаки и особенности изымаемых предметов;
- Если для производства осмотра предметов, обнаруженных на месте осмотра, требуется продолжительное время или осмотр на месте затруднен, то предметы должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписью следователя на месте осмотра;
- При осмотре подлежат изъятию только предметы, которые могут иметь отношение к уголовному делу;
- Все изъятые предметы предъявляются участникам осмотра;
- Осмотр жилища проводится только с согласия проживающих в нем лиц, в противном случае - на основании судебного решения;
- Осмотр помещения организации производится в присутствии представителя администрации соответствующей организации;
- В ходе осмотра или непосредственно сразу после его окончания составляется протокол следственного действия – протокол осмотра.

На основании указанных требований, а также с учётом положений ст. 164 УПК РФ для производства осмотра не требуется вынесения

постановления. Следователь принимает устное решение, при необходимости выезжает на место осмотра и приступает к производству осмотра. Следует отметить, что ч. 3 ст. 178 УПК РФ, закрепляющая порядок осмотра трупа, обязывает следователя выносить соответствующее постановление. Однако, в указанном постановлении принимается решение не столько об осмотре трупа, сколько об его эксгумации из места захоронения. Указанное постановление предъявляется администрации места захоронения и является обязательным для исполнения.

Один из проблемных вопросов, связанных с порядком производства осмотра, является осмотр жилища. В соответствии с законом осмотр жилища проводится при согласии проживающих в нем лиц. Это означает, что необходимо получить согласие всех совершеннолетних лиц, проживающих в жилище. Однако здесь не понятно, согласие должны давать все совершеннолетние фактически проживающие в данном жилище, либо только те лица, которые находятся в жилище на момент начала осмотра. Ведь если в жилище проживает четыре взрослых человека, а при начале осмотра присутствуют только двое из них, возникает вопрос, достаточно ли согласия этих двоих. Либо следователь должен предпринять меры, чтобы двое отсутствующих граждан также дали свое согласие. Этот вопрос не решен ни в законодательстве, ни в судебной практике.

В настоящее время сложилась следственно-судебная практика, в рамках которой однозначно требуется согласие фактически присутствующих при осмотре лиц, проживающих в данном жилище. Отсутствующие лица, а также собственник жилища в качестве обязательных лиц, дающих согласие на производства осмотра не обозначены. В качестве примера рассмотрим апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда РФ от 15 июля 2019 г. № 201-АПУ19-21, на приговор Московского окружного военного суда от 22 января 2019 г., по которому осуждены Озеров и Дмитриев по ч. 1 ст. 30, п. «а» ч. 2 ст. 205 УК РФ [6].

Рассмотрев уголовное дело в апелляционном порядке, суд пришел к выводу, что осмотр квартиры производился с согласия проживавших в ней граждан Г. и Г., о чем они указали в заявлениях, составленных ими собственноручно до начала осмотра, а также с участием понятых, то есть с соблюдением требований ч. 5 ст. 177 УПК РФ. Данных о том, что кто-либо из иных лиц, проживавших в жилом помещении, возражал против производства следственного действия, материалы дела не содержат.

При этом положения п. 4 ст. 29, ч. 5 ст. 165, ст. 176, 177 УПК РФ не предусматривают необходимость получения судебного решения на производство осмотра места происшествия в жилом помещении при наличии согласия на осмотр жилища проживающих в нем лиц.

Ссылка защитника Холодцовой И.В. на то, что осмотр жилища производился без согласия его собственника, также не свидетельствует о нарушениях закона, поскольку в соответствии с ч. 5 ст. 177 УПК РФ при наличии согласия на осмотр жилища проживающих в нем лиц согласия собственника жилища, не проживающего в нем, что имело место в данном случае, не требовалось. Изъятие в ходе следственного действия предметов, имеющих отношение к уголовному делу, их осмотр и признание вещественными доказательствами осуществлены с соблюдением положений ст. 81, 84, 176, 177, 180 УПК РФ.

Следующая проблема, связанная с порядком проведения осмотра, касается необходимости получения судебного решения на осмотр и изъятие информации из памяти телефона, в том числе из удаленных источников. Учитывая, что в настоящее время в большинстве случаев речь идет не столько о телефонах, сколько о смартфонах, хранящих значительную информацию личного характера, режим получения такой информации имеет большое значение. На первый взгляд этот вопрос не вызывает сомнений. Статья 23 Конституции РФ, в части второй закрепляет возможность ограничения права на тайну телефонных переговоров только на основании судебного решения. Такое же толкование дает Конституционный суд РФ в своем определении

№ 345-О от 2 октября 2003 года: «Право каждого на тайну телефонных переговоров по своему конституционно-правовому смыслу предполагает комплекс действий по защите информации, получаемой по каналам телефонной связи, независимо от времени поступления, степени полноты и содержания сведений, фиксируемых на отдельных этапах ее осуществления. В силу этого информацией, составляющей охраняемую Конституцией Российской Федерации и действующими на территории Российской Федерации законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, необходимо получение судебного решения. Иное означало бы несоблюдение требования статьи 23 (часть 2) Конституции Российской Федерации о возможности ограничения права на тайну телефонных переговоров только на основании судебного решения» [16].

Вместе с тем, такое толкование не означает, что установленный порядок осмотра и изъятия предметов не соответствует Конституции РФ. В качестве примера можно сослаться на определение Конституционного Суда № 433-О-О от 8 апреля 2010 г., в котором выражена позиция суда по поводу обращения гражданина Тарасова, оспаривающего конституционность ч. 1 ст. 176 и ч. 1 ст. 285 УПК РФ. По мнению заявителя, данные нормы вопреки правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, выраженной в Определении от 2 октября 2003 года N 345-О, позволяют органам предварительного следствия без вынесения соответствующего судебного решения производить осмотр мобильных телефонов, изъятых у подозреваемых в совершении преступлений при заключении их под стражу, а при исследовании в судебном заседании протоколов следственных действий - оглашать сведения, содержащиеся в электронной памяти этих мобильных телефонов. По мнению заявителя, применение в его деле оспариваемых норм

уголовно-процессуального закона привело к ограничению его прав на тайну телефонных переговоров, на неприкосновенность частной жизни и на судебную защиту, гарантированных статьями 23 (часть 2), 24 (часть 1) и 46 (часть 1) Конституции Российской Федерации.

Рассматривая обращение гражданина Тарасова, Конституционный Суд РФ отметил, что указанные им нормы не регулируют отношения между органами предварительного расследования и операторами связи по истребованию сведений из телефонов конкретных пользователей. Поэтому ссылаться на определение 2003 года неправильно. Обозначенные в жалобе положения УПК РФ закрепляют основания для производства осмотра и правила оглашения в суде протоколов следственных действий. В данном содержании они не нарушают права обвиняемых и подозреваемых.

Следовательно, вопрос о необходимости получения судебного решения на осмотр и изъятие информации из памяти телефона, следует решать следующим образом: если телефон изъят в ходе следственного действия, проводимого на основании судебного решения, например, обыск в жилище, личный обыск, осмотр без согласия проживающих в нем лиц, то повторного получения судебного решения для осмотра телефона не требуется. Если же при получении и изъятии телефона судебное решение отсутствует, то ознакомление с содержимым телефона должно проходить на основании судебного решения. Как мы полагаем, в данном случае идет вторжение в частную жизнь гражданина – пользователя телефона. Соответственно любое вмешательство в частную жизнь гражданина допускается только на основании судебного решения.

Соблюдение законодательного порядка производства осмотра – гарантия получения допустимого доказательства. Если в ходе осмотра допущены существенные нарушения установленного порядка, то протокол осмотра признается недопустимым доказательством, со всеми вытекающими последствиями. Рассмотрим следующее уголовное дело по обвинению трех лиц в совершении кражи чугуна, которые были признаны виновными и

осуждены в различном срокам лишения свободы. Адвокат одного из осужденных считает, что указанный в протоколе осмотра места происшествия от ДД.ММ.ГГГГ общий вес груза из пяти <данные изъяты> в размере <данные изъяты> кг, не является достоверным, так как взвешивание проведено без участия понятых, а в соответствии с ч. 4 ст. 177 УПК РФ все обнаруженное и изъятое при осмотре должно быть предъявлено участникам осмотра.

Из показаний свидетеля Б. следует, что фактически взвешивание автомобилей происходило за рамками осмотра места происшествия ДД.ММ.ГГГГ; в протоколе осмотра места происшествия отсутствуют конкретные результаты взвешивания каждого автомобиля как с грузом, так и после разгрузки, отсутствуют расчет о чистом весе груза каждого автомобиля и такие документы как акты взвешивания, что не давало суду оснований считать общий вес похищенного в размере <данные изъяты> кг достоверной цифрой, а протокол осмотра места происшествия от ДД.ММ.ГГГГ - допустимым доказательством [7].

Рассмотрев материалы уголовного дела в кассационном порядке Тульский областной суд пришел к выводу, что суд первой инстанции признав осужденных виновными в совершении кражи, фактически не изложил в приговоре доказательств, на основании которых пришел к указанному выводу, в том числе не дал должной правовой оценки протоколу осмотра места происшествия. По смыслу закона фактические данные, содержащиеся в исследованных доказательствах, могут быть положены в основу выводов и решений по делу лишь после их проверки и оценки по правилам, установленным ст. ст. 87, 88 УПК РФ (п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 года в редакции от 16 апреля 2013 года «О судебном приговоре»), согласно которым проверка доказательств производится судом путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство; каждое доказательство подлежит оценке с точки

зрения относимости, допустимости и достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения уголовного дела.

Таким образом, закрепленный Уголовно-процессуальным кодексом РФ процессуальный порядок производства осмотра обеспечивает достижение целей процессуальной деятельности, и как следствие подлежит обязательному соблюдению органами предварительного расследования и другими участниками уголовного судопроизводства. Несоблюдение порядка производства осмотра может повлечь достаточно серьезные последствия для правосудия, так как вызывает недопустимость полученных доказательств и невозможность их использования в процессе доказывания виновности обвиняемого.

2.3 Процессуальное оформление осмотра

Учитывая, что для производства осмотра не требуется вынесения постановления, вопрос его процессуального оформления приобретает особое значение. Начиная следственное действие, следователь объявляет о начале осмотра, объявляет порядок его проведения, удостоверяется в личности участников осмотра, разъясняет им их права, обязанности и ответственность. Если в производстве следственного действия участвует потерпевший, свидетель, специалист, эксперт или переводчик, то он также предупреждается об ответственности, предусмотренной статьями 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации. Если в производстве следственного действия по уголовному делу в отношении соучастников преступления участвует лицо, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве, то оно предупреждается о предусмотренных главой 40.1 настоящего Кодекса последствиях несоблюдения им условий и невыполнения обязательств, предусмотренных досудебным соглашением о сотрудничестве, в том числе в

случае умышленного сообщения ложных сведений или умышленного сокрытия от следствия каких-либо существенных сведений.

В соответствии со ст.180 УПК РФ, при производстве осмотра составляется протокол осмотра, в котором описываются все действия следователя, а также все обнаруженное при осмотре в той последовательности, в какой производился осмотр, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра. В протоколе осмотра перечисляются и описываются все предметы, изъятые при осмотре. В протоколе также должно быть указано, в какое время, при какой погоде и каком освещении производился осмотр, какие технические средства были применены и какие получены результаты, какие предметы изъяты и опечатаны и какой печатью, куда направлены после осмотра труп или предметы, имеющие значение для уголовного дела [17].

Несмотря на наличие специальной нормы, закрепляющей требования к протоколу осмотра, к его заполнению и оформлению применяются общие положения, предусмотренные статьями 166 и 167 УПК РФ. Так, протокол осмотра должен быть заполнен в ходе следственного действия или непосредственно после его окончания. При производстве осмотра могут также применяться стенографирование, фотографирование, киносъемка, аудио- и видеозапись. Стенограмма и стенографическая запись, фотографические негативы и снимки, материалы аудио- и видеозаписи хранятся при уголовном деле. Если указанные технические средства применялись при осмотре, то участники осмотра заранее предупреждаются об этом, что отражается в протоколе. Также в протоколе должны быть указаны наименования технических средств, условия и порядок их использования, объекты к которым они применялись и полученные при этом результаты, которые прилагаются к протоколу.

Не всегда при осмотре проводится видео или фото фиксация. Закон допускает использование технических средств фиксации следственных действий, но не обязывает следователя применять их в обязательном порядке.

В качестве примера рассмотрим апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 28.03.2019 N 32-АПУ19-3 на приговор Саратовского областного суда от 29 декабря 2018 г., которым осужден Зайцев по ч. 2 ст. 228 УК РФ за незаконные приобретение и хранение без цели сбыта наркотических средств в крупном размере, по п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ за разбой, по п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ за убийство, по ч. 1 ст. 162 УК РФ за разбой. Определением Верховного Суда РФ приговор оставлен без изменения [8].

Основанием жалобы осужденного и его защитников в апелляционную инстанцию явилось отсутствие в уголовном деле видеозаписи осмотра места происшествия. Апелляционная коллегия, рассмотрев уголовное дело, пришла к следующим выводам: «отсутствие в деле видеозаписи осмотра места происшествия, на что обращает внимание сторона защиты, не свидетельствует о недопустимости протокола данного следственного действия, поскольку оно проведено надлежащим должностным лицом и в пределах предоставленных ему полномочий, с участием понятых и специалиста; при этом каких-либо замечаний от участников данного следственного действия либо уточнений на протокол не подавалось. При этом показания свидетеля Б. (следователя, проводившей осмотр места происшествия в присутствии задержанного Зайцева) в части того, что она не знает подсудимого, не свидетельствуют о ложности ее показаний, а объясняются коротким промежутком времени, в течение которого она наблюдала задержанного, и особенностями ее работы, в том числе множественностью проводимых аналогичных следственных действий» [8].

Протокол осмотра после его изготовления предъявляется для ознакомления всем участникам следственного действия. Заранее следователь объясняет им их право знакомиться с протоколом, делать замечания о дополнении и уточнении сделанных записей в протоколе. Сделанные ими замечания вносятся в протокол и удостоверяются подписями всех участников осмотра. Также участники осмотра удостоверяют в протоколе запись о

разъяснении им их прав, обязанностей, ответственности и порядка производства следственного действия. В конце протокола осмотра следователь и все участники ставят свои подписи, удостоверяя тем самым правильность изложения хода и результатов проведенного следственного действия.

Если кто-либо из участников отказался подписать протокол осмотра, следователь вносит в него соответствующую запись, которая удостоверяется подписью следователя, а также подписями защитника, законного представителя, представителя или понятых, если они участвуют в следственном действии. Участнику, отказавшемуся подписать протокол, должна быть предоставлена возможность дать объяснение причин отказа, которое заносится в данный протокол. Если подозреваемый, обвиняемый, потерпевший или свидетель в силу физических недостатков или состояния здоровья не может подписать протокол, то ознакомление этого лица с текстом протокола производится в присутствии защитника, законного представителя, представителя или понятых, которые подтверждают своими подписями содержание протокола и факт невозможности его подписания.

В судебной практике не редки случаи, когда ставится вопрос о недопустимости протокола осмотра. Так, по уголовному делу по обвинению Чайки И.А., в совершении преступлений, предусмотренных п. п. «а», «з» ч. 2 ст. 105, п. «в» ч. 4 ст. 162, ч. 2 ст. 325 УК РФ судом присяжных был вынесен обвинительный приговор, который был обжалован осужденным и его защитником в апелляционном порядке [9]. Одним из оснований принесения жалобы явилось то обстоятельство, что судом необоснованно отклонено ходатайство стороны защиты об исключении доказательств: протоколов осмотра предметов от 13 марта и 1 апреля 2018 года, вследствие чего у присяжных было сформировано негативное отношение к его подзащитному.

По мнению адвоката, органом предварительного расследования на стадии следствия, а впоследствии и стороной обвинения в ходе судебного процесса не были представлены убедительные доказательства того, что

аудиосообщения, отправленные на телефон абонента <...>, телефоны его матери Ч. сестры Ч., друзей С. и Н. посредством мессенджера «Whatsapp» за период времени с 22 часов 43 минут 08.03.2018 до 22 часов 14 минут 12.03.2018 были отправлены именно Чайкой а не иным, не установленным следствием лицом, не проведена фоноскопическая экспертиза с целью идентифицировать голоса, находящиеся на каком-либо носителе информации, что является нарушением уголовного закона, повлиявшим в итоге на справедливость приговора.

Проверив материалы уголовного дела, обсудив доводы апелляционных жалоб, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ пришла к следующим выводам. Как следует из материалов дела, при задержании Чайки в ходе личного обыска в присутствии защитника Клещева Е.С. и понятых в соответствии с требованиями ст. ст. 93, 184 УПК РФ у него был изъят мобильный телефон <...> который затем был осмотрен в порядке, установленном ст. ст. 176 - 177, 180 УПК РФ, и приобщен к материалам дела в качестве вещественного доказательства. Протокол следственного действия подписан всеми его участниками. Получение согласия обвиняемого Чайки на осмотр принадлежащего ему мобильного телефона, являющегося вещественным доказательством, при производстве предварительного следствия по уголовному делу уголовно-процессуальным законом не предусмотрено. На этом основании судебная коллегия считает, что ходатайство стороны защиты об исключении из числа доказательств протоколов осмотров от 13 марта и 1 апреля 2018 года было разрешено судом в отсутствие присяжных заседателей в соответствии с законом и обоснованно оставлено судом без удовлетворения [9].

Представляет интерес еще одно уголовное дело по обвинению Пашенцева А.С., Музычука А.А. в совершении ряда тяжких и особо тяжких преступлений и приговоренных к пожизненному лишению свободы, в рамках которого при апелляционном обжаловании стороной защиты ставился вопрос о признании недопустимыми ряда протоколов осмотра [18]:

- протокол осмотра м/п от 14 мая 2014 г. с фототаблицей (т. 6 л.д. 181-191);
- заключение эксперта N 6/1/1/14/141 от 5 июня 2014 г. (т. 15 л.д. 226-228);
- заключение эксперта N 6/1/1/14/142 от 8 июня 2014 г. (т. 15 л.д. 232-234);
- заключение эксперта N 6/1/1/15/371 от 16 сентября 2015 г. (т. 16 л.д. 244-246);
- заключение эксперта N 9/Э/Ф/58-15 от 5 октября 2015 г. (т. 17 л.д. 85-92);
- протокол дополнительного осмотра предметов от 22 сентября 2015 г. (т. 17 л.д. 217-218);
- протокол осмотра м/п (в части изъятой гильзы) (т. 5 л.д. 159-171);
- протокол осмотра предметов от 28 мая 2014 г. (т. 17 л.д. 213-214).

Как считают осужденные и их защитники, данные доказательства должны быть признаны недопустимыми в связи со следующим.

Согласно протоколу осмотра м/п от 14 мая 2014 г., осмотр проведен в период с 22 ч. до 22 ч. 15 мин.

Справка о дактилоскопическом исследовании вообще не содержит времени проведения, а баллистическое исследование (которое было после первого) проведено с 22 ч. 05 мин. до 22 ч. 50 мин. в тот же день, что нереально.

Кроме того, по делу фигурируют два разных предмета - магазин и обойма, которые различаются между собой, в связи с чем, неясно, что же все-таки изымалось и что исследовалось.

Согласно протоколу (т. 6 л.д. 181 - 191) емкость обоймы (магазина) не определялась и не фиксировалась.

Из заключения эксперта N 6/1/1/14/141 (т. 15 л.д. 226-228) на экспертизу к эксперту М. поступает уже пистолет ТТ N ШК 3401 (с другим номером), магазин с тремя патронами. Объекты поступают упакованными в опечатанную картонную коробку. Когда и кем опечатана коробка (учитывая достоверно

установленный факт поступления на исследование до экспертизы, неопечатанной коробки) неизвестно. Количество объектов не соответствует их описанию в постановлении о назначении баллистической экспертизы. В чем и почему несоответствие, эксперт не посчитал нужным описывать.

Описание гильзы "9 мм" в протоколе осмотра м/п (т. 5 л.д. 159-171) без указания ее описания и характеристик, не соответствует тому предмету, который осмотрен следователем У. после проведения данного следственного действия - уже есть маркировка (хотя ранее о ней ничего не сообщалось). При этом согласно ст. ст. 177 и 180 УПК, изъятые предметы опечатываются с указанием, какой печатью, а в протоколе осмотра м/п сведений об этом нет.

Вместе с тем Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда, рассмотрев уголовное дело в апелляционном порядке пришла к следующим выводам.

Осмотр местности, куда были выброшены пистолет с глушителем и обоймой проведен надлежащим и компетентным должностным лицом, с участием понятых и специалиста. Составленный протокол от 14.05.2014 г. с фототаблицей (т. 6 л.д. 181-191) соответствует требованиям УПК РФ, обнаруженные предметы изъяты и упакованы в коробку, которая заклеивалась скотчем, опечатывалась и скреплялась подписями понятых, и оснований для признания его недопустимым доказательством не имеется. Не является таковым и отсутствие указания о том, какой печатью она была опечатана и подписи участвовавшего специалиста. Обстоятельства проведения данного следственного действия и его результатов подтвердила в судебном заседании и следователь Л. (<...> - т. 46 л.д. 221 - 228).

В последующем изъятые предметы были подвергнуты сначала дактилоскопическому (т. 6 л.д. 173 - 174) и оперативному баллистическому исследованию (т. 15 л.д. 216), а затем в отношении них была проведена баллистическая экспертиза (т. 15 л.д. 226-228). Согласно выводам эксперта, выброшенный пистолет является 7,62 мм самодельным, переделанным, нарезным самозарядным пистолетом, изготовленным с использованием частей

пистолета конструкции Токарева (ТТ), с установленным самодельным стволом; патроны являются боеприпасами для нарезного огнестрельного оружия калибра 7,62 мм к пистолету ТТ.

Из справок об исследовании и заключений экспертов четко следует, что объектом исследований являлся именно тот пистолет и патроны, которые были выброшены Пашенцевым из окна квартиры. Каких-либо сомнений данное обстоятельство не вызывает. Имеющиеся в справке баллистического исследования и заключении эксперта разночтения в части описания поступивших на исследование предметов, их упаковке, в том числе и после исследований, количестве, времени проведения оперативного баллистического исследования, указание в протоколе осмотра м/п об изъятии обоймы и глушителя, которые в последующем экспертом обозначены как магазин и прибор для бесшумной стрельбы, также не подвергают сомнению факт исследования именно тех предметов, о которых указано выше. Допрошенный в судебном заседании эксперт М. дал последовательные разъяснения по поводу таких несоответствий (т. 47 л.д. 104-109).

Как видно, процессуальное оформление протокола осмотра места происшествия имеет важное значение. Не случайно в науке уголовного процесса эти вопросы попали под пристальное внимание ученых, которые наряду с традиционными требованиями к оформлению протоколов, предлагают применять новые, инновационные способы фиксации осмотра места происшествия. Так, С.Ю. Скобелин и В.В. Кузнецов предлагают использовать современные цифровые технологии для фиксации хода и результатов осмотра, что на наш взгляд является оправданным [21, с.73].

Таким образом, процессуальное оформление осмотра имеет решающее значение при оценке полученного доказательства. От правильного оформления процессуального акта зависят не только результаты предварительного следствия, но и в дальнейшем судьба уголовного дела и осуществление правосудия.

Заключение

В результате проведенного исследования мы пришли к следующим выводам.

Осмотр является самостоятельным действием, направленным на отыскание и фиксацию следов преступления. Решение о проведении осмотра принимает самостоятельно следователь или дознаватель. Закон не требует письменного оформления данного решения, за исключением тех видов осмотра, производство которых связано с вторжением в сферу конституционно-охраняемых прав и свобод гражданина. В уголовно-процессуальном законе осмотр имеет отдельное правовое регулирование в главе 24 УПК РФ.

В качестве основания производства осмотра следует рассматривать обстоятельства, находящиеся в причинно-следственной связи с принятием решения о производстве осмотра. На основании указанных обстоятельств орган расследования – следователь или дознаватель, приходят к выводу о необходимости производства осмотра какого-либо помещения, местности, предмета или документа. Мы полагаем, что каждому виду осмотра присущи собственные основания. Так, основания осмотра места происшествия всегда связаны с поступившей информацией об обнаружении признаков совершенного преступления. Получение такой информации и будет выступать основанием для производства осмотра места, где обнаружены признаки, т.е. следы преступления.

Основанием осмотра местности или помещения должна выступать информация о возможности нахождения на этой территории каких-либо следов преступления, которая может быть получена в ходе расследования по уголовному делу. Основанием для осмотра жилища выступают обстоятельства, аналогичные основаниям осмотра места происшествия, в случаях, когда жилище является местом происшествия, либо обстоятельства, аналогичные основаниям осмотра помещения. Надо сказать, что получение

судебного решения на производство осмотра в жилище нельзя рассматривать как основание, так как судебное решение не находится в причинно-следственной связи с производимым следственным действием. Получение судебного решения является обязательным условием производства осмотра жилища при отсутствии на то согласия проживающих в нем лиц.

Значительное внимание законодатель уделяет закреплению процессуального порядка проведения осмотра. Для органов расследования установленный порядок является обязательным. Следователь и дознаватель обязаны соблюдать требования и положения уголовно-процессуального закона обеспечить соблюдение этого порядка другими участниками. В этом проявляется гарантия обеспечения прав и свобод участников уголовного судопроизводства, вовлеченных в производство следственного действия. Нарушение требований закона при производстве осмотра вызывает недопустимость доказательств, полученных в ходе этого следственного действия.

Список используемой литературы и используемых источников

1. Авакьян М.В. Типовые ошибки, допускаемые при производстве осмотра места происшествия по делам об умышленном причинении тяжкого вреда здоровью // Российский следователь. 2018. № 12.
2. Алонцева Е.Ю. К вопросу об основаниях производства осмотра жилища // Российский следователь. 2015. N 21. С. 3-5.
3. Алонцева Е.Ю., Григорьева Н.В. Основания и процессуальный порядок производства осмотра жилища в досудебном производстве. Методические рекомендации / М., 2019. 76 с.
4. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж: Издательство Воронежского университета, 1980. 251 с.
5. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 24.09.2019 N 88-АПУ19-8СП.
6. Апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда РФ от 15.07.2019 N 201-АПУ19-21.
7. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 15.01.2019 N 127-АПУ18-13сп.
8. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 28.03.2019 N 32-АПУ19-3.
9. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 28.05.2019 N 33-АПУ19-11.
10. Апелляционное постановление Приморского краевого суда от 2 февраля 2015 г. по делу N 22-455/15 // СПС КонсультантПлюс.
11. Багмет А.М., Скобелин С.Ю. Пределы ограничения конституционных прав граждан в ходе осмотра сотовых телефонов участников уголовного судопроизводства // Уголовное право. 2017. N 6. С. 97-103.

12. Зуев С.В. Осмотр и изъятие электронных носителей информации при проведении следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 2018. № 4.

13. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30 сентября 2014 г. по делу N 55-О14-6 // СПС КонсультантПлюс.

14. Лизунов А.С., Юнусов А.А. Некоторые проблемы проведения осмотра места происшествия в жилище до возбуждения уголовного дела // Современное право. 2018. № 2.

15. Оконенко Р.И. К вопросу о правомерности осмотра компьютера как следственного действия // Адвокат. 2015. № 1.

16. Определение Конституционного Суда РФ от 02.10.2003 N 345-О Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года «О связи».

17. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01.06.2017 N 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ)».

18. Постановление Президиума Тульского областного суда от 12.01.2016 N 44У-1/2016.

19. Рыжаков А.П. Осмотр документа не может быть частью другого осмотра // СПС КонсультантПлюс. 2019.

20. Смирнова И.Г., Шадрин М.Ю. К вопросу об экономической целесообразности сохранения стадии возбуждения уголовного дела // Российский следователь. 2019. № 6.

21. Скобелин С.Ю., Кузнецов В.В. Инновационный способ фиксации осмотра места происшествия с использованием высоких технологий // Российский следователь. 2018. № 1.

22. Шейфер С.А Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара: Издательство Самарского университета, 2004. 225 с.

23. Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 27.12.2019).